

SABERES

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

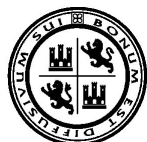
VOLUMEN 1 ~ AÑO 2003

Separata



LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL EN EUROPA

Carlos Gómez-Jara Díez



UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO
Facultad de Estudios Sociales
Villanueva de la Cañada

© Carlos Gómez-Jara Díez

© Universidad Alfonso X el Sabio
Avda. de la Universidad,1
28691 Villanueva de la Cañada (Madrid, España)

Saberes, vol. 1, 2003

ISSN: 1695-6311

No está permitida la reproducción total o parcial de este artículo ni su almacenamiento o transmisión, ya sea electrónico, químico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, sin permiso previo por escrito de los titulares de los derechos.

LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL EN EUROPA *

Carlos Gómez-Jara Díez **

RESUMEN: A lo largo de la década de los noventa se ha vivido en Europa un paulatino proceso de unificación del Derecho penal que ha culminado con la redacción de un proyecto de «mini» Código penal europeo denominado *Corpus Iuris*. En este Código se pretenden conjugar las diferentes tradiciones jurídico-penales europeas para ofrecer una respuesta eficaz a una criminalidad económica que no conoce de fronteras. Este artículo presenta los Principios básicos en torno a los cuales se produce esta unificación haciendo especial hincapié en el Principio de legalidad.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal, unificación, principios.

ABSTRACT: During the nineties, Europe has experienced an increasing tendency to unify the Criminal Law of the Member States. The process culminated in a «small» Penal Code called the Corpus Iuris. This Code tries to combine the different European Criminal Law traditions in order to give an effective response to a white-collar criminality which knows of no territorial frontiers. This article presents the basic Principles around which the unifying process has taken place, taking specially into consideration the Legality Principle

KEY-WORDS: Criminal Law, Unification, Principles

SUMARIO: 1. La necesidad de protección de los intereses financieros de la U.E.– 2. El lenguaje común del *Corpus Iuris*.– 3. El Principio de legalidad.– 3.1. Reflexiones iniciales sobre el Principio de legalidad y el *Corpus Iuris*.– 3.2. Breves consideraciones generales de Derecho comparado en relación con el Principio de legalidad.– 3.3. Contenido material del Principio de legalidad.– 3.3.1. Prohibición de Derecho consuetudinario.– 3.3.2. Mandato de determinación.– 3.3.3. Prohibición de analogía «in malem partem».– 3.3.4. Prohibición de retroactividad.– 4. Principio de culpabilidad.– 4.1. El error.– 4.2. Autoría y participación.– 4.2.1. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.– 4.2.2. Responsabilidad del «jefe» de la empresa.– 5. Principio de proporcionalidad.

1. La necesidad de protección de los intereses financieros de la Unión Europea (U.E.).

La noción de una unificación en materia penal, aunque restringida a un campo concreto de ésta, puede suponer, en principio, la confrontación de dos ideas: por un lado, la falta de competencias en materia penal ha sido una

* Publicado inicialmente en <http://www.uax.es/iurisuax> año 2000.

** Licenciado en Derecho por la Universidad Alfonso X el Sabio.

constante en la mente de juristas, instituciones nacionales y ciudadanía en general desde el comienzo de la Comunidad Económica Europea (C.E.E.); por otro lado, resulta más que obvio el fenómeno de la unificación económica, política e incluso jurídica que se está viviendo en Europa, reflejado en el cambio de denominación de «Comunidad Económica Europea» a «Unión Europea».

Y es que, efectivamente, a un observador externo le debiera resultar incomprensible la contradicción entre el fenómeno de unificación apuntado y las dificultades para la unificación del orden penal, el cual aparece como refractario a la europeización¹. Este carácter amenaza con introducir en la vida europea elementos de privilegio y arbitrariedad que pongan en peligro el orden económico que pertenece por esencia a la U.E. —a saber un mercado único regido por los principios de libre y leal competencia de los agentes económicos—, lo cual supone más que un retraso un retroceso². La razón básicamente aducida hasta ahora para mantener esta posición, ha sido que el Tratado Constitutivo de la C.E.E. (T.C.E.) no preveía la cesión de competencias en materia penal, subrayando a continuación la importante cesión de soberanía nacional que supone la asunción por parte de las Instituciones Comunitarias de competencias en esta materia. En general se afirma que se desprende de la voluntad de los Estados partes del Tratado y de la interpretación sistemática del T.C.E. la limitación de las competencias para la creación de un Derecho penal supranacional³.

Pero el problema no puede ser tan fácilmente resuelto, pues no debe pasar desapercibido que en los orígenes de la ahora U.E. no existía la conciencia de unos bienes jurídicos propios de la C.E. necesitados de tutela penal. En consecuencia, no se debe evaluar si en aquel momento histórico se decidió o no dotar de competencias penales a las Instituciones europeas, ya que no se podía decidir sobre lo que no se conocía. De hecho, la aproximación más cercana al concepto de bien jurídico comunitario necesitado de protección venía de la mano de la noción de competencia, y

¹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.; «Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supranacional del Derecho penal», en: VV.AA., *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona, 1995, p. 11; QUINTERO OLIVARES, G., «La unificación de la Justicia penal en Europa» en *Revista penal* 3 (1999), p. 51.

² ARROYO ZAPATERO, L.; «El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea» en *Revista Penal* 3 (1999), p. 5.

³ SIEBER, U.; «Estado de evolución y perspectivas del Derecho penal económico europeo», en VV.AA., *Hacia un Derecho penal Económico Europeo*, Madrid, 1995, p. 610.

en este sentido basta con examinar el antiguo artículo 87.3 T.C.E. para comprobar la previsión de sanciones, si bien no de carácter penal, para las infracciones que atentaran contra el mismo. Obvia el recordar que a finales de los años 60 no existía en Europa la concepción imperante en la actualidad, plasmada en las últimas reformas penales llevadas a cabo en los EE.MM., respecto a la criminalidad económica y a los instrumentos adecuados para su represión y prevención.

El reemplazo en los años 70 de las contribuciones financieras de los EE.MM. por los recursos propios de la C.E.E., supuso que los intereses financieros de la Comunidad y la protección de las normas de los Tratados requirieran la amenaza de sanciones penales⁴. Surgen en definitiva una serie de bienes jurídicos propios de la Comunidad Europea que aparecen «merecedores» y «necesitados» de protección penal⁵. En este sentido el presupuesto comunitario, que es considerado «la expresión concreta de un verdadero patrimonio común de los ciudadanos de la Unión»⁶, se ha visto frecuentemente lesionado por medio de hábiles conductas que no encuentran, o frente a las cuales no se permite, una respuesta penal por parte de las Instituciones Comunitarias. Los ordenamientos nacionales, en virtud del principio de asimilación⁷ que arranca de la conocida sentencia del Maíz Griego, han intentado reprimir estas conductas a través de sus ordenamientos jurídico-penales nacionales. Independientemente del mayor o

⁴ 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* Madrid 1998, p. 425.

⁵ GRASSO, G., «La formación de un Derecho penal de la Unión Europea» en *Poder Judicial* 52 (1998) p. 178; ÍD, *Comunidades Europeas y Derecho penal* (Traducción de Nicolás García Rivas), Barcelona, 1993 pp. 5 y ss. Sobre los conceptos de necesidad de pena y merecimiento de pena vid. LUZÓN PEÑA, D.M., «La relación de pena y necesidad de pena con la estructura del delito» en VV.AA., *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, Barcelona, 1995, pp. 115 y ss.

⁶ «Conseil justice et affaires intérieures, groupe de travail droit pénal / droit communautaire», *JAI*, 29 febrero-1 de marzo 1996

⁷ En virtud de este principio, que obliga a asimilar el presupuesto comunitario al presupuesto nacional en lo referente a su protección, pone a prueba la lealtad de los EE.MM., puesto que éstos, en numerosas ocasiones, tienen un gran interés en no descubrir los casos de fraude, al generarse una responsabilidad patrimonial del EE.MM. Vid. VERVAELE, J., «La lucha contra el fraude comunitario: ¿Puesta a prueba de la lealtad comunitaria de los EE.MM.?» en VV.AA., *Estudios de Derecho penal económico*, Cuenca, 1994 pp. 329 y ss. Ampliamente sobre los motivos para no reprimir el fraude comunitario NIETO MARTÍN, A., *Fraudes Comunitarios (Derecho penal económico europeo)*, Barcelona, 1996, pp. 19 y ss.

menor éxito concreto de cada Estado Miembro aisladamente considerado, en el conjunto de la Unión Europea los niveles de fraude existentes en la actualidad superan con mucho los tolerados.

A esta situación deben añadirse otras no menos importantes circunstancias: por un lado, la implantación del Euro, que se erige ya como uno de los bienes jurídicos comunitarios por excelencia y que supone una manifiesta cesión de soberanía; por otro lado, 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»⁸, reclamando la existencia de un espacio judicial europeo.

La problemática levemente esbozada aquí nos permite, en principio, hablar genéricamente de dos tipos de «delincuencia económica europea»; por un lado, la delincuencia económica europea en sentido estricto que comprende fundamentalmente los delitos contra la competencia y los fraudes al presupuesto comunitario; por otro lado, la delincuencia económica europea en sentido amplio que comprende los ataques contra bienes jurídicos nacionales en forma de delitos económicos transfronterizos⁹.

2. El lenguaje común del Corpus Iuris

Una vez determinada la necesidad de protección penal de estos bienes jurídicos comunitarios, el problema se centra ahora en cómo llevar a cabo tan magnífica tarea. A tal efecto la Dirección General de Control financiero de la Comisión Europea, en el contexto del Proyecto «Espacio Judicial Europeo», auspició un estudio realizado por un *Grupo de Expertos* 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 prueba¹⁰. La cuestión radicaba en comprobar si existía una comunidad de cultura penal de los EE.MM. de la U.E. sobre la cual construir el edificio de la Unificación. Para

⁸ CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «Hacia la unificación del Derecho penal comunitario. El Corpus Iuris europeo» en *La Ley*, 1998, Tomo 1 p. 1917.

⁹ SIEBER U., «Estado de evolución y perspectivas del Derecho penal económico europeo», ob. cit., pp. 603-604; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «Hacia la unificación del Derecho penal comunitario», ob. cit. p. 1917.

¹⁰ CHOCLÁN MONTALVO, J.A. , «Hacia la unificación del Derecho penal comunitario», ob. cit, p. 1917.

dichos expertos la respuesta a esta cuestión es afirmativa y, de esta manera, el *Corpus Iuris* puede calificarse como el «documento expresivo de la comunidad jurídico-penal de la Unión Europea»¹¹.

Es de resaltar la importante labor de la dogmática penal, llegándose a decir (y no sin cierta razón) que en materia penal se está alcanzando la unión científica antes que la unión legal¹². A este respecto, basta con constatar la profunda influencia de la dogmática alemana en el área europea, que se remonta principalmente a los esquemas de la Teoría general del delito acuñados a principios de siglo por BELING y VON LISZT¹³. La firme conclusión que se extrae de los primeros atisbos de unificación¹⁴, y que ha sido observada por los redactores del *Corpus Iuris*, es la necesidad de respetar los principios fundamentales y las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros. En este sentido, ya el art. F2 del Tratado de Maastrich (así como el artículo 6 del Tratado de Amsterdam) reconoció y asumió los derechos fundamentales en la forma en que se garantizan en el CEDH, lo que constituye el primer paso en orden a la unificación de los Derechos penales nacionales¹⁵.

¹¹ BACIGALUPO ZAPATER, E., «Estado de la cuestión de la protección de los intereses financieros de la comunidad: progresos y lagunas», ob. cit., p. 399.

¹² QUINTERO OLIVARES, G., «La unificación de la Justicia penal en Europa», ob. cit., p. 53. Cfr. KÜHL, K., «Europäisierung der Strafrechtswissenschaft» en *ZStW* (109) 1997, pp. 785-786.

¹³ Precisamente este último autor, ya en 1914 había propuesto una Confederación Centro-Europea que implicaba una unificación de algunos aspectos del ordenamiento que se consideraban necesarios para un apolítica económica unificada (letra de cambio, cheque, desplazamiento de bienes, ...etc). Tres años más tarde abordó la unificación del Derecho penal centro europeo sosteniendo que tal unificación no era consecuencia de la unidad de la política económica, sino de la «comunidad cultural de los pueblos aliados» Vid. BACIGALUPO ZAPATER, E., «El *Corpus Iuris* y la tradición de la cultura jurídico-penal europea de los Estados miembros de la Unión Europea» en VV.AA., *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 1998, p. 398. Evidentemente su concepción estaba ligada a las alianzas de la primera guerra mundial, si bien es indudable la influencia de los fenómenos bélicos en los intentos de unificar el Derecho penal, puesto años más tarde en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de Defensa, cuya entrada en vigor no se produjo por falta de ratificación del Parlamento francés, se disponía la creación de un verdadero «sistema penal supranacional». Con este propósito, un Protocolo sobre Derecho penal militar, agregado al Tratado, señalaba algunos principios fundamentales que representaban una síntesis del «patrimonio jurídico común» de los Estados Miembros Vid. GRASSO, G., «La formación de un Derecho penal de la Unión Europea», ob. cit., p. 208.

¹⁴ Fundamentalmente el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de Defensa.

¹⁵ CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «Hacia la unificación del Derecho penal comunitario», ob. cit., p. 1923.

Por este motivo se han tomado muy en cuenta los principios sentados por la jurisprudencia del TJCE, primer órgano natural común de todos los países de la Unión, en materia de sanciones administrativas, así como los del TEDH respecto de las consecuencias materiales y garantías procesales de la CEDH¹⁶. 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 comunitario, aunque en algunos EE.MM. no hayan todavía incidido de manera relevante las soluciones del progreso jurídico¹⁷.

Estos principios, que constituyen el «núcleo duro» del Derecho penal por representar principios irrenunciables del moderno Derecho penal, son básicamente los siguientes: legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, derechos de necesidad y derechos de conflicto, la doctrina de la autoría y participación, la del error y la tentativa y finalmente la de los concursos¹⁸. La abierta evolución de la Comunidad Europea nos empuja hacia una formulación de los principios de Parte General en la que sólo deben permitirse excepciones de los Derechos nacionales en la zona más marginal respecto de los principios fundamentales. En este sentido, ya el Reglamento 2988 / 95, que no contenía tipos sancionadores, sí recogía los principios de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, *non bis in idem*, y autoría. La necesidad de contar con una Parte General, ya en aquél entonces resultaba imperiosa, puesto que la divergencia de criterios de aplicación de las autoridades nacionales, llevaba a un diferente grado de eficacia y a situaciones difícilmente compatibles con el principio de igualdad¹⁹.

Por último, la importantísima contribución que la dogmática ha realizado para llenar de contenido esta discusión debe seguir desarrollándose y fomentándose con una orientación hacia el pensamiento penal moderno. Esto es, la construcción de un sistema penal en el seno de un marco ontológico que va a resultar evidentemente muy amplio, pero

¹⁶ TIEDEMANN, K., «Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho penal europeo» en *Revista Penal* (2) 1998, p. 76.

¹⁷ GRASSO, G., *Comunidades Europeas y Derecho penal*, ob. cit., p. 125; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «Hacia la unificación del Derecho penal comunitario», ob. cit., p. 1923. NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios*, ob. cit., pp. 112 y ss.

¹⁸ TIEDEMANN, K., «Exigencias fundamentales de la Parte General», ob. cit., p. 77.

¹⁹ NIETO MARTÍN, A., «La lucha contra la Hacienda Pública comunitaria» en VV.AA., *Congreso Hispano italiano de Derecho penal económico*, 1998 pp. 205-206. Ya el TJCE había ido creando una suerte de Parte General a través de sus resoluciones en materia de Derecho de la competencia principalmente. Vid. NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios*, ob. cit., pp. 123 y ss.

sobre la base de conceptos normativos. Éstos adquirirán su contenido concreto desde perspectivas teleológicas conformadas a partir de las finalidades político criminales del Derecho penal, que junto a criterios de eficiencia deberán siempre tener presentes las consideraciones valorativas derivadas del respeto a la dignidad humana y a las garantías del individuo²⁰.

El impulso que ha dado el Grupo de Expertos en la consecución de la unificación en esta materia ha puesto de relieve que cuando hay voluntad y calidad científica, las barreras a la meta fijada provienen más de oportunismo político que de radicales divergencias jurídicas insalvables. Los estudios que en la actualidad están teniendo lugar, no ya sólo en el ámbito europeo²¹, ponen de relieve que una base cultural común, que fluya naturalmente en la concepción y orientación del Derecho penal, permite, pese a los matices que necesariamente tienen que haber, que los juristas de estos países puedan entenderse y hacer aportaciones a una dogmática europea que cada vez está teniendo más presencia.

Refiriéndonos concretamente a la materia objeto de regulación en el *Corpus Iuris*, no es impensable que en un futuro no muy lejano pudiera darse una armonización y unificación del Derecho penal económico en todo Europa, en virtud precisamente de su autonomía científica y dogmática, con base en textos normativos como el *Corpus Iuris* que contengan estructuras de imputación más adaptadas a la realidad socio-económica que existe hoy en día, y que no tropiecen con los obstáculos que ofrece el Derecho penal clásico desarrollado sobre bases fácticas y sociales muy diferentes a las de hoy en día.

En definitiva, la dogmática penal, que ha desempeñado una labor fundamental en la elaboración del *Corpus Iuris*, se vislumbra como uno de los pilares básicos para la superación por parte del Derecho penal de las barreras estatales²². Está llamada a desempeñar una importante labor en el descubrimiento y adecuada comprensión de la base común de la Ciencia penal subyacente en la cultura europea y ha realizado ya a estas alturas un

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supranacional del Derecho penal», ob. cit., pp. 12-14.

²¹ Vid. PERRON, W., «¿Son superables las fronteras nacionales del Derecho penal? Reflexiones acerca de los presupuestos estructurales de la armonización y unificación de los diferentes sistemas de Derecho penal» en *Revista de Derecho penal y ciencias penales* nº 2, 1999, pp. 209-230.

²² Vid. PERRON, W., «¿Son superables las fronteras nacionales del Derecho penal?», ob. cit. pp. 211. Vid. KÜHL, K., «Europäisierung der Strafrechtswissenschaft», ob. cit., pp. 787 y ss.

esfuerzo superlativo que no debe decaer en los años venideros, sino muy al contrario, intensificarse y tender a la formación de juristas europeos ²³.

3. Principio de legalidad

3.1 Reflexiones iniciales sobre el Principio de legalidad y el Corpus Iuris.

El principio de legalidad se encuentra ampliamente reconocido en todos los EE.MM.²⁴, de tal manera que, pese a las diferencias que indiciariamente se pueden observar entre los dos grandes sistemas jurídicos (continental y *common law*), existe una base bastante homogénea, como veremos más adelante. Resulta cuando menos curioso que, siendo el principio que goza de una mayor aceptación entre los EE.MM., sea también el mayor impedimento a la creación de un Derecho penal unificado en Europa. Y es que el *Corpus Iuris* constituye la unificación de un sector determinado del Ordenamiento penal, por lo que la represión de las conductas contenidas en su «catálogo» de delitos sea uniforme en todo el territorio comunitario. Tal uniformidad únicamente puede conseguirse, como bien han observado los redactores de este texto, mediante la unificación de los tipos penales y sus penas, los principios y reglas de aplicación de los mismos, y sin ser en modo alguno menos importante, mediante la unificación de reglas básicas procedimentales.

Por lo tanto, ante la importancia de esta propuesta y la seriedad con la que tanto la Comisión Europea como el Parlamento la están considerando, conviene despojarse de argumentos un tanto superficiales que analizan esta proposición desde la configuración denostada de unos conceptos que han sufrido una variación significativa a lo largo de los últimos tiempos.

Así, la primera crítica que se lanza contra cualquier intento de unificación en materia penal es la falta de competencia de las Instituciones

²³ BACIGALUPO, E., «La Ciencia europea del Derecho penal» en *Revista de ciencias penales*, vol 2, nº1, 1999, pp. 9-23.

²⁴ TIEDEMANN, K., «El Exigencias fundamentales de la Parte General», ob. cit., p. 78, le considera un principio irrenunciable de la política criminal europea. En sentido similar WOLTER, J., «Derechos humanos y protección de bienes jurídicos en un sistema europeo del Derecho penal» en VV.AA. *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona 1995, p. 39. Nos estamos refiriendo a su vigencia en el Derecho penal, y no en el Derecho sancionador administrativo, donde existe una mayor disparidad y flexibilidad. Un estudio de ésta situación en los diferentes EE.MM. en NIETO MARTIN, A., *Fraudes Comunitarios*, ob. cit., pp. 123 y ss.

Comunitarias²⁵, íntimamente vinculada posteriormente con el déficit democrático de las instituciones europeas²⁶, para la adopción de normativa comunitaria en materia penal. Esta crítica, circunscrita principalmente a la vertiente formal del principio de legalidad, conviene analizarla en dos fases:

La *primera* se refiere a la falta de competencia en materia penal y debe plantearse en sus justos términos dado que los Textos Consolidados en ningún momento establecen expresamente la falta de competencia en materia penal de las Instituciones Europeas. No decimos nada nuevo si señalamos que la delegación de competencias por parte de los EE.MM. no se realiza por ramas genéricas del Derecho (administrativo, laboral, ..etc.), sino que se produce en atención a materias concretas. En la situación actual, los Parlamentos de los EE.MM. (máximos órganos de la representación popular) han prestado su expreso consentimiento para la adopción de las medidas que brinden una protección eficaz y equivalente de los intereses financieros de la U.E. en los EE.MM. (nuevo artículo 280 del T.U.E.). Como puede observarse, los EE.MM. no han establecido un párrafo en el sentido siguiente: «adoptará las medidas necesarias, *excluidas las penales*, [...]». Por lo tanto, el artículo 280 abre la puerta a cualquier tipo de medida. La determinación de qué medida es la que se debe adoptar pasa por el análisis de qué medidas son eficaces y equivalentes en la lucha contra el fraude comunitario. Este análisis resulta fundamental dado que los EE.MM. han habilitado expresamente a las Instituciones Europeas para adoptar, a través del mecanismo previsto en el artículo 189 B, las referidas medidas, sean de la índole que sean (civiles, administrativas, penales). Por lo tanto podemos afirmar que *las Instituciones Comunitarias tienen competencia para adoptar las medidas necesarias (incluidas las penales si es el caso) para una eficaz y equivalente protección de los intereses financieros*.

En cuanto al método a utilizar para dicha protección²⁷, podemos afirmar que, aunque sea parcialmente, se han llevado todos a cabo excepto el de la

²⁵ Vid., por todos CUERDA RIEZU, A., «¿Ostentan Ius Puniendi las Comunidades Europeas?» en VV.AA., *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Madrid, 1995, pp. 621 y ss.

²⁶ Vid., SIEBER, U., «Estado de la evolución y perspectivas del Derecho penal económico europeo», ob. cit., pp. 611-613; TIEDEMANN, K., «El Derecho penal económico en la Unión Europea», en VV.AA. *Estudios de Derecho penal económico*, Cuenca, 1994, pp. 247-248.

²⁷ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J., «Política y Derecho penal en Europa» en *Revista Penal* 3 (1999), pp. 63 y ss. Sobre la noción de «espacio judicial europea» íntimamente relacionada con el *Corpus Iuris* Vid. PRADEL, J., «Vías para la creación de un espacio judicial europeo único» en *Revista Penal* 3 (1999), pp. 42 y ss.

unificación. El resultado de los mismos no ha tenido un efecto sensible en la reducción de los niveles de fraude²⁸. A mayor abundamiento, como señala la Exposición de Motivos del *Corpus Iuris*:

...la asimilación no garantiza ni la eficacia, ni la justicia que supondría una represión igual para todos los operadores económicos; la cooperación, concebida para acrecentar la eficacia aumenta inevitablemente la complejidad; y, por último, la armonización, destinada a reforzar la justicia y la eficacia, contribuye a la complejidad del conjunto.

Por lo tanto, observamos que hasta ahora hemos contado con una represión injusta, ineficaz y de extrema complejidad. Frente a esta realidad se alza la alternativa de la unificación, cuya plasmación es el *Corpus Iuris* que hoy centra nuestra atención. En consecuencia, la crítica traslada su centro de gravedad hacia la *segunda* de las consideraciones realizadas al comienzo: el déficit democrático de las instituciones europeas.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que esta segunda consideración puede realizarse sobre toda materia objeto de reserva de ley en los EE.MM. puesto que la reserva legal implica que sea el Parlamento el que dicte una Ley que regule dicha materia. La significación especial que adquiere en Derecho penal se debe a la gravedad de la consecuencia jurídica que señala la norma característica del *ius puniendi*: la pena de prisión²⁹, cuya imposición está contemplada en el *Corpus Iuris*. La afectación a la libertad del individuo obliga a contemplar esta cuestión desde un prisma diferente, puesto que a diferencia de lo que ocurre en el Derecho civil o administrativo o laboral, la consecuencia jurídica de la norma limita un Derecho fundamental, lo cual a su vez impide el ejercicio de otros Derechos fundamentales. Dicho esto, conviene analizar la situación actual:

²⁸ Vid. Los informes anuales de la Comisión Europea sobre el fraude al Presupuesto Comunitario. Vid. Igualmente DELMAS-MARTY, M., «Necesidad, legitimidad y factibilidad del Corpus Iuris» en *La Ley* 8 de Abril de 2000; Cfr., la crítica al *Corpus Iuris* de BRAUM, S., «Das “Corpus Iuris”–Legitimität, Erforderlichkeit und Machbarkeit» en *JZ* 2000, pp. 493 y ss., especialmente 498-500.

²⁹ De hecho, si entendemos (como parte de la doctrina española hace) que la imposición de multas interdictivas también es objeto de reserva de ley, nos encontramos con que las Instituciones Europeas ya están ejerciendo competencias en materia penal dado que tanto en lo relativo al Derecho de la competencia, como a la protección de la agricultura y la pesca, se contemplan verdaderos tipos, cuya única diferencia con el Derecho penal es la sanción que se impone, pues no se contempla la pena de prisión. Vid. SGUBBI, F., «Derecho penal comunitario» en *Cuadernos de Política Criminal* 58 (1996), pp. 99 y ss; ampliamente NIETO MARTÍN, A., *Fraudes Comunitarios*, ob. cit., pp. 86 y ss.

Por un lado, observamos que en la mayoría de los EE.MM. se está produciendo un debate en relación con las normas penales en blanco y con el ejercicio de facultades normativas por órganos carentes de la necesaria legitimación democrática. Todo el debate que se ha originado en torno a la constitucionalidad de las remisiones normativas ha puesto de manifiesto la mayor flexibilización que en la actualidad se está produciendo respecto de la garantía de reserva de Ley –íntimamente vinculada a la legitimación democrática– en virtud de las necesidades que la realidad impone al Derecho penal³⁰. El debate se está trasladando, como es menester, hacía el grado de seguridad jurídica que brindan las normas penales, lo cual depende en gran medida de la técnica legislativa utilizada³¹. Por lo tanto, en virtud de la impronta democrática que caracteriza a los países miembros de la Unión Europea, sin dejar de lado la importancia que supone la intervención parlamentaria en la elaboración de normas penales, los esfuerzos se centran, en mayor medida, en lograr una norma penal que brinde las cotas más elevadas posibles de seguridad jurídica³².

En relación con la cuestión de las remisiones normativas, no debemos olvidar la influencia, cada vez mayor, del Derecho comunitario en el Derecho penal³³. Aquél descriminaliza y criminaliza conductas mediante Reglamentos y Directivas cuyo contenido debe ser respetado por los

³⁰ En este sentido se habla del anquilosamiento que supondría la regulación de todas estas materias tan dinámicas y cambiantes en la Ley penal. Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las “Leyes penales en blanco”» en VV.AA. *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Madrid, 1995 p. 702; TIEDEMANN K., «La Ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas» en ÍD., *Temas de Derecho penal económico y medioambiental*, Lima, 1999, pp. 70 y ss.

³¹ MORALES PRATS, F., «Los modelos de unificación del Derecho penal en la Unión Europea: Reflexiones a propósito del *Corpus Iuris*» en *Revista Penal* 3 (1999), p. 31.

³² PALAZZO, F., «La legalidad penal en la Europa de Amsterdam», en *Revista Penal* 3 (1999), pp. 36-44

³³ Vid. NIETO MARTÍN, A., «Algunas formas de influencia del Derecho comunitario sobre el Derecho penal», en *Actualidad Penal* 11/13, 1995 pp 520 y ss.. CARNEVALI RODRÍGUEZ, R., «Cuestiones que el ordenamiento comunitario propone a los Derechos penales nacionales» en *Actualidad Penal* 31/1, 1997, pp. 710 y ss. Desde una perspectiva más constitucional JUANES PECES, A., «Derecho comunitario. El Tribunal constitucional como garante de la aplicación del Derecho comunitario. Incidencia del Derecho comunitario sobre las normas penales» en *Actualidad Penal* nº 29 / 17 julio 1995 pp. 427 y ss. Desde una perspectiva global TIEDEMANN, K., «El Derecho penal económico de la Comunidad Europea», ob. cit., pp. 238 y ss.

EE.MM., independientemente del rango legal que ostenten las normas nacionales dentro del Ordenamiento interno de cada Estado Miembro. Así, los Reglamentos comunitarios, dictados sin intervención alguna del Parlamento (ni europeo, ni nacional al no ser objeto de transposición), están regulando indirectamente nuevos ámbitos de la vida social y determinando en ciertos casos la imposición de una pena de prisión para conductas que antes de la promulgación de tal normativa eran impunes; y viceversa.

Por otro lado, no debemos olvidar que los delitos que se contienen en el *Corpus Iuris* no suponen una criminalización *ex novo* de las conductas en él recogidas. Éstas son ya objeto de sanción penal en los EE.MM. mediante tipos recogidos en los Códigos penales o leyes penales especiales correspondientes. Por lo tanto, en la promulgación de esas normas ya se ha producido una afirmación expresa por parte de todos los EE.MM. de que tales conductas son merecedoras y necesitadas de sanción penal y de que la imposición de una pena de prisión es válida para la represión de tales acciones. A mayor abundamiento, la diferencia se centra en la desigualdad de las penas de prisión señaladas y de la inclusión de algunos supuestos en ciertas legislaciones, amén de los diferentes matices en los sistemas de imputación. Esta desigualdad genera la siguiente situación: dos ciudadanos comunitarios que cometen idénticas acciones que atentan contra un mismo bien jurídico comunitario³⁴ (no nacional), sufren desigual castigo dependiendo del país de la Unión Europea donde se cometan. Y es que el principio de igualdad en este ámbito no debe ser descuidado, puesto que iguales situaciones (misma acción / mismo bien jurídico comunitario lesionado) deben ser objeto del mismo tratamiento. Podemos afirmar que en este ámbito, en la actualidad, no existen razones de peso suficientes que justifiquen la desigualdad de trato existente. Desde el punto de vista del ciudadano comunitario, éste debe poder prever las consecuencias de las acciones que lleve a cabo dentro del marco jurídico y territorial comunitario, brindando en este sentido el *Corpus Iuris* una loable homogeneización que deviene en una mayor seguridad jurídica. Ese ciudadano comunitario va a saber, con mucha mayor certeza en comparación a la situación que vivimos que la actualidad, qué conductas están prohibidas y cuáles no contra estos bienes jurídicos comunitarios en el seno de la Unión europea. Asimismo, teniendo en cuenta los objetivos de la Unión Europea, donde siguen ostentando un peso notable los de índole económica, la mayor o menor

³⁴ Vid. Ampliamente sobre las diferentes clasificaciones de bienes jurídicos comunitarios GRASSO, G., *Comunidades Europeas y Derecho penal*, ob. cit., pp. 50 y ss.

represión penal de este núcleo reducido del Derecho penal económico, genera zonas de baja o alta «presión penal» (los primeros serían los «paraísos penales») que alteran el que sería el normal tráfico jurídico económico dentro del Mercado Común, sin que tal circunstancia obedezca a motivos de mercado.

En cierta manera puede afirmarse que en la situación en la que nos encontramos hoy en día, existe una contraposición entre la vertiente formal y la vertiente material del principio de legalidad. Por un lado, resulta evidente que se produce un mayor cumplimiento de la dimensión formal cuanta más intervención tenga el Parlamento en la elaboración de normas penales. Por otro lado, también es patente la mayor seguridad jurídica que brindaría al ciudadano comunitario la unificación del Derecho penal propuesta por el *Corpus Iuris*³⁵. Efectivamente, permitiría una previsibilidad de las consecuencias de tales acciones en el territorio comunitario, ya que en la actualidad resulta totalmente imposible a un ciudadano comunitario conocer los diferentes sistemas penales de los EE.MM. en relación con las conductas descritas.

Dada la importancia de los intereses en principio contrapuestos, conviene hacer algunas reflexiones, sin tabúes tópicos, respecto del procedimiento de codecisión previsto por remisión en el artículo 280.4 del Tratado de Amsterdam. La intervención del Parlamento en dicho mecanismo normativo, dada la situación actual, termina de eliminar los posibles vestigios de déficit democrático. En apoyo de tal tesis cabe mencionar que, como ya hemos señalado anteriormente, en virtud de la intervención ya existente del Derecho penal (como penas privativas de libertad) en la represión de tales conductas, se ha producido una declaración expresa por parte de los Parlamentos de los EE.MM. estableciendo que los bienes jurídicos comunitarios contenidos en el *Corpus Iuris* están necesitados y son merecedores de protección penal. En nuestra opinión, con la facultad de veto que se concede a los EE.MM. en el referido procedimiento queda salvaguardada la legitimación democrática. Y ello debido a que si la representación popular del pueblo europeo estima que las conductas, los principios generales (y sus consecuencias), o las reglas procedimentales (incluida la creación del Ministerio Fiscal Europeo), no son adecuados para la represión de tales conductas, puede vetar dicho proyecto. La diferencia parece que podemos cifrarla en el tipo de

³⁵ En este sentido parece coincidir MORALES PRATS, F., «Los modelos de unificación del Derecho penal», ob. cit., pp. 31 y ss.

consentimiento prestado: en lugar de ser un consentimiento expreso, es un consentimiento tácito. Ahora bien, dada la importancia que supone esta propuesta para el efectivo logro de la Unión Europea –no sólo en el orden económico– y de la mayor seguridad jurídica que brinda al ciudadano comunitario, debemos ponderar si las matizaciones que se introducen al principio de legalidad (a nuestro entender ni conculcadoras ni desvirtuadoras del mismo) justifican el radical desfase existente entre la unificación de todas las ramas del Derecho y la arcaica concepción respecto a la unificación del Derecho penal. Dicha concepción tiene como consecuencia tanto una distorsión del mercado común europeo, como una merma de la seguridad jurídica del ciudadano comunitario.

En esta discusión también merece tener en cuenta que el procedimiento de codecisión, dada su naturaleza, implica una aprobación, en su caso, de un texto uniforme, pues la imposibilidad de enmienda trae como consecuencia que la coherencia sistemática, terminológica, ..etc. que tiene el proyecto que se presenta, no se desvirtúe con su aprobación. No es necesario recordar los problemas de interpretación gramatical, sistemática y teleológica que se producen con la introducción o supresión de frases o términos en el texto original. Las consideraciones expuestas pueden ser harto peligrosas en el seno de Estados totalitarios, puesto que pueden legitimar la aprobación de textos que contienen sanciones privativas de libertad dictadas por el ejecutivo. Sin embargo, dada la «salud» democrática que en la actualidad viven los países de la Unión Europea, creo que los problemas a solucionar se encuentran más orientados en la línea de la seguridad jurídica y de la uniformidad / homogeneidad del ordenamiento jurídico-penal. Pese a todo, estimamos que esa posibilidad de veto conferida a los EE.MM. erradica cualquier vestigio intolerable de atentado contra el Estado de Derecho.

Si bien sería preferible un Parlamento Europeo dotado de facultades plenas en este ámbito (lo que conllevaría una profunda reforma de esta Institución³⁶), creo que de *lege lata* es posible la aprobación de un texto como el *Corpus Iuris* sin atentar contra los pilares del Estado de Derecho de ningún EE.MM. y sin vulnerar los Derechos fundamentales de los ciudadanos europeos, reconocidos en las Constituciones nacionales. La declaración expresa que han llevado a cabo los EE.MM. considerando que los bienes jurídicos comunitarios tutelados en el *Corpus Iuris* son merecedores y están necesitados de protección penal (con penas privativas

³⁶ Vid. GRASSO, G., «La formación de un Derecho penal de la Unión Europea», ob. cit., p. 206.

de libertad), junto con el consentimiento tácito (posibilidad de veto) que prestan los EE.MM. en el procedimiento de codecisión, superan las críticas que pueden hacerse respecto al déficit democrático en la posible aprobación del *Corpus Iuris*.

En definitiva, la idea básica del *Corpus Iuris* no está muy lejos del modelo de Derecho penal de los EE.UU.: se trataría de crear una serie de delitos comunitarios (euro-delitos), semejantes a los delitos federales, cuyo enjuiciamiento e instrucción se realizaría de acuerdo a unas normas comunes y con la intervención de una autoridad federal. Al lado de este Derecho penal federal, perviviría el Derecho penal y procesal de cada Estado³⁷. Y es que, pese a que la Unión Europea no es una federación, tiene –desde la perspectiva del Derecho penal– los mismos problemas que si lo fuera³⁸.

3.2. Breves consideraciones generales de Derecho comparado en relación con el Principio de legalidad

Como hemos señalado anteriormente, este principio es reconocido ampliamente en el Derecho penal de los países continentales europeos, y tiene en varios EE.MM. el rango constitucional. Se encuentra recogido igualmente en el artículo 7 del CEDH y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles, lo que nos da una idea de su universalidad. En el ordenamiento anglosajón, como se ha puesto de relieve³⁹, el alcance de su fin último, que no es otro que el de asegurar la certeza del derecho y la garantía al ciudadano, se persigue igualmente en la mayor parte de los casos, si bien a través de un medio técnico distinto que es el de la *stare decisis*. El TJCE ha contribuido en el acercamiento a los postulados continentales desarrollando el criterio de que la modificación de la jurisprudencia debe ser

³⁷ NIETO MARTÍN, A., «La lucha contra la Hacienda Pública comunitaria», ob. cit., p. 237. En el mismo sentido TERRADILLOS BASOCO, J., «Política y Derecho penal en Europa», ob. cit., p. 71. Una perspectiva crítica de la situación actual del sistema norteamericano en KADISH, S., «Fifty years of Criminal Law» en *California Law Review* (87) 1999, pp. 970 y ss.

³⁸ BACIGALUPO ZAPATER, E., «Estado de la cuestión de la protección de los intereses financieros de la comunidad: progresos y lagunas», ob. cit., p. 427.

³⁹ PAGLIARO, A., «Límites a la unificación del Derecho penal europeo» en VV.AA. *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Madrid, 1995 p. 690.

«razonablemente previsible» (*reasonably foreseeable*)⁴⁰, adentrándose en el fundamento material del principio de legalidad.

Asimismo la plasmación legal de las reglas más importantes de imputación no resulta menos relevante para la seguridad jurídica que la sujeción a la Ley de los delitos de la Parte Especial. La necesidad de una Parte General ha sido claramente evidenciada por el TJCE, el cual ha ido perfilando, principalmente en materia de infracciones del Derecho de la Competencia, las instituciones más representativas e importantes de la misma. De igual manera, como ya hemos señalado, desde el punto de vista normativo, también con anterioridad al *Corpus Iuris* se había evidenciado la necesidad de dicha Parte General, y, así, el Reglamento núm. 2988/95 contenía una primera regulación al respecto. Por estos motivos, se contiene de forma expresa en el *Corpus Iuris* las reglas fundamentales de imputación, si bien la dimensión extensiva de estas formulaciones es una consecuencia tendencial de la elevada abstracción que caracteriza a la Parte General en su conjunto⁴¹.

Por lo que se refiere a la Parte Especial, pese a que existen países que no siguen el esquema tripartito alemán, puede afirmarse que tienen en común el «tipo» como punto de partida. El *élément legal* de la doctrina francesa y el *legal element* (actus reus) de la inglesa anudan, incluso más estrechamente que la tipicidad alemana, la descripción legal y el resultado. Puede afirmarse que dichas categorías comportan directamente la función de garantía del tipo⁴².

En consecuencia, y pasando ya a las tradicionales garantías penal y criminal, el *Corpus Iuris* contiene una tipificación precisa de ocho infracciones (arts. 1 a 8) y las penas con que pueden sancionarse cada una de ellas (art. 9). Por otro lado, la eventual ambigüedad en la determinación del ilícito es corregida mediante la eficacia exculpante del error de prohibición o sobre la interpretación de la ley (art. 11) al que nos referiremos posteriormente.

⁴⁰ TIEDEMANN, K., «Exigencias fundamentales de la Parte General», ob. cit., p. 78.

⁴¹ TIEDEMANN, K., «Exigencias fundamentales de la Parte General», ob. cit., p. 80. Vid. PEREZ DEL VALLE, C., «Interrogantes y perspectivas del “Espacio judicial europeo” después de la cumbre de Tampere» ejemplar mecanografiado entregado en *Seminario sobre el Corpus Iuris* celebrado en Madrid en Octubre de 1999, pp. 4 y ss.

⁴² TIEDEMANN, K., «Exigencias fundamentales de la Parte General», ob. cit., p. 78. Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., «La ciencia europea del Derecho penal» en *Revista de Ciencias penales*, vol. 2, nº 1, 1999 p. 17.

Lo anterior no impide hacer las siguientes consideraciones:

Se observa la falta de plasmación en el texto legal de la prohibición de retroactividad y de analogía in *malem partem*. Pese a que pudiera sostenerse que la prohibición de retroactividad de las leyes y reglamentos penales administrativos ha sido reconocida por el TJCE a partir del asunto BOSCH, y que la prohibición de analogía contraria al reo se encuentra en la concepción misma del Estado de Derecho⁴³, sería sumamente recomendable que existiera una disposición expresa al respecto. En relación con este último contenido del principio de legalidad hay que tener en cuenta que el ordenamiento jurídico-penal danés permite en su Código penal de 1966, vigente en la actualidad, la analogía in *malem partem*. Dada la subsidiariedad del Derecho nacional respecto del cuerpo jurídico europeo para cubrir las posibles lagunas de éste, se torna muy recomendable la plasmación expresa de este principio. Algún redactor del *Corpus Iuris* considera que debería recogerse asimismo un mandato dirigido al juez semejante al de «previsibilidad razonable» antes aludido⁴⁴.

3.3. Contenido material del Principio de legalidad

3.3.1. Prohibición de Derecho consuetudinario

La exclusión del Derecho consuetudinario como fuente de incriminación no juega en nuestros días un papel práctico ni en Derecho penal ni en Derecho penal administrativo⁴⁵. Dicha exclusión está, además, ampliamente reconocida por todos los EE.MM. Ahora bien, el Derecho consuetudinario admitido en otras áreas del ordenamiento jurídico puede desplegar ciertos efectos en el Derecho penal si éste se remite a aquellas.

De igual manera, se admite que el Derecho consuetudinario repercute en provecho del reo, como, por ejemplo, mediante la creación de nuevas causas de justificación⁴⁶. Esta circunstancia alcanza una mayor importancia cuando

⁴³ CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «Hacia la unificación del Derecho penal comunitario», ob. cit., p. 1923. Ampliamente NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios*, ob. cit., pp. 135 y ss.

⁴⁴ TIEDEMANN, K., «Exigencias fundamentales de la Parte General», ob. cit., p. 79

⁴⁵ TIEDEMANN, K., «El Derecho penal económico de la Comunidad Europea», ob. cit., p. 258.

⁴⁶ JESCHECK, H.H., *Derecho penal. Parte General*. (Traducción de José Luis Manzanares Samaniego.) 4ª Ed., Granada, 1993, p. 119; ESER A., / BURKHARDT B., *Derecho penal (Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de*

se observar que el *Corpus Iuris* carece de un catálogo de estas causas, siendo recomendable su tipificación en la Parte General⁴⁷.

En España⁴⁸, dentro de este postulado del principio de legalidad, se incluye la reserva absoluta de Ley en materia penal. La doctrina alemana se remite, para dicha cuestión, al artículo 104 de la *Grundgesetz* (derecho fundamental a la libertad), al cual (su homólogo artículo 17 de la Constitución española) en última instancia también acude tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional española⁴⁹. El debate que ha originado una mayor polémica ha sido el recurso a las leyes penales en blanco, ya que puede entenderse que se está otorgando implícitamente competencias en materia penal a instancias que no poseen tal competencia, puesto que la misma es una competencia exclusiva del Estado⁵⁰. El Tribunal Constitucional español, a partir de la sentencia 127/1990 zanjó la cuestión admitiendo el recurso a tal técnica legislativa, siempre y cuando se cumplieran ciertos requisitos⁵¹.

sentencias), (Traducción de Silvina Bacigalupo Sagesse y Manuel Cancio Meliá), Madrid, 1995, pp. 52-53.

⁴⁷ Sobre esta cuestión vid., ampliamente DANNECKER, G., «La configuración de las causas de justificación y exculpación en el Derecho penal comunitario» en *Revista penal* 3 (1999), pp. 16 y ss.

⁴⁸ Vid. Ampliamente sobre la discusión en Italia y Alemania SILVA SÁNCHEZ, J.M., «¿Competencia indirecta de las Comunidades Autónomas?» en *La Ley* 1993, pp. 967 y ss.

⁴⁹ Vid. El resumen de las posturas al respecto en LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho penal Parte General*, Madrid, 1996, pp. 148 y ss.

⁵⁰ Vid. las posiciones críticas de MESTRE DELGADO, E., «Límites constitucionales a las remisiones normativas en materia penal» en *ADPCP* 1988, pp. 503-527; GARCÍA ARÁN, M., «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal» en *E.P.Cr.* XVI (1993), pp. 65-103; BACIGALUPO ZAPATER, E., «Sobre la problemática constitucional de las leyes penales en blanco» en *Actualidad penal* 1994, pp. 449-454. Por otro lado, las consideraciones de ARROYO ZAPATERO, L., «El Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 8 (1983) p. 34; ÍD., «El derecho penal económico en la República federal Alemana» en VV.AA. *La reforma penal: delitos socio-económicos*, Madrid, 1985, pp. 101-121.

⁵¹ Los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional español son, resumidamente, los siguientes:

1. Que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal.
2. Que la Ley, además de señalar la pena, contenga el *núcleo esencial* de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, o se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisa con el *complemento indispensable* de la norma a la que la Ley penal

3.3.2. Mandato de determinación

Existe en la actualidad una gran crítica en relación con la pérdida de contenido del mandato de determinación, principalmente en el sector del Derecho penal moderno o accesorio⁵². Ahora bien, dicha indeterminación, creada principalmente por la hipertrofia normativa en el terreno del Derecho penal económico, que obliga al ciudadano a estar en un estado de alerta jurídica, se trata de compensar en la vertiente subjetiva del delito⁵³, principalmente con el tratamiento del error.

Dada la indeterminación de las conductas prohibidas en el Derecho de la competencia, el TJCE ha elaborado una serie de mecanismos para ir paliando este déficit que podemos resumir de la siguiente manera: a) a través de la utilización del principio de oportunidad (hasta que la prohibición de la conducta es suficientemente conocida), b) la posibilidad, por parte de las empresas, de notificar los acuerdos o prácticas cuya ilicitud aparezca más dudosa (en base al artículo 2º del Reglamento 17/62), c) mediante el reconocimiento del error y d) la utilización de una técnica

se remite y resulte, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada

Los requisitos demandados por el Tribunal Constitucional son menos exigentes que los solicitados por la doctrina, que resumidamente podemos enunciarlos:

1. El reenvío a los reglamentos debe circunscribirse a aquellos casos en los que la norma penal indica ya por sí mismo la esfera y contenido de desvalor que la norma pretende imponer y al reglamento se le relega tan sólo la enunciación técnica detallada, y la puesta al día, de los hechos u objetos que presentan tal significado de desvalor, enunciación técnica que, además debe ser expresión de un criterio técnico localizable ya en la norma penal de fuente legislativa.
2. Criterio de la necesidad, no sustituible por otros como la urgencia.
3. La remisión así como la fuente remitida y su contenido debe satisfacer las exigencias de certeza. Ahora bien la certeza no satisfacer por sí misma la existencia de reserva y no puede operar como sustitutiva de los dos anteriores criterios, sino tan sólo como límite externo a los modos en que la reserva se materializa, como límite externo a la remisión técnica inevitable

⁵² Vid. NAUCKE, W, «La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado» en VV.AA. *La insostenible situación del Derecho penal, Madrid 2000* pp. 531-551; SÜß, F., «El trato actual del mandato de determinación» en VV.AA. *La insostenible situación del Derecho penal*, Madrid 2000, pp. 223-246.

⁵³ MUÑOZ CONDE, F., *El error en el Derecho penal*, Valencia, 1989, pp. 107 y ss.

legislativa adecuada (situándose en un punto intermedio entre el casuismo y la generalización)⁵⁴.

En el ámbito del Derecho penal económico y, más concretamente, en el Derecho penal tributario, tuvo lugar una intensa discusión relativa al error sobre los elementos normativos del tipo⁵⁵. La naturaleza de estos elementos así como su relación con las leyes penales en blanco, ha sido objeto de una gran controversia⁵⁶. Además, se les han atribuido a los elementos normativos, por un lado, y a las leyes penales en blanco, por otro, efectos prácticamente contrapuestos en lo relativo al error y al dolo⁵⁷. Sin embargo, las «insatisfactorias» consecuencias de la teoría de la culpabilidad en el Derecho penal económico (harto beneficiosas en el Derecho penal nuclear), han provocado un cuestionamiento de la tendencia a adoptar dicha teoría en relación con el tratamiento del error en este ámbito jurídico-penal. Se favorece, así, una ampliación del error de tipo en detrimento del error de prohibición⁵⁸.

La presencia de elementos normativos en el *Corpus Iuris* es abundante, por lo que tal vez sería conveniente la definición de algunos de estos conceptos⁵⁹, como efectivamente se hace en el artículo 3 en relación con el

⁵⁴ Vid., ampliamente NIETO MARTÍN, A., *Fraudes Comunitarios*, ob. cit., pp. 124 y ss.

⁵⁵ WEZEL, H., «Irrtum in Steuerstrafrecht», en *NJW* 1953, pp. 485 y ss.

⁵⁶ Una perspectiva integradora, considerándolos a ambos principalmente elementos de valoración global del hecho, en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico, Parte General*, Valencia, 1998, pp. 123 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Competencia indirecta de las Comunidades Autónomas», ob. cit., pp. 977 y ss. Diferencia ambas clases de remisiones normativas en atención a la incorporación de la infracción administrativa al tipo penal GARCÍA ARÁN, M. «Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal» en *E.P.Cr.* XVI (1993), pp. 65-103 siguiendo a CRAMER en SCHÖNKE / SCHRÖEDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, comentario al párrafo 15. Relativiza las diferencias entre ley penal en blanco y elemento normativo SCHLÜCHTER, E., «Zum Irrtumslehre im Strafrecht» en *Wistra* 1985 pp. 43 y ss.

⁵⁷ Vid. TIEDEMANN, K., «La Ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas», ob. cit., p. 70. En relación con el error sobre cuestiones de Derecho vid. pp. 92 y ss.

⁵⁸ Vid., un resumen de las propuestas en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico Parte General*, ob. cit., pp. 178 y ss; en relación con el *Corpus Iuris* ARROYO ZAPATERO, L., «El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea», ob. cit., pp. 6 y ss.

⁵⁹ Vid. NIETO MARTÍN, A., «La lucha contra el fraude a la Hacienda Pública comunitaria», ob. cit., pp. 210-211, en relación con el término «subvención» y los problemas que se dieron en el ordenamiento alemán al respecto. Tales problemas pueden seguir vigentes en relación con el artículo 4 («subvención», «ayuda») o el artículo 2 («concurso» o «subasta pública»).

término «funcionario europeo», o en el artículo 8 con «asociación ilícita». Pero de cualquier manera, en algunos puntos (un claro ejemplo en el artículo 1.2 respecto a la regularización tributaria) el *Corpus Iuris* se muestra más taxativo y clarificador que el propio Derecho nacional. Y es que, como hemos indicado anteriormente, la preservación de las garantías materiales del principio de legalidad no depende tanto del carácter estatal o internacional de la ley penal cuanto de la concreta técnica de tipificación por la que se ha optado en cada caso⁶⁰.

3.3.3. *Prohibición de analogía in malem partem*

Íntimamente vinculado al postulado anterior⁶¹, la prohibición de analogía *in malem partem* se trata de un mandato dirigido al órgano judicial. Brevemente, se puede señalar que la analogía necesita tres pasos⁶²:

- La comprobación de una laguna legal por falta de previsión (por método de la interpretación).
- La comprobación de una semejanza: comparación del comportamiento vital no regulado con supuestos de hechos típicos regulados que tengan coincidencias.
- La comprobación de una igualdad valorativa: debe ser esencial para la valoración jurídica aquello en lo que coincidan los supuestos de hecho y debe ser irrelevante aquello en lo que no coincidan.

La ya de por sí problemática compleja para delimitar la interpretación analógica de la extensiva, se agrava cuando se producen remisiones a

⁶⁰ Vid., MORALES PRATS, F., «Los modelos de unificación del Derecho penal en la Unión Europea», ob. cit., pp 32 y ss. No obstante este autor señala las objeciones dimanantes de la cláusula de subsidiariedad que el *Corpus Iuris* establece con respecto al Derecho penal de cada EE.MM., que convergen en un compromiso de la unificación de respuestas penales en virtud de posibles divergencias interpretativas del contenido del *Corpus Iuris*.

⁶¹ En Italia (BRICCOLA, MANTOVANI, ..etc) se sigue una concepción tripartita del Principio de legalidad, agrupando bajo una misma denominación tanto al mandato de determinación como al de prohibición de analogía, en base a diferentes argumentaciones. Vid., ampliamente con referencias GARCÍA RIVAS, N., *El principio de determinación de hecho punible*, Madrid, 1992, pp. 19 y ss.

⁶² ESER / BUCKHARDT, *Derecho penal*, ob. cit., p. 62.

normas jurídicas extrapenales⁶³. Con independencia de la terminología (ley penal en blanco, elemento normativo) para la aplicación práctica del Derecho penal, las normas jurídicas penales y extrapenales deben ser «leídas de forma conjunta» (lo cual no pocas veces requiere ya una interpretación y trae consigo la transformación del contenido de la norma). En cualquier caso, en la medida en que resultan directamente relevantes para la fijación del contenido del tipo penal, los preceptos extrapenales son considerados parte integrante del tipo penal⁶⁴. La duda se plantea en determinar si deben ser tenidas en cuenta y adoptadas para la determinación del contenido de los tipos penales las conclusiones analógicas extrapenales, encontrándonos en el Derecho penal tributario con la figura del fraude de ley y del abuso de Derecho como cuestiones fundamentales⁶⁵.

Evidentemente la situación se plantea allí donde existen fórmulas legales explícitas para aprehender los actos de elusión de ley⁶⁶. Por un lado éstas pueden ser muy generales, próximas a la indeterminación, tornándose más claras por obra del legislador que recurre a la ejemplificación (a modo del antiguo artículo 86 del TCE). Por otro lado, otras cláusulas utilizadas por el legislador se transforman en conceptos enteramente precisos, ocasionando sin embargo el peligro de ser eludidas o defraudadas a su vez⁶⁷. La inexistencia de una cláusula en este sentido ha llevado a cierto sector

⁶³ En este ámbito, principalmente normativa comunitaria que regule las subvenciones comunitarias, los aranceles comunitarios, ..etc.

⁶⁴ TIEDEMANN, K., «La ley penal en blanco», ob. cit., pp. 89-90.

⁶⁵ La discusión en el ámbito tributario se ha reavivado con la supresión del antiguo artículo 25.3 de la Ley General Tributaria. Sobre el estado de la situación actual vid. Resumidamente VILARROIG MOYA, R., «Fraude de Ley y operaciones sintéticas» en *Temas de Derecho penal tributario*, Barcelona, 2000, pp. 149 y ss.; manteniendo su postura PALAO TABOADA, C., «¿Existe fraude a la Ley Tributaria? » en *Estudios Financieros* nº 182, pp. 3 y ss.

⁶⁶ Cfr. VOGEL, J., «Fraude de Ley, abuso de Derecho y negocio ficticio en Derecho penal europeo» en VV.AA., *Estudios de Derecho penal económico*, Cuenca, 1994, pp. 317 y ss. Respecto a las operaciones simuladas existe en general una irrelevancia penal, mientras que en relación a los casos de fraude de ley y abuso de no existe un tratamiento penal unitario en los EE.MM., por lo que pueden derivarse grandes problemas de protección penales de los medios de subvención europeos.

⁶⁷ TIEDEMANN, K., «Reglas y garantías de la Comunidad Europea en materia penal administrativa» en VV.AA. *Estudios de Derecho penal económico*, Cuenca, 1994, p. 260.

doctrinal a proponer su introducción para poder perseguir este tipo de conductas⁶⁸.

Como ya señalamos, tanto la Comisión como el TJCE respetan el mandato de interpretación restrictiva y evitan la aplicación del método analógico en el ámbito de las sanciones administrativas, y sin embargo sería conveniente la inclusión de tal prohibición expresa en el *Corpus Iuris* por las razones mencionadas más arriba.

3.3.4. Prohibición de retroactividad

Reconocido en todos los EE.MM. se trata si acaso del mandato más claro de todos los que conforman el Principio de legalidad. De igual manera, ha sido reconocido abiertamente por el TJCE sin reservas en el asunto BOSCH. La problemática se ha planteado respecto de las denominadas leyes temporales, en muchos ordenamientos (alemán y español entre otros) excluidas de la irretroactividad. Al respecto podemos señalar que se han producido ciertos cambios en la doctrina, adoptándose en la actualidad el criterio según el cual debe estimarse que la ley penal en blanco o con elementos normativos puede apreciarse retroactivamente si la modificación de la normativa extrapenal complementadora obedece a un auténtico cambio de valoración. El criterio decisivo para la apreciación retroactiva de la ley penal en blanco más favorable será la falta de necesidad de pena⁶⁹, extraída del contenido objetivo de la ley (según el fin de protección de la norma) y no de los motivos subjetivos del legislador. De esta manera, el criterio tradicional de cambio fáctico / cambio valorativo será un indicio, puesto que si bien es cierto que la necesidad preventiva de pena subsiste normalmente cuando las modificaciones de la normativa extrapenal responden a un cambio circunstancial o fáctico, no puede olvidarse que dicha necesidad también puede persistir en casos de cambios valorativos.

La problemática por la carencia de una cláusula que recoja la irretroactividad de las normas penales desfavorables, ya señalada al comienzo, se agrava cuando tratamos la cuestión conexas de la retroactividad

⁶⁸ TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho penal económico*, Barcelona, 1993, p. 45. NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios*, ob. cit., p. 54; VOGEL, J., «Fraude de Ley», ob. cit., p. 328.

⁶⁹ Así fundamentalmente SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Legislación penal socioeconómica», ob. cit., pp. 440 y ss.; ARROYO ZAPATERO, L., «Derecho penal económico y Constitución» en *Revista penal* 3 (1999), p. 10; MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C., *Derecho penal económico Parte General*, ob. cit., p. 128.

de las disposiciones favorables. Dicha agravación se da principalmente cuando existe una remisión, ya expresa ya concluyente, a la normativa extrapenal. La consideración de estas remisiones como leyes temporales influye en la efectiva aplicación de esta segunda consecuencia del principio de prohibición de retroactividad. Así, sería conveniente la expresa regulación de esta doble vertiente en el *Corpus Iuris*.

4. Principio de culpabilidad

Pese a que sea considerado un fundamento básico del Derecho sancionador europeo y llegue a concebirse como una concreción del principio de proporcionalidad, el principio de culpabilidad presenta grandes controversias⁷⁰, si bien no deben ser consideradas como irresolubles. En efecto los conceptos de *infractions materielles* en Francia y *strict liability* en Inglaterra pueden fundamentarse bien como presunciones de culpabilidad, bien como mayores exigencias de ciudadano en ámbitos relativos a la protección de intereses colectivos. Sin embargo, respecto a las primeras el nuevo CP francés limita esta forma de responsabilidad a la infracción de contravenciones por lo que se aleja del ámbito estrictamente penal, y respecto de las segundas se consideran *criminal in form but civil in nature*, por lo que se tienen en cuenta en el ámbito de las sanciones⁷¹.

Quizá el problema más serio relacionado con esta materia se encuentra vinculado con la justificación de la pena criminal en la reprobación del sujeto culpable, dado que no resulta adecuado para fundamentar la represión penal de las personas jurídicas. En los EE.MM. que están vinculados con esta tradición (Alemania, España, Italia), sin embargo, se admite una responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho sancionador administrativo. Por otro lado, la teoría, y en cierta medida la legislación, van acercándose más a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en sentido estricto. Sobre esta idea volveremos más adelante al examinar la autoría y participación.

Asimismo se vinculan con el principio de culpabilidad dos problemas que el *Corpus Iuris* ha resuelto en el sentido en que se orienta actualmente el Derecho penal de los EE.MM.: por un lado, la regulación del error y, por

⁷⁰ Como señala TIEDEMANN, K., «Reglas y garantías de la Comunidad Europea en materia penal administrativa», ob. cit., p. 261, existe una falta de homogeneización mucho más acusada en relación con el principio de culpabilidad que con el de legalidad.

⁷¹ TIEDEMANN, K., «Exigencias fundamentales de la Parte General», ob. cit., p. 82.

otro, la individualización de la pena (íntimamente conectado con el principio de proporcionalidad).

4.1. *El error*

Hoy en día las reglas del error constituyen un barómetro a la hora de calibrar la realización del principio de culpabilidad y de medir en el Derecho penal el grado de consecuencia con que se sigue una concepción más liberal o más conservadora del Estado y del Derecho⁷². En lo que se refiere al error sobre los elementos del tipo, se entiende (salvo en Italia) que excluye el dolo. De igual manera, este error no sólo se refiere a hechos, puesto que la redacción actual de muchos tipos presenta la inclusión de los llamados elementos normativos. Por otro lado, la relevancia exonerante de la invencibilidad del error de prohibición es reconocida en la mayoría de los Estados de la Unión y también ha sido utilizada en el mismo sentido por el TJCE en la jurisprudencia recaída en el ámbito administrativo sancionador⁷³. La polémica queda circunscrita prácticamente al error evitable de prohibición⁷⁴, o expresado en terminología francesa, al error de Derecho no referido al tipo⁷⁵. El criterio seguido para determinar la invencibilidad de la prohibición es el de un hombre prudente y razonable, lo cual nos sitúa en parámetros personales. Dada la ubicación de dicha categoría en la culpabilidad, esta opción se muestra como la más adecuada y se compatibiliza bien con la configuración doctrinal, imperante en la actualidad, de configurar la vencibilidad a partir de criterios preventivos⁷⁶. La teoría de la culpabilidad en el ámbito del error de prohibición

⁷² TIEDEMANN, K., «Exigencias fundamentales de la Parte General», ob. cit., p. 82.

⁷³ CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «Hacia la unificación del Derecho penal comunitario», ob. cit., p. 1923; TIEDEMANN, K., «Reglas y garantías de la Comunidad Europea en materia penal administrativa», ob. cit., pp. 263 y ss.

⁷⁴ Sobre la situación actual en España y Alemania, vid. NIETO MARTÍN, A., *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Barcelona, 1999, especialmente pp. 107 y ss.; FELIP I SAVORIT, D., *Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del Código penal*, Barcelona, 2000, principalmente pp. 99 y ss. Cfr. LAUBENTHAL, K., «Durch die Ausländereigenschaft bedingte Verbotsirrtümer und die Perspektiven europäischer Rechtsvereinheitlichung» en *GA* 2000, pp. 205 y ss.

⁷⁵ TIEDEMANN, K., «Exigencias fundamentales de la Parte General», ob. cit., p. 82.

⁷⁶ ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General*, (traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conllevo, y Javier de Vicente Remesal), Madrid 1997 pp. 878 y ss.

(consecuencia de la dogmática finalista) supone que la evitabilidad de éste deja subsistente el dolo y determina una atenuación de la sanción penal recogida en el apartado 2 del Artículo 11 del *Corpus Iuris*. A parte de esta circunstancia, podemos coincidir en que en todos los EE.MM. se considera que la culpabilidad del autor que yerra es menor que la de quien actúa con pleno conocimiento de la prohibición. Asimismo, la asimilación del error sobre la interpretación de la Ley por el error de prohibición es una consecuencia asumida, principalmente, en el campo del Derecho penal económico, puesto que la existencia de conceptos normativos complicados hace que la interpretación decida sobre el carácter permitido o prohibido de una conducta⁷⁷.

4.2. Autoría y participación

Como hemos mencionado anteriormente, en este campo se presentan, en principio, las mayores dificultades a la hora de unificar criterios. En efecto, los Códigos penales de Austria e Italia así como el Derecho penal de Dinamarca y Noruega adoptan el sistema unitario de autor, si bien con consecuencias diferentes. También se puede observar esta opción en el referido Reglamento 2988/95, aunque en este texto normativo aparece más como consecuencia de su vocación de afectación a preceptos de naturaleza no penal: ramas del Derecho sancionador de los EE.MM. donde sí hay un mayor tratamiento unitario de autor como en la *OWiG* alemana⁷⁸.

El *Corpus Iuris* desecha este sistema acogiendo a la diferencia entre inductores, autores y cómplices, definiendo igualmente cada uno de estos conceptos. Resalta la técnica legislativa empleada en la descripción de la inducción, que enumera casuísticamente los supuestos de ésta. Sin embargo, el escollo más relevante se circunscribe a la responsabilidad de las personas jurídicas y a la del «jefe de empresa».

4.2.1. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El *Corpus Iuris* contempla una serie de sanciones específicamente dirigidas a las personas jurídicas como la puesta bajo vigilancia judicial, el comiso de instrumentos y efectos del delito o la publicación de la sentencia.

⁷⁷ ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General*, ob. cit., p. 872.

⁷⁸ NIETO MARTÍN, A., «La lucha contra el fraude a la Hacienda Pública comunitaria», ob. cit., p. 205.

En este ámbito se percibe en la U.E. un acercamiento a la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliamente afirmada en el Derecho administrativo sancionador y en el Derecho sancionador de la competencia europeo. De igual manera, ha sido objeto de proposición por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en Recomendación 18/88 y, recientemente, el CP francés se ha decantado definitivamente por la introducción de la responsabilidad penal de las personas morales. Inglaterra, Finlandia, Noruega y sobre todo Holanda son ejemplos de EE.MM. que adoptan esta postura⁷⁹. Por lo que se refiere a España, no debe pasar desapercibido el artículo 129 del CP, que bajo la denominación de «Consecuencias Accesorias» de naturaleza sumamente discutida en nuestra doctrina, introduce unas «medidas» idénticas a las contenidas en el CP francés como penas para las personas jurídicas. Estas «medidas» están orientadas a «prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma». Sin embargo, los detractores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no parecen tener en cuenta que la peligrosidad, como la culpabilidad, requiere también una capacidad de acción por lo que su recurso a considerarlas medidas de seguridad en lugar de penas es ficticio. Más aún, el propio TC considera que ambas son «sanciones penales» (STC 14 y 19 de febrero de 1986). En definitiva, muchas veces la única diferencia entre las «consecuencias accesorias» y las «penas» de las personas jurídicas residen exclusivamente en la denominación. Por tanto, la necesidad de que el *Corpus Iuris* asuma los principios correspondientes a los ordenamientos más desarrollados, y resultando una clara evolución dogmática hacia la afirmación de la responsabilidad directa penal de las personas morales, la previsión contenida en el artículo 14 merece un juicio favorable⁸⁰. Ahora bien, a propósito de esta previsión no debe entenderse que existe una responsabilidad objetiva de estas entidades, sino que debe desarrollarse un sistema de imputación adecuado para las mismas, construyendo una verdadera responsabilidad subjetiva. La especialidad de este sistema consistirá en conjugar acertadamente las características de este sujeto (persona jurídica) y sus actuaciones en la realidad social, con los postulados

⁷⁹ TIEDEMANN, K., «Exigencias fundamentales de la Parte General», ob. cit., p. 84; ÍD., «La regulación de la autoría y participación en el Derecho penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo» en *Revista Penal* 5 (2000), pp. 90-99.

⁸⁰ CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «Hacia la unificación del Derecho penal comunitario», ob. cit., p. 1924.

básicos de la teoría del delito, que probablemente habrá que reformular para un encaje garantista de ambas condiciones.

4.2.2. *Responsabilidad del jefe de empresa*

La regulación expresa y limitada a un sector específico de este tipo de omisión impropia, resulta necesaria y susceptible de consenso en Europa. Los ordenamientos que admitan la figura de la comisión por omisión en principio no tendrían necesidad de este precepto. Ahora bien, las polémicas existentes en relación con qué delegación de funciones es eficaz para la exoneración de responsabilidad, y qué deber se sigue manteniendo con respecto al o los sujetos delegados, aconsejan una regulación expresa en este ámbito⁸¹. En el artículo 13 se sanciona el incumplimiento de deberes de vigilancia por quien tiene poder de decisión en la empresa. A la empresa le corresponde una posición de garantía, regulando los límites de la delegación de esta posición de garantía en los niveles inferiores. En consonancia con la moderna dogmática penal a este respecto, la delegación de funciones, para ser liberadora de la responsabilidad penal, requiere que:

- Se den órdenes precisas y especiales
- Sea necesaria
- El delegado esté en situación de poder cumplir las funciones delegadas

Aún así, la delegación de poderes no excluye la responsabilidad general de control, de vigilancia y de elección del personal, no pudiéndose efectuar en los dominios propios del jefe de la empresa como la organización general del trabajo⁸². En definitiva, subsiste el deber de vigilancia del empresario y se hace responsable al jefe de la empresa por no haber impedido las infracciones de sus subordinados con infracción de aquel deber de control⁸³.

⁸¹ Una exposición de las concepciones más relevantes a este respecto en MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, C., *Derecho penal económico, Parte General*, ob. cit., pp. 196 y ss.

⁸² NIETO MARTÍN, A., «La lucha contra el fraude a la Hacienda Pública comunitaria», ob. cit., p. 242.

⁸³ CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «Hacia la unificación del Derecho penal comunitario», ob. cit., p. 1924.

5. Principio de Proporcionalidad

También ampliamente consolidado en la tradición jurídica de los Estados Europeos, se debe considerar un principio general de Derecho comunitario⁸⁴. El artículo 15 del *Corpus Iuris* contiene una regla de individualización de la pena en la que late la importancia que en esta materia corresponde al principio de culpabilidad. Puede afirmarse que en la fórmula empleada se contemplan armónicamente distintos fines de la pena de forma que es posible una combinación del aspecto de la compensación de la culpabilidad y de la función de prevención a que debe estar orientada la pena⁸⁵. Básicamente existen tres modelos referentes al sistema de individualización de la pena⁸⁶:

Los que tienen por base el principio de culpabilidad de manera expresa, como son el alemán, el austríaco y el portugués. En principio establecen que la pena no puede ser más grave que la culpabilidad del autor, pero admite que, sin superar esta medida o sin apartarse de ella de forma esencial, se contemplen otros fines de la pena.

Los que tácitamente se basan en el principio de culpabilidad entre los que se encuentra España, Dinamarca o Italia. Centrándonos en el caso español, nuestro TC en la conocida STC 150/1990 excluye la legitimidad de un Derecho penal «que determinara la pena en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos». En definitiva sólo se ajusta a nuestra Constitución una pena que se determine en función de la culpabilidad por el hecho.

Los que se basan en criterios de la personalidad, individualizando la pena con base en criterios preventivos, como son el CP francés o el griego. Pero incluso en estos ordenamientos no se considera que el principio de culpabilidad merezca una exclusión completa. Teniendo en cuenta que únicamente son dos los EE.MM. que adoptan este criterio, hay que advertir que no toda diversidad de puntos de vista legislativos debe impedir, como principio general, aquél que haya recibido amplio consenso en la mayoría de los Estados de la Unión. Así, se entiende que un Derecho penal más

⁸⁴ Vid. ARROYO ZAPATERO, L., «El principio de culpabilidad y sus plasmaciones», ob. cit., pp. 5-6.

⁸⁵ CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «Hacia la unificación del Derecho penal comunitario», ob. cit., p. 1934.

⁸⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E., «El *Corpus Iuris* y la tradición de la cultura jurídico-penal europea de los Estados miembros de la Unión Europea», ob. cit., pp. 401 y ss.

evolucionado tiende a la individualización de la pena con base en criterios de culpabilidad por el hecho adecuándolos con matices preventivos.

Por último y pese a la diferencia antes apuntada de los diferentes sistemas de autoría, en relación con el tema que ahora nos ocupa, todos los sistemas europeos reconocen, como principio de individualización de la pena, que ésta debe ser adecuada al grado de participación en el hecho⁸⁷.

⁸⁷ BACIGALUPO ZAPATER, E., «El *Corpus Iuris* y la tradición de la cultura jurídico-penal europea de los Estados miembros de la Unión Europea», ob. cit p. 404. Igualmente CHOCLÁN MONTALVO, J.A., «Hacia la unificación del Derecho penal comunitario», ob. cit., p. 1925.