

# 1. Introducción

La posible criminalización de los cárteles se enmarca obviamente en la polémica general sobre el alcance y las dimensiones de las competencias penales de la Unión Europea. Actualmente nadie niega la necesidad de la intervención de la Unión Europea también en el ámbito penal. De hecho, la propia reforma del Tratado de Lisboa y la introducción en el TFUE de nuevas bases jurídicas que permiten dicha actuación así lo confirman. Pero esto es el resultado de una larga evolución que se ha movido en torno a dos datos que han condicionado notablemente la atribución de competencias en este ámbito y que aún influyen en su desarrollo.

El primer dato es que el Derecho penal, como la mayor parte de las materias de las que se ocupa el Espacio común de Libertad, Seguridad y Justicia, forma parte del núcleo duro de la soberanía estatal. El poder de castigar con normas penales pertenece a la esencia del Estado, ya que mediante él se garantiza el propio poder constituido. Por esa razón, así como por la propia evolución de la Unión Europea, los Estados miembros de las primeras Comunidades Europeas no cedieron competencias penales a esas nuevas organizaciones.

Sin embargo, y éste es el segundo dato del que no se puede prescindir a la hora de analizar la necesidad de intervención de la Unión en el ámbito penal, la adopción de normas penales europeas se ha convertido en una tarea imprescindible para su buen funcionamiento. El Mercado Común y, más aún del Mercado Interior, presupone la existencia de un espacio integrado, sin obstáculos, donde están aseguradas la libre circulación de personas, mercancías, capitales y servicios. Pero precisamente este mayor grado de libertad para las actividades lícitas y productivas ha sido de hecho aprovechado para llevar a cabo actividades delictivas transnacionales. Es, por tanto, absolutamente imprescindible arbitrar medidas de protección de este espacio, incluidas medidas penales. De hecho: “un modelo de integración europea no es compatible con la limitación del Derecho penal a las fronteras nacionales, donde permanecería fuera del alcance de cualquier tipo de influencia del Derecho comunitario”<sup>1</sup>. Hay un sólo mercado, una sola moneda y, sin embargo veintisiete ordenamientos penales diferentes. Las fronteras están abiertas para los delincuentes y cerradas para la justicia penal que funciona sobre el principio de territorialidad penal. El propio desarrollo del Mercado Interior hace patente la necesidad de la puesta en común de la materia penal.

Vencida, pues, la resistencia por parte de los Estados miembros a la cesión de soberanía penal, se pasa a discutir sobre los ámbitos en los que la correspondiente competencia de la Unión puede ejecutarse, y con qué características y límites. Se inicia así un proceso a través del cual se va progresivamente delimitando ya no el sí, sino el cómo y el hasta dónde puede intervenir la Unión Europea en materia penal.

## 2. La experiencia del reconocimiento de la intervención penal de la Unión Europea

Como es sabido, hasta el Tratado de Maastricht no se recoge en el Derecho originario ningún tipo de competencia penal a favor de las Comunidades Europeas. A raíz de la reforma que lleva a cabo el Tratado de

---

<sup>1</sup> Cfr. VERVAELE, J.: *La Unión Europea y el cumplimiento de la política comunitaria mediante el Derecho penal. ¿Una cessio bonorum del Tercer al Primer Pilar?*, en *Las Sanciones Penales en Europa*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, TAMARIT SUMALLA, J (coord.), Thomsom Reuters, n.21, pág. 75.

Maastricht y de la introducción en el nuevo Tratado del Tercer Pilar se crean las condiciones para una tímida puesta en común en materia penal que será desarrollada por los Tratados posteriores. Parecía entonces evidente que las primeras intervenciones de carácter penal deberían articularse en torno al nuevo pilar intergubernamental de la recién creada Unión Europea. Sin embargo, sorprendentemente y gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la armonización de sanciones penales se empezó a desarrollar antes y en función del pilar comunitario.

Así, es la jurisprudencia relativa a la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea la que va minando la autonomía de los Estados miembros en el ámbito penal. Progresivamente se recorta a los Estados la posibilidad de elegir el tipo de sanciones aplicables a determinadas conductas y se les va obligando a contemplar sanciones penales. Como consecuencia de ello se sientan las bases de un Derecho penal europeo<sup>2</sup>.

La intervención del TJCE toma como punto de partida la llamada cláusula de lealtad contenida en el entonces art. 5 TCEE según el cual: "*los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales particulares o apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado (...)*". En función de este artículo el TJCE elaboró el principio de asimilación que obliga a los Estados, a los que está confiada la garantía de las reglas comunitarias, a hacerla efectiva a través de su propio Derecho penal. Para ello, les exige que impongan sanciones análogas a las previstas en los ordenamientos nacionales, pero que, en todo caso, deben ser "efectivas, proporcionadas y disuasivas". Este principio recibe su formulación más precisa en la sentencia de 21 de septiembre de 1989, COMISIÓN/GRECIA, as. 68/88 en la que el TJCE señala que en función del artículo 5 TCEE<sup>3</sup>: "*aun conservando la elección de las sanciones, los Estados miembros deben procurar, en particular, que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones análogas de fondo o de procedimientos a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional cuando tengan un índole y una importancia similares y que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo a la sanción*"<sup>4</sup>. En función de ello, el Tribunal concluye que los Estados siguen pudiendo elegir la sanción, pero dicha elección no es totalmente libre ya que está vinculada a su carácter efectivo y disuasorio.

### 3. Consecuencias de la atribución a los estados de la garantía del derecho comunitario

La revolucionaria jurisprudencia del TJCE en materia de la garantía sancionatoria del Derecho comunitario encontró sin embargo notables límites derivados de las diferencias de los sistemas de sanciones de los Estados miembros. Así, para una misma infracción a una misma regla se aplican en los distintos Estados miembros sanciones que entre sí varían en relación con su naturaleza (administrativas o penales). La cuantía de las multas es muy diferente, así como lo es el alcance de las penas privativas de libertad que difieren en sus topes máximos.

---

<sup>2</sup> Derecho penal en sentido amplio, ya que como indica Pérez del Valle : "existe derecho penal europeo siempre que un acto normativo comunitario (o una decisión del TJCE interpretando, sobre las normas constitutivas de la Unión, estos acto normativos) establece la existencia de esta norma penal o procesal penal. Por el establecimiento de la existencia de la norma penal se entiende aquí no sólo la hipótesis de una norma comunitaria que establezca las características del comportamiento delictivo y la pena prevista para él con aplicación directa en los Estados miembros, sino también el caso -ahora ya menos hipotético- de una norma comunitaria que obligue a los Estados al establecimiento en su legislación de una norma interna penal criminal con estas mismas características." PÉREZ DEL VALLE, C.: *Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad*, InDret., Barcelona, 2008, pág.4.

<sup>3</sup> STJCE AMSTERDAM/BULB de 2.2.1977 en ella el Tribunal establece que "el artículo 5 del Tratado CEE obliga a los Estados miembros a la elección de las medidas apropiadas, incluida la elección de sanciones, incluso penales".

<sup>4</sup> STJCE COMISIÓN/GRECIA, as. 68/88.

Otras diferencias de los sistemas sancionatorios se refieren a aspectos de más hondo calado y tienen mayor trascendencia para pensar en la posibilidad de normas penales europeas en ámbitos concretos, como, por ejemplo, el tema que nos ocupa. Así, en algunos Estados miembros se admite la responsabilidad objetiva, poco compatible con el principio de *nulla poena sine culpa*, principio que, sin embargo, está ya en vigor en el sistema de sanciones comunitarias en el Derecho de competencia, y en ciertos Estados miembros (como España, Alemania, Italia) tiene valor constitucional y ha sido progresivamente introducido en los proyectos de reforma penal. En la mayoría de los Estados miembros el fundamento de la responsabilidad penal es la responsabilidad personal<sup>5</sup>, pero el hecho de que las infracciones al Derecho comunitario se produzcan principalmente en relación con la actividad de las empresas lleva necesariamente a tener que ocuparse de la responsabilidad del responsable empresarial y la de la propia empresa, es decir, de la responsabilidad de las personas jurídicas<sup>6</sup>. En cuanto a la responsabilidad personal en sentido estricto es evidente que las diferencias derivan principalmente del distinto tratamiento que se da a la participación en el delito que va desde el tratamiento diferenciado de las figuras de la participación, al modelo unitario. Este último es minoritario entre los países de la Unión en relación con la responsabilidad penal, pero mayoritario por lo que respecta a las sanciones administrativas.

Asimismo, existen notables diferencias en cuanto a las sanciones efectivamente aplicadas. En efecto, por lo que respecta a los fraudes a los recursos propios comunitarios algunos Estados miembros prevén la aplicación de penas privativas de libertad acumulables a sanciones pecuniarias; otros prevén sanciones pecuniarias alternativas a penas de cárcel, y, por último, algunas legislaciones contemplan sólo la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias. Menos diferencias existen en relación con las sanciones aplicables a infracciones relacionadas con subvenciones o ayudas comunitarias, ya que en estas hipótesis todos los Estados miembros prevén la aplicación de penas privativas de libertad.

Por último, también varía la distinta configuración de las circunstancias agravantes y atenuantes, lo que naturalmente puede incidir notablemente en la aplicación efectiva de la sanción.

Las referidas diferencias a propósito de la naturaleza y la duración de las sanciones aplicadas, obviamente se traducen de hecho en situaciones de impunidad<sup>7</sup> de lo que pueden considerarse "paraísos penales" en los que precisamente la ausencia de tipificación penal de una conducta incita a las empresas a realizar sus actividades ilegales. Más adelante veremos cómo valorar este elemento en relación con la criminalización de los cárteles.

Desde la perspectiva europea, la disparidad de tratamiento nacional afecta directamente a la uniformidad de aplicación del Derecho de la Unión e, incluso, es susceptible de causar una distorsión de las condiciones de competencia, perjudicial para la economía comunitaria<sup>8</sup>. Se justifica de este modo la política de armoniza-

---

<sup>5</sup> En relación con la responsabilidad del "responsable", es decir, de aquél a quien corresponde tomar decisiones cuando no ha ejecutado materialmente el hecho constitutivo del delito, existen tres posibles modelos: el modelo inglés, que une esta forma de responsabilidad denominada *vicarius liability* a la existencia de infracciones para las que se admite una responsabilidad objetiva; el modelo francés (aplicable en Bélgica, Luxemburgo y Grecia), que no limita la responsabilidad del que decide a las solas infracciones materiales, sino que la aplica desde el momento en que puede establecerse un vínculo entre la infracción y una profesión que imponga a quien decide un deber personal de vigilancia. El modelo alemán (España, Italia, Grecia), que permite castigar la omisión, incluso cuando se trata de un delito de comisión (comisión por omisión), si se trata de una persona a la que, por su una posición, se le puede exigir que impida que sus subordinados cometan delitos.

<sup>6</sup> La misma disparidad se da en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas. Aquí existen las siguientes posibilidades: el modelo británico que admite la responsabilidad de las personas jurídicas en Derecho penal, bien a título general (Reino Unido, Países Bajos), o sólo en relación con determinadas infracciones limitadas (Dinamarca, Francia, Portugal); el modelo alemán según el cual este tipo de responsabilidad está reservada al Derecho administrativo.

<sup>7</sup> Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Incompatibilité entre systèmes juridiques et mesures d'harmonisation: Rapport finale du d'experts chargé d'un étude comparative sur la protection des intérêts financiers de la Communauté*, en *Séminaire sur la protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, Bruselas, 1989, pág. 108.

<sup>8</sup> Cfr. KEERSMAEKER, Doc. de Séance n<sup>o</sup>.531/76 en el "*Rapport fait au nom de la Commission Juridique du Parlement Européen sur les rapports entre le droit*