

ALGUNAS FORMAS DE INFLUENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL DERECHO PENAL

(A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo
de 16 de marzo de 1994, núm. 666/1994 sobre la
Sentencia de la AP de Ciudad Real de 29-12-92)

DR. ADÁN NIETO MARTÍN

Universidad de Castilla-La Mancha

Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho sancionador de los Estados miembros están siendo desde hace ya algún tiempo objeto de una creciente atención por parte de la doctrina penal. Hecho, que lejos de constituir un pasatiempo para eruditos, está enteramente justificado por la complejidad que presenta el entramado de relaciones entre ambos derechos y sus importantes consecuencias prácticas. Normalmente, en los trabajos que versan sobre esta materia, se comienza afirmando que la Comunidad europea no posee competencias penales. Esta aseveración, sin embargo, debe ser objeto de importantes matizaciones, pues sólo es cierta en cuanto se identifique, de manera estricta, el ejercicio del *ius puniendi* con la posibilidad de imponer sanciones penales y tipificar delitos. Sin embargo, si entendemos el «derecho a punir» de un modo más amplio, tendremos que convenir en que la Comunidad también tiene una serie de competencias en este sector (1). En primer lugar, el Derecho comunitario cuenta con una serie de sanciones pertenecientes al denominado «derecho penal en sentido amplio» destinadas a reprimir las prácticas restrictivas de la competencia (arts. 85 y 86 del TCE) y otra serie de ilícitos previstos en el TCECA, siendo la mayoría de los autores que se han ocupado

(1) En este sentido CUERDA RIEZU, «¿Ostentas *ius puniendi* las Comunidades Europeas?», en *Hacia un Derecho penal europeo*, Ponencia presentada en las Jornadas de Homenaje a Klaus Tiedemann en la Universidad Autónoma de Madrid, en octubre de 1992.

de este tema de la opinión que varios preceptos del TCE confieren la capacidad para crear nuevas sanciones. Por otro lado, desde los últimos años de la década pasada, las autoridades comunitarias están sumamente interesadas en encontrar los cauces jurídicos oportunos para obligar al legislador nacional a que proteja convenientemente una serie de intereses comunitarios —esencialmente el Erario público europeo— o una serie de bienes jurídicos que la Comunidad considera imprescindibles para la consecución de alguno de sus fines, como es, por ejemplo, el correcto funcionamiento de los mercados de valores. En este sentido, pueden resaltarse respectivamente el art. 209A del TUE y las Directivas sobre «insider trading» y «blanqueo de dinero».

En segundo término, la influencia del Derecho comunitario sobre el penal nacional no se ejerce sólo a través de una serie de normas, como son las directivas o los preceptos de los Tratados, que constriñen al legislador nacional a promulgar tipos sancionadores, sino que las relaciones entre ambos órdenes han tenido lugar tradicionalmente en el momento de la aplicación del Derecho penal estatal por parte del juez. Este segundo tipo de efectos son esencialmente negativos, en el sentido que propician con frecuencia sentencias absolutorias, por una serie de razones que después se expondrán (2). La sentencia objeto de este comentario se sitúa precisamente dentro de este segundo bloque de cuestiones. Veámos de que se trata.

Ante la escasez de uva tinta en la región vinícola de Valdepeñas durante la vendimia de 1989, el Consejo Regulador de origen «Valdepeñas», adoptó un acuerdo según el cual se autorizaba la entrada de tres millones de uva tinta cencibel procedentes de zonas limítrofes a la zona de denominación de origen «Valdepeñas». En el transcurso del debate que precedió a la adopción del acuerdo, tanto el Secretario del Consejo, como otros miembros del mismo, que después no intervinieron en la votación, advirtieron de su ilegalidad a los consejeros que suscribieron el acuerdo. En especial, la resolución adoptada contravenía al art. 25.2 del Reglamento de la Denominación de Origen Valdepeñas en el que se señala que «En las bodegas inscritas en los Registros que figuran en el art. 16, no podrán introducirse más que uva procedente de las viñas inscritas y mosto o vino procedente de otras bodegas inscritas». Según declara probado la sentencia del Tribunal de instancia, los miembros del Consejo adoptaron el acuerdo «en una atmósfera de ansiedad y alarma extremas, en cuanto todos los vocales conocen que la paz en el sector pende de una Resolución autorizatoria de la entrada de uva. Es en este conflicto entre prohibición reglamentaria, de una parte, y la solución socialmente aceptada pero conocidamente contraria a Derecho, de otra, en la que ha de guardarse la responsabilidad de los Acusados». La Audiencia Provincial de Ciudad Real condenó a los acusados por un delito de prevaricación —art. 358 del CP— a la pena de tres años de suspensión.

Entre otras cuestiones debatidas, como el carácter de funcionarios públicos de los acusados, que aquí no interesan, la sentencia de la Audiencia

(2) Un magnífico resumen de la situación actual de las relaciones del Derecho penal y el comunitario en TIEDEMANN, «El Derecho penal económico en la Comunidad europea» (trad. Nieto Martín), en *Estudios de Derecho penal económico*, Arroyo Zapatero/Tiedemann, Cuenca, 1994, pp. 235 y ss.

pone buen cuidado a la hora de fundamentar la «injusticia» de la resolución. Siguiendo la jurisprudencia del TS señala que: «no existen una total equiparación, a los efectos del art. 358 del CP entre injusticia e ilegalidad... La más reciente jurisprudencia del TS reconoce un concepto de justicia, cuya lesión constituye el delito de prevaricación, más amplio que el de legalidad, y al que se llega valorando la antijuricidad material de la resolución adoptada, de la que no se puede separar por su idoneidad o aptitud, en acto o en potencia, para producir lesividad social, traducida a un trato de favor o a una situación de perjuicio. El reproche que la sanción penal entraña... no se manifiesta ante la mera infracción de la Ley... sino en la consciente aplicación torcida del Derecho, con el subyacente designio, directo o eventual de perjudicar o beneficiar a un tercero». Para la Audiencia provincial, concretando lo anterior, la resolución ilegal adoptada es además injusta no sólo por perjudicar a los productores de uva tinta de la «zona Valdepeñas», sino sobre todo por el daño que una decisión de este tipo causa a los consumidores, cuya tutela también es competencia del Consejo regulador.

Los acusados, y aquí es donde salen a relucir las conexiones entre el Derecho penal y comunitario, intentaron amparar la legalidad de su decisión en el art. 6 del Reglamento 823/1987 del Consejo de la Comunidad, modificado por el Reglamento 2043/1989 (3), en virtud del cual se permite la elaboración de vinos de calidad procedentes de regiones determinadas (v.c.p.r.d.) con productos vitivinícolas de adicción procedentes de otras regiones cuando un Estado miembro así lo autorice expresamente por tratarse «de una práctica tradicional regulada por disposiciones especiales del Estado miembro productor». En su párrafo tercero señala además este precepto que «podrá obtenerse o elaborarse un v.c.p.r.d. en una zona situada en la proximidad inmediata de la región determinada, cuando el Estado miembro correspondiente lo haya autorizado expresamente y bajo determinadas condiciones». Ante esta alegación la Audiencia provincial señala, en primer lugar, que los acusados en ningún momento en las discusiones acerca de la legalidad del acuerdo citaron el mencionado reglamento del Consejo y, en segundo lugar, que aunque así hubiese ocurrido, no existe ninguna contradicción entre la normativa infringida (art. 25.2 del Reglamento de Denominación de Origen) y el Reglamento comunitario, en cuanto que este condiciona la elaboración de vinos con uvas procedentes de otras regiones a una serie de condiciones que en el caso enjuiciado no se dan.

Los acusados recurrieron en casación la sentencia de la Audiencia provincial. El TS, que declara haber lugar al recurso de casación, fundamenta así su decisión: «En el momento de adoptar el acuerdo conocían (*sic* los vocales del Consejo regulador de la denominación de origen Valdepeñas) obrar en contra de las normas vigentes en la materia, si bien, en fechas inmediatamente anteriores una directiva comunitaria europea admitió la po-

(3) Reglamento CEE núm. 283/87 del Consejo, de 16 de marzo de 1987, por el que se establecen disposiciones específicas relativas a los vinos de calidad producidos en regiones determinadas (DOCE L núm. 84 de 27-3-1987, p. 59) y Reglamento CEE núm. 2043/89 del Consejo de 19 de junio de 1989, que modifica el Reglamento núm. 283/87 (DOCE L núm. 201, de 14-7-89, p. 1).

sibilidad de adicción a vinos de calidad producidos en regiones determinadas, de productos vitivinícolas no originarios de esa región siempre que concuerdan ciertas condiciones de no exceder de un determinado porcentaje ser adoptada por las autoridades competentes y ser una práctica tradicional. Pero la decisión adoptada por los recurrentes... no llegó a superar en su gravedad a una actividad contraria a las normas pero remediable y sancionable por vía meramente administrativa, no alcanzando a constituir una injusta vulneración incontestable del ordenamiento jurídico».

Si se ha escogido esta sentencia del TS para realizar el presente comentario, no es precisamente por lo cuidado de su argumentación, ya que sin apenas motivación, como se desprende el párrafo transcrito, casa la bien fundamentada sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real. Las razones por las que se ha escogido esta sentencia estriban, de un lado, en que sirve para ejemplificar cómo tiene lugar la influencia, que podemos denominar «negativa», del Derecho comunitario sobre el Derecho penal (I), y, de otro lado, porque el caso sugiere una nueva gama de relaciones entre el orden europeo y el penal, que hasta ahora no han sido objeto de una atención relevante por parte de la doctrina (II).

I. LA INFLUENCIA «NEGATIVA» DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL DERECHO SANCIONADOR ESTATAL

Para que exista este tipo de influencia es necesario que se den dos condiciones. En primer término, es imprescindible, para poder hablar de contrariedad, que la norma penal nacional afecte al Derecho comunitario, perjudicando la consecución de los fines que pretende conseguir la Comunidad. En segundo término, es preciso que la colisión se produzca con una norma comunitaria dotada de efecto directo, lo que obliga al juez penal nacional, en virtud de la primacía del Derecho comunitario, a no aplicar en el caso en cuestión el Derecho, en este caso penal, nacional (4).

La contrariedad entre ambos derechos puede producirse de varias formas. La más palmaria es una contradicción radical y absoluta entre lo dispuesto en un reglamento, directiva comunitaria o un artículo de los Tratados constitutivos dotados de efecto directo y el tipo penal, al prohibir el Derecho nacional una conducta, que el derecho comunitario considera expresamente permitida. Éste fue por ejemplo el caso que se suscitó en el asunto Manghera, donde se constató la total oposición entre uno de los delitos de contrabando italianos, que protegía el monopolio estatal sobre el tabaco y el art. 37 del TCE que prohíbe los monopolios comerciales (5). Sin embargo, no es usual encontrarse con contradicciones expresas entre el Derecho penal y el Derecho comunitario, lo más frecuentes es que la norma penal sea considerada por el TJCE como contraria al principio de igualdad (art. 7 del TCE) o proporcionalidad comunitario.

(4) Vid. más detalladamente en NIETO MARTÍN, *La protección de la Comunidad europea mediante el Derecho sancionador nacional y comunitario*. Tesis doctoral. Albacete, 1994, pp. 343 y ss.

(5) STJCE de 3-2-1976, Pubblico Ministero/Flavia Manghera, asun. 46/75, Rec. 76, pp. 91 y ss.

La contundente aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal está sirviendo para reforzar el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal nacional, pues se considera violado dicho principio cuando el legislador nacional, teniendo a su alcance medios menos gravosos para tutelar un bien jurídico, recurre el Derecho penal. La exigencia de proporcionalidad suele ser traída a colación cuando se produce una colisión entre una libertad comunitaria —libre circulación de personas, servicios, etc.— y una restricción excesiva a la misma por parte del Derecho estatal. Como es lógico, el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros establezcan restricciones cuando se atienden a razones de orden, seguridad y salud pública, defensa de los consumidores, lucha contra el fraude fiscal, etc., pero exige acudir al medio menos gravoso posible, con el fin de propiciar la máxima expansión de la libertad comunitaria. Como puede apreciarse, esta serie de intereses, que justifican una restricción a una libertad comunitaria, suelen ser protegidos por el Derecho sancionador, penal o administrativo nacional. De ahí lo frecuente de las colisiones entre normas sancionadoras y comunitarias.

El principio de proporcionalidad comunitario sirve también al TJCE para enjuiciar si la pena que se prevé en la norma sancionadora, es proporcional atendiendo al bien jurídico protegido. El mejor ejemplo de este tipo de influencia es el asunto Donckerwolcke (6), en el que el TJCE consideró que las graves sanciones previstas en el Derecho aduanero francés eran desproporcionadas teniendo en cuenta el «carácter puramente administrativo de la infracción». Este principio, en último lugar, ha servido también para apreciar la compatibilidad de un sistema de responsabilidad objetiva con el Derecho comunitario. Como síntesis de esta jurisprudencia, puede decirse que el TJCE permite restricciones al principio de culpabilidad, si las sanciones en juego no son sumamente graves y el interés tutelado es lo suficientemente importante para justificar un sistema de responsabilidad objetiva (7).

Comparado con el principio de proporcionalidad, el principio de igualdad comunitario ha tenido una menor influencia negativa sobre el Derecho sancionador nacional y se ha utilizado sobre todo para declarar contrarios al Derecho comunitario la imposición injustificada de sanciones más graves a ciudadanos de otros Estados miembros que a los nacionales (8).

(6) STJCE de 15-12-1976, Donckerwolcke/Procureur de la République, asun. 41/76, Rec. 76, pp. 1921 y ss.

(7) *Vid.* STJCE de 10-6-1990, Anklagemydigheden c/Hansen Son I/S, asun. C-169/89, Rec. 1990, pp. 2991 y ss., especialmente las conclusiones del Abogado General VAN GREVEN, *ibidem*, pp. 2925 y ss. Sobre la utilización del principio de proporcionalidad por parte del TJCE para declarar la contrariedad de una norma sancionadora estatal *vid.*, GRASSO, *La protección de los Derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario y su repercusión en los sistemas penales de los Estados miembros* (trad. García Rivas), en ARROYO ZAPATERO/TIEDEMANN, *Estudios de Derecho penal económico*, *op. cit.*, pp. 308 y ss.

(8) Más ampliamente GRASSO, *La protección...*, *op. cit.*, pp. 309 y ss.

Un buen ejemplo de agravación de la sanción basada únicamente en el hecho de no ser español lo encontramos en el art. 6 de la Ley 53/1982, de 13 de julio, sobre infracciones en materia de pesca marítima, en la que se prevé una agravación para los Capitanes o Patronos de buques extranjeros que hayan sido sorprendidos pescando en aguas españolas sin estar debidamente autorizados o empleando artes, aparejos o útiles de pesca antirreglamentarios.

Como ha podido comprobarse la incompatibilidad no está restringida a la norma de comportamiento penal (norma primaria), es decir, la que se dirige al ciudadano prohibiendo o preceptuando una determinada conducta sino que también se extiende a la norma de sanción (norma secundaria) dirigida al juez. Lo más frecuente, cuando la contradicción afecta a la norma de comportamiento, es que ésta se produzca dentro de aquellos ámbitos en que el tipo penal tiene un carácter accesorio, es decir, cuando la norma de conducta se fija en otros sectores del Derecho. Por tanto, los tipos penales que más entran en contradicción son aquellos que contienen elementos normativos o constituyen normas penales en blanco.

Una vez constatada entre ambos derechos el problema reside en cómo el juez nacional ha de dar solución a la misma, es decir, con qué instrumentos se cuenta para resolver estas situaciones y en qué tramo de la teoría del delito ha de ubicarse el problema. Un primer grupo de casos lo encontramos cuando la conducta prohibida o prescrita en el tipo penal es en sí contraria al Derecho comunitario, ya sea por una contradicción expresa y radical, ya sea por ser contraria al principio de proporcionalidad o igualdad. Al juez le basta en este supuesto para resolver el conflicto con acudir a los principios de primacía y efecto directo y considerar que la norma de comportamiento penal no es aplicable al caso. Los principios de efecto directo y primacía son principios que articulan las relaciones entre dos ordenamientos independientes, el comunitario y el nacional, indicando qué conjunto normativo debe aplicarse a un determinado hecho (9). No puede, en consecuencia, estimarse que la conducta es siquiera típica.

En otras ocasiones lo que puede resultar contrario al Derecho comunitario es una determinada interpretación del tipo penal. Por ejemplo: un elemento normativo del tipo recoge un concepto perteneciente a otro sector del ordenamiento, que ha sido objeto de armonización mediante una directiva. El legislador empero ha trasladado incorrectamente al Derecho nacional lo dispuesto en la misma, de tal forma que si la directiva hubiese sido correctamente ejecutada, la conducta en cuestión sería impune. En esta constelación de casos el juez penal está obligado a efectuar una interpretación conforme al Derecho comunitario, e interpretar el elemento normativo del tipo de manera compatible con este orden. La consecuencia de todo ello es, de nuevo, la atipicidad de la conducta (10).

Algunos autores han mantenido que en algunos supuestos de colisión subsiste la tipicidad de la conducta, debiéndose dar relevancia al Derecho comunitario a la hora de apreciar la antijuricidad de la misma. Concretamente, para estos autores, el juez debe aplicar aquí la causa de justificación consistente en el ejercicio de un derecho. En especial, señala Grasso, el Derecho comunitario es válido para invocar esta causa de justificación cuando el tipo penal en sí no resulta contrario, sino que tan sólo el ciudadano ejerce alguno de los derechos que el ordenamiento comunitario

En virtud del principio de igualdad comunitario es bastante dudoso que la agravación prevista en este precepto pueda ser aplicable a buques comunitarios. Obsérvese además que en materia de pesca la normativa sancionadora española protege casi en exclusiva lo dispuesto en los reglamentos comunitarios en materia de pesca (*vid.* art. 1 de la Ley).

(9) Más ampliamente sobre estos principios LOUIS, *L'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Louxemburg, 5.^a ed., 1990, pp. 105 y ss.

(10) *Vid.* DANNECKER, «Armonizzazione del Diritto penale all'interno della Comunità europea», en *RIDPE*, pp. 982 y ss.

le confiere (11). Lo cierto es que, en mi opinión, esta solución no es del todo compatible con el Derecho comunitario. Entre otras razones, porque resta eficacia a los efectos de primacía y efecto directo del Derecho comunitario. Al ciudadano le es más gravoso que el comportamiento realizado se considere justificado —no antijurídico— que se considere atípico, ya que calificar un comportamiento como típico supone emitir un juicio desvalor provisional y, por otro lado, el reconocimiento procesal de la atipicidad de una conducta suele acontecer antes que la constatación de una causa de justificación. En este último supuesto es necesario que el juicio llegue a su fase oral, mientras que normalmente cuando el juez se encuentra ante un comportamiento atípico puede sin más archivar la querrela o las actuaciones o sobreseer el procedimiento. Pero, en tercer lugar, la solución de estos casos mediante causas de justificación, puede ocasionar problemas para la validez del Derecho comunitario debido a que buena parte de la doctrina para la apreciación plena de una causa de justificación exige un elemento subjetivo. En concreto en la causa de justificación previsto en el art. 8.11 el sujeto debería conocer al menos su deber de actuar o que ejercita un derecho (12).

Por último debe mencionarse qué debe hacer el juez cuando lo que se considere contrario al Derecho comunitario es la sanción. En este supuesto la doctrina y la jurisprudencia ofrecen ya una serie de soluciones, que en esencia se resumen en que la autoridad nacional dentro de lo permitido por el principio de legalidad, habrá de buscar una penalidad adecuada y, de no encontrarla, deberá absolver (13).

Una vez dibujado a grandes rasgos el cuadro de las influencias negativas del derecho comunitario sobre el penal, procede preguntarse si en la sentencia objeto de examen podía entenderse producida una situación de conflicto. La respuesta es, sin necesidad de hacer grandes indagaciones, no. El precepto comunitario no resulta contrario a la norma nacional infringida, pues sólo concede la posibilidad de que los Estados miembros establezcan en casos muy determinados una serie de excepciones, con el fin de admitir la elaboración de v.c.p.r.d. con productos vitivinícolas procedentes de otras regiones. No obstante, no es suficiente para negar el efecto directo del Derecho comunitario el señalar que se necesita un acto del legislador nacional paradar ejecución a la normativa comunitaria. Pues la eficacia directa no se ve condicionada por este extremo, como muestra el efecto directo de las directivas. Para que una norma esté dotada de efecto directo es necesario que ésta posea tres cualidades: a) ha de ser clara y precisa, b) completa y jurídicamente perfecta, en el sentido de no dejar ningún poder discrecional al legislador para su aplicación y c) debe ser incondicional, es decir, no sujeta a ningún plazo o reserva (14). Pues bien, en este caso la norma invocada por los acusados para desechar la ilegalidad

(11) *Comunidades europeas y derecho penal* (trad. García Rivas), Cuenca, 1993, pp. 287 y ss. *Vid.* además en nuestra doctrina abogando por esta solución BACIGALUPO, *Sanciones administrativas. Derecho español y comunitario*, Madrid, 1991, pp. 82 y ss. y la STS de 21-12-1988, de la que fue ponente el mismo autor. Una certera crítica a esta sentencia en CUERDA RIEZU/RUIZ COLOMÉ, *La Ley*, 11-5-1988.

(12) *Vid.* MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Derecho penal de Jescheck*, p. 456.

(13) *Vid.* GRASSO, *Comunidades europeas...*, *op. cit.*, pp. 323 y ss.

(14) *Vid.* CAPELLI, «Directives communitaires et droit penal» en *Droit communautaire et Droit penal*, Milano, 1991, p. 99.

de su acuerdo, el art. 6.2 del Reg. 823/1987 no es una norma jurídicamente perfecta en cuanto que sólo concede la potestad al Estado miembro, para que cuando concurren determinadas condiciones, pueda establecer una serie de excepciones a la norma general, que perceptúa que los v.c.p.r.d. han de ser elaborados con productos obtenidos en la región.

Pese a que en este supuesto no existe ningún tipo de conflicto, la sentencia muestra, confirmando lo anteriormente expuesto, cómo los efectos negativos suelen producirse cuando el tipo penal se configura como un tipo penal en blanco o contiene elementos normativos, como ocurre en el delito de prevaricación del art. 358 con el término «resolución injusta» o «manifiestamente injusta». Por otro lado, la sentencia evidencia también los problemas que para la eficacia del Derecho comunitario podría tener la solución que propone aplicar la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho. En efecto, los acusados tal como señala la sentencia de la Audiencia en el momento de adoptar la resolución «injusta» desconocían la existencia del Reglamento comunitario, en el que presuntamente podría ampararse la legalidad de su conducta, pues había sido publicado pocos días antes de que ocurrieran los hechos. Mas en el supuesto hipotético de que el precepto infringido fuese contrario al Reglamento comunitario invocado, el desconocimiento o no de éste ha de considerarse irrelevante a la hora de dar relevancia al Derecho comunitario, ya que de otro modo se estaría supeditando el efecto directo y la primacía al conocimiento por parte del ciudadano de la norma europea invocada.

En este supuesto —y siguiendo en el terreno de la hipotética contradicción— lo que hubiese ocurrido simplemente es que la decisión hubiese dejado de ser «injusta», al no ser contraria a Derecho, y ello pese a que los acusados, inmersos en un error de tipo al revés, así lo considerasen.

II. EFECTOS INDIRECTOS DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL DERECHO PENAL

Los casos que acaban de estudiarse tienen como denominador común el que en ellos el juez nacional se ve obligado, como consecuencia de los efectos del Derecho comunitario, a declarar la atipicidad o a buscar una sanción conforme con el principio de proporcionalidad o igualdad. Sin embargo, las influencias «negativas» o despenalizadoras pueden manifestarse bajo otro variado espectro de posibilidades. En este sentido, se mencionarán a continuación otro grupo de efectos sobre el Derecho penal en los que el juez no queda obligado por el Derecho europeo a emitir una determinada resolución, si bien éste puede influir indirectamente en su decisión. En estos supuestos no existe ningún tipo de conflicto entre ambos ordenamientos, ya que, de un lado, la norma penal no tiene por qué afectar a la consecución de los fines de la Comunidad —lo que, recordemos, es uno de los presupuestos para que se produzca el conflicto— y, de otro, no es necesario que la norma destinada a aplicarse esté dotada de efecto directo.

El primer ámbito en que puede producirse esta influencia indirecta es en la imprudencia, concretamente a la hora de fijar la norma de cuidado. Ya que le es posible al juez penal desprender de reglamentos, directivas, decisiones y recomendaciones de la Comisión deberes de cuidado. Existe, en este sentido, una extensa

normativa comunitaria en la cual se contienen numerosas normas de protección de los consumidores, de seguridad en el trabajo, etc. (15).

Lo complejo de la reglamentación comunitaria, uno de cuyos mejores ejemplos lo constituye el derecho vitivinícola, puede originar en ocasiones errores de tipo o de prohibición. En la sentencia comentada, los autores, de haber considerado erróneamente que su acuerdo no era ilegal en atención a la norma comunitaria, podían haber alegado un error sobre el elemento normativo del tipo «resolución injusta» (16). Otra serie de errores se producirán sobre la normativa a la que remite el tipo penal en blanco. Por ejemplo, cuando el ciudadano crea que los reglamentos nacionales han sido sustituidos por otros comunitarios más permisivos. La clasificación de estos tipos de error no es fácil, pues casi en todos los casos reseñados nos encontramos en la indeterminada frontera que separa el error de tipo y prohibición. Existen, sin embargo, casos que se corresponden más claramente con un error de prohibición: cuando se estime que el tipo penal es contrario al Derecho comunitario, por violar el principio de proporcionalidad o existir una contradicción radical y, por consiguiente, no pueda ser aplicado al caso. Debe reseñarse además, que el error puede venir provocado no sólo por haber efectuado una incorrecta valoración del conflicto entre la norma penal y la comunitaria, sino también por haber errado acerca de la eficacia directa del precepto europeo.

El Derecho comunitario puede influir, finalmente, como criterio presente en la valoración del juez, a la hora de tomar en consideración alguno de los principios pertenecientes al conjunto de elementos valorativos incardinados en el tipo penal. Me estoy refiriendo a la posible influencia del Derecho comunitario para declarar la atipicidad de un hecho por no ser materialmente antijurídico, por ser socialmente adecuado, por aplicación del principio de insignificancia, por no ser merecedor de pena, etc.

La noción de antijuricidad material, que es la que más interesa a efectos de la sentencia comentada, no es precisamente una de las más claras dentro de la teoría del delito y se solapa con muchos de los conceptos que acaban de mencionarse (17). Quizás por lo difuso de su contenido existen opiniones que la equiparan sin más a la ausencia de causas de justificación (18), e incluso la consideran superflua (19) o perjudicial desde el punto de vista del principio de legalidad (20). Por el contrario, para otros autores, cuya opinión comparto, la antijuricidad de una conducta supone no sólo el menoscabo del bien jurídico o la inexistencia de causas de justificación, sino también la contradicción de la conducta con las razones por las que el legislador

(15) Sobre este extremo THOMAS, «Die Anwendung europäisches Rechts im Strafverfahren», *NJW*, 1991, p. 2237.

(16) En este sentido TIEDEMANN, *EL Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 238. Al respecto del tratamiento del error sobre la injusticia de la resolución en el delito de prevaricación *vid.*, GARCÍA ARÁN, *La prevaricación judicial*, Madrid, 1990, pp. 133 y ss.

(17) *Vid.* ROXIN, *Strafrecht. AT*, § 14, marg. 8.

(18) Así BAUMANN/WEBER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1985, § 19 II.

(19) En este sentido LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentier*, 12 Aufl. 1991, previo al § 13, marg. 50; HIRSCH, *Leipziger Kommentier*, previo al § 32, marg. 12 y ss.

(20) COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., Valencia, 1991, pp. 231 y s.

ha sometido a pena a un determinado comportamiento. Sólo cuando se producen estos dos requisitos nos encontraríamos ante un comportamiento socialmente dañoso. La función de esta categoría no se limita en exclusiva al tipo, sino que también, y como es sabido, su principal utilidad consistió en Alemania durante un tiempo en fundamentar el estado de necesidad supralegal, que no encontró plasmación positiva en el Derecho germano hasta 1975. Por otro lado, como indica Roxin, la antijuricidad material opera también para graduar la distinta gravedad del injusto penal, lo cual es de importancia a la hora de la medición de la pena e incluso para pronunciarse sobre la evitabilidad del error de prohibición (21).

En mi opinión, la noción de antijuricidad material es un concepto imprescindible para aquellos que parten del principio de efectiva protección de bienes jurídicos, y además de la necesidad de que esta protección ha de realizarse conforme al principio de proporcionalidad —o, lo que es lo mismo, de acuerdo con el carácter de *ultima ratio* y fragmentario del Derecho penal— (22). El mencionado concepto sirve entonces para dar operatividad dentro del tipo y la antijuricidad a esta serie de límites que para el Derecho penal se desprenden de la Constitución y que no pueden quedarse únicamente en consideraciones político-criminales. En otras palabras, la antijuricidad material, al igual que el principio de insignificancia o la adecuación social son los eslabones que unen el sistema penal, y muy especialmente, el tipo penal con el programa político criminal que se desprende del principio de proporcionalidad y efectiva protección de bienes jurídicos. Esta concepción de la antijuricidad material varía notablemente del planteamiento inicial de su creador —Von Liszt— para quien este principio era esencialmente, a diferencia del de antijuricidad formal, un postulado político criminal (23).

Hechas estas consideraciones veamos como influye el Derecho comunitario en estas categorías. Debido a las especiales características que presenta el Derecho penal —*ultima ratio* y fragmentariedad— con respecto a otros sectores del ordenamiento, la constatación de una relación de proporcionalidad entre la incriminación penal y el comportamiento punible no tiene por qué restringirse a los casos de eficacia directa de los preceptos comunitarios, es decir, a aquellos en que existe un conflicto verdadero entre ambos derechos. Pues bien puede ocurrir que un determinado comportamiento punible vea rebajado notablemente su grado de antijuricidad o haya de ser considerado socialmente adecuado, en atención a la normativa comunitaria o a los principios que la inspiran, incluso, y esto es lo significativo, aunque no exista un conflicto entre la norma penal y supranacional. En este caso el principio de proporcionalidad interno, a través de sus «representantes» en el tipo (antijuricidad material, principio de insignificancia, adecuación social, etc.) debe propiciar que el juez declare la atipicidad de la conducta.

Un supuesto, a mi juicio evidente, de esta clase de influencia lo podemos encontrar en los casos de directivas no dotadas de efecto directo, por no haber aún transcurrido el plazo para su adaptación. En efecto, las directivas sólo están dotadas de efecto directo cuando el legislador nacional no ha adaptado el derecho interno a sus contenidos dentro del término previsto. Ha sucedido en ocasiones que una

(21) *Strafrecht. AT*, § 14, marg. 6-8.

(22) Acerca de estos principios como derivados del de proporcionalidad COBO/VIVES, PG, pp. 69 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.^a Auf. 2/27.

(23) Cfr. ROXIN, *Strafrecht. AT*, § 14, marg. 12 y ss.

normativa sancionadora interna resultaba contraria a una directiva, mas por no haber transcurrido el plazo previsto, seguían produciéndose sentencias condenatorias, en las que se castigaban comportamientos que quizás en un plazo muy breve de tiempo resultarían lícitos (24). En estos casos, si bien no resulta contrario al Derecho comunitario la imposición de la sanción penal, sí que es razonable mantener su incompatibilidad con el principio de proporcionalidad interno, pues no parece conforme con este principio sancionar por una conducta que en breve y con toda seguridad habrá de considerarse lícita. Por consiguiente, y como plasmación en el tipo del principio de proporcionalidad, sería perfectamente invocable, por ejemplo, la adecuación social de la conducta, pues no ya una costumbre, uso social, comercial, etcétera, sino una norma jurídica declara además de su adecuación social su futura e inminente legalidad. La actuación del principio de proporcionalidad interno en este supuesto es, en cierto modo, requerida también por el Derecho comunitario. Así en la sentencia *Kolpinghuis Nijmegen* el TJCE declaró que los jueces nacionales han de interpretar el Derecho nacional conforme con las directivas comunitarias, incluso cuando aún no ha expirado el plazo para su adaptación (25). Por lo que entiendo que el juez penal nacional ha de utilizar esta serie de principios para declarar la no punibilidad de un comportamiento que se acomoda a lo dispuesto en una directiva aún no dotada de efecto directo (26).

En la sentencia comentada se encuentra otro buen ejemplo de cómo el Derecho comunitario puede influir en el tipo a través de toda esta serie de conceptos, en concreto la antijuricidad material. La noción de antijuricidad material juega un papel importante a la hora de determinar qué ha de entenderse por «resolución injusta» a efectos del delito de prevaricación del art. 358. Tal como señala la Audiencia provincial, haciéndose eco de la doctrina del TS, la antijuricidad material exige no identificar los conceptos de injusticia e ilegalidad. Por este motivo la resolución ilegal debe tener la suficiente entidad para producir lesividad social, que se traduce en un trato de favor o de perjuicio para un tercero. En sentido similar, pero sin mencionar dicho principio, el TS señala que la resolución dictada debe poseer «aptitud para producir lesividad social, traducida en una situación de perjuicio» y que no puede equipararse injusticia e ilegalidad ya que es necesario un desvalor mayor que el de la mera ilegalidad para entender cometido el delito de prevaricación: «se precisa una contradicción, patente, notoria e incuestionable con el ordenamiento jurídico, superior a las meras infracciones a la legalidad, que pueden remediarse y depurarse en otra vía distinta a la penal, pues no es deseable que la convivencia social se garantice predominantemente mediante el recurso al *ius puniendi*, *ultima ratio* que se reserva sólo para los ataques más peligrosos a la normalidad de la convivencia social» (27).

(24) *Vid.*, por ejemplo, STJCE, de 5-4-1979, *Ratti*, asun. 148/78, Rec. 79, p. 1645.

(25) STJCE de 8-10-1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, asun. 80/86, Rec. p. 3987.

(26) Más ampliamente sobre esta cuestión NIETO MARTÍN, *La protección...*, *op. cit.*, pp. 364 y ss.

(27) Al respecto de esta cuestión *vid.* en la doctrina OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, pp. 339 y ss., quien pese a criticar en este lugar la necesidad de que la injusticia en el delito de prevaricación dolosa haya de ser manifiesta, señala en otro lugar de su trabajo (pp. 329 y ss.) que en virtud del principio de *ultima ratio* y carácter fragmentario del Derecho penal debe

Una vez efectuadas estas consideraciones a ambos Tribunales el acuerdo adoptado por los miembros del Consejo regulador les merece, sin embargo, distinta valoración. Para la Audiencia provincial el acuerdo ha demostrado su lesividad al dañar los intereses de los consumidores, cuya protección compete en cuanto Administración pública al Consejo de Denominación de Origen, en virtud de lo dispuesto en su Reglamento, la Ley de Consumidores y la Constitución. El TS, por el contrario, aunque reconoce que es competencia de los miembros del Consejo regulador vigilar y controlar la calidad del vino y velar por su prestigio, entiende, sin tan siquiera entrar a considerar los argumentos de la Audiencia provincial, en los que se fundamenta la lesividad del acuerdo para los consumidores, que la resolución no puede ser calificada por no reunir la gravedad suficiente. A este respecto, el único argumento, aunque ciertamente de una forma confusa, que ofrece el TS es el mencionado Reglamento comunitario en el cual se admiten bajo determinadas condiciones la utilización de productos procedentes de otras regiones, en la elaboración de v.c.p.r.d. Por lo que podría pensarse, que en el TS ha influido, en el momento de interpretar el término «injusta», la reglamentación comunitaria, en el sentido, de que no reviste la gravedad suficiente una resolución que quizás podría haber sido objeto de una autorización, dada la excepción que establece el art. 6.3 del Reglamento 823/1987, de ser comunicado a la autoridad competente. Aunque ciertamente de la sentencia del TS no puede desprenderse tanto, a mi juicio, es perfectamente mantenible en principio esta forma de actuación del Derecho comunitario: una normativa comunitaria aun no contraria a la nacional, entre otras cosas, por no estar dotada de efecto directo y poseer un amplio margen de discrecionalidad, puede hacer decaer la antijuricidad material de una conducta.

Lo cierto es, sin embargo, que en este supuesto no creo que el precepto del Reglamento 823/1987 sirva para rebajar un ápice la antijuricidad material de la conducta enjuiciada, al ser coincidentes el espíritu de la normativa comunitaria y el del precepto nacional infringido por los miembros del Consejo regulador. Ambas reglamentaciones tienen como objetivo el garantizar que el vino que se beneficia del prestigio de una determinada denominación de origen, proceda efectivamente de uvas de esa región (28). Por otro lado, las excepciones introducidas en el citado Reglamento por el Reglamento coetáneo a la producción de los hechos (Reg. 2943/1989), tienden, como indica su exposición de motivos, a que en algunas regiones vinateras pueda añadirse al producto de base —la uva o el mosto procedente de la misma— otros productos necesarios para la elaboración, que debido a su escasez en una determinada región, tradicionalmente eran adquiridos en otros pagos. Como puede comprobarse, el fin de la normativa comunitaria no es permitir que ante la escasez de uva en una determinada cosecha, se pueda elaborar un vino de calidad con la procedente de otra región.

alejarse de una concepción formalista del bien jurídico en virtud de la cual cualquier infracción de la legalidad por nimia y carente de trascendencia que sea, deba ser considerada antijurídica y acarree responsabilidad penal. De otra opinión, con respecto al delito de prevaricación judicial, es GARCÍA ARÁN, *La prevaricación...*, *op. cit.*, pp. 116 y ss., para quien el concepto de injusticia es asimilable al de ilegalidad. En un sentido más cercano a la sentencia y a nuestra doctrina tradicional GONZÁLEZ COUSSAC, *El delito de prevaricación del funcionario público*, Valencia, 1994, pp. 65 y ss.

(28) *Vid.* la exposición de motivos del Reg. 823/1987.

Todas estas consideraciones hacen inexplicable la decisión del TS casando la sentencia de la Audiencia Provincial, quien correctamente había demostrado lo lesivo del acuerdo, por lo que de ningún modo puede entenderse que en este supuesto la decisión ilegal del Consejo regulador era nimia y carente de trascendencia. La conducta de los procesados lesiona efectivamente el bien jurídico protegido por el art. 358 que, a decir de la doctrina más actual y competente, reside en proteger el recto y normal funcionamiento de la actividad de la Administración Pública, consistente en el sometimiento pleno de su actividad a la ley y al Derecho (29). En este sentido, no debe olvidarse que nuestro delito de prevaricación a diferencia, por ejemplo, del § 336 del StGB (30), no requiere para considerar la conducta punible el que la prevaricación se realice con el fin de obtener para sí o para otro un beneficio o de ocasionar un perjuicio a un tercero, sino que basta para entender lesionado el bien jurídico con la adopción de una resolución ilegal. Por tanto, si bien la existencia de un perjuicio a un tercero puede ser un importante indicio para apreciar ese plus necesario de antijuricidad que, según nuestra jurisprudencia y doctrina, convierte a la resolución ilegal en injusta, no debe magnificarse su contenido dentro del tipo (31).

(29) GONZÁLEZ COUSSAC, *El delito de prevaricación...*, op. cit., pp. 18 y ss. y 22; OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación...*, op. cit., pp. 314 y ss.

(30) Vid. CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 336, margs. 2, 6 y 7.

(31) Vid. GONZÁLEZ COUSSAC, *El delito de prevaricación...*, op. cit., pp. 25-26.

