

LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE A LA HACIENDA PÚBLICA COMUNITARIA: DE LA ASIMILACIÓN A LA UNIFICACIÓN

Adán Nieto Martín
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende analizar las disposiciones y propuestas destinadas a otorgar una protección más adecuada a los intereses financieros de la Comunidad. Para ello dividiré mi exposición en tres partes: en primer lugar, me referiré a los aspectos criminógenos que considero más relevantes. Malamente puede comprenderse el significado de esta reciente normativa, si antes no se ha reparado en los principales factores que contribuyen al fraude. En segundo lugar, me ocuparé de los impulsos legislativos procedentes de la propia Comunidad europea¹, su recepción por parte

¹ En concreto, serán objeto de examen:

– Las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam en el TUE, en especial, el nuevo art. 280 (antiguo art. 209 A).

– Reglamento (CE, EURATOM) N° 2988/95 del Consejo de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DOCE de 23-12-95, L 312/1),

del ordenamiento español y las modificaciones legislativas que deben emprenderse, con el fin de acomodar el derecho interno a las obligaciones internacionales. Finalmente, expondré las líneas esenciales de lo que sin lugar a dudas constituye la propuesta más innovadora e imaginativa: el *Corpus iuris*, texto elaborado por un conjunto de juristas a instancia del Parlamento europeo y la Comisión, cuyo significado trasciende la propia protección de los intereses financieros de la Comunidad, en cuanto que puede adivinarse en él un primer ensayo o esbozo de un espacio judicial europeo unificado².

II. EL FRAUDE A LAS COMUNIDADES: ALGUNAS CARACTERÍSTICAS

De entre todos los factores criminógenos que hacen que año tras año el fraude a las arcas comunitarias se incremente, quiero resaltar únicamente tres, que, en cuanto característicos de la criminalidad contra la Comunidad, deben marcar las líneas de actuación político criminales.

A) *Las autoridades encargadas del control*

A diferencia de lo que ocurre con el control del gasto público y los recursos internos, en donde los encargados de controlar y garantizar la regularidad de las distintas operaciones son los propios funcionarios de las

– Reglamento (EURATOM, CE) núm. 2185/1996 del Consejo de 11 de noviembre de 1996, relativo a los controles y verificaciones *in situ* que realiza la Comisión para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas contra los fraudes e irregularidades.

– Convenio establecido sobre la base del art. K. 3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DOCE de 27-11-95, C 316/49) (en adelante, CPIF),

– Acto del Consejo de 27 de septiembre de 1996, por el que se establece un Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DOCE de 23-10-1996, C 313/1) (en adelante, primer Protocolo al CPIF),

– Acto del Consejo, de 19 de julio de 1997, por el que se establece el segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad (DOCE de 19 de julio de 1997, C 221/11) (en adelante, segundo Protocolo al CPIF)

² DELMAS-MARTY (dir.), *Corpus Juris*, Paris, 1997.

Administraciones acreedoras de los ingresos o que realizan el gasto, en el marco de la Hacienda comunitaria, los encargados del control son principalmente los funcionarios nacionales. Basta, en efecto, con leer los informes anuales del Tribunal de Cuentas comunitario para cerciorarse del escaso entusiasmo con que los funcionarios nacionales realizan su labor.

Semejante desidia descansa en varios factores. Aunque resulte paradójico, la normativa comunitaria acaba por penalizar a los países más diligentes en la lucha contra el fraude, en cuanto que son los que deben soportar las consecuencias financieras de las irregularidades descubiertas³. Si los Estados miembros son quienes deben soportar frecuentemente el perjuicio patrimonial del fraude, es lógico que no se preocupen demasiado por realizar un control eficaz. A lo que acaba de decirse han de sumarse otros peligros no menos relevantes. Para los gobiernos nacionales en un afán de presentar a la ciudadanía como rentable el ingreso o la permanencia del país en la CE, supone una baza política el haber obtenido de la Comunidad el mayor número de subvenciones posibles, al precio que sea, incluso si se han obtenido de forma irregular⁴.

Ante esta situación las actuaciones de política criminal se han dirigido a establecer la responsabilidad penal de los funcionarios, nacionales o comunitarios⁵. El primer Protocolo al CPIF persigue que todos los Estados miembros castiguen el cohecho activo y pasivo con penas graves, cuando

³ El art. 8 del Reglamento del Consejo 729/ 79 señala que cuando el pago indebido o la no recuperación de una ayuda concedida se debe a la actuación negligente de un Estado miembro, es éste el que ha de soportar las pérdidas (art. 8 del Reglamento del Consejo 729/ 79). En materia de ingresos, el Estado miembro que no pone a disposición de la Comunidad en los plazos establecidos los recursos que debiera haber recaudado, debe abonarlos con intereses de demora, de lo que sólo queda exento en caso de fuerza mayor (art.11 del Reglamento núm. 2891/ 77 del Consejo).

⁴ Sobre todo lo anterior, para más detalles y referencias NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, Barcelona, 1996, 19-21.

⁵ Auspiciaba ya esta línea de política criminal TIEDEMANN, *Reform des Sanktionswesens auf dem Gebiete des Agrarmarktes der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, en *Festschrift für G. Pfeiffer*, Köln, 1988, 111-112, el mismo en *Der Strafschutz der Finanzianinteressen der EG*, en NJW, 1990, 2228. Vid. además DANNECKER, *Erfahrungen im Bereich der Subventionskriminalität und rechtspolitische Bestrebungen zur Verbesserung des Schutzes der EG-Finanzinteressen*, en DANNECKER (Hrsg.), *Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich*, 1993, 33.

cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas (arts. 2 y 3 del Protocolo). El Corpus iuris, con mayor ambición, contempla delitos como la prevaricación en relación a la concesión de subvenciones o exoneración de derechos (art. 4. 1); el fraude, esto es, la intervención del funcionario en la conversión de subvenciones o exoneración de derechos cuando los beneficiarios son empresas o operaciones en las que tiene un interés personal (art. 4. 2) y la malversación de caudales comunitarios, conducta que resulta impune, al menos en nuestro derecho, si es realizada por un funcionario comunitario (art. 5)⁶.

Este factor ha sido igualmente determinante para que la normativa comunitaria posibilite, cada vez con mayor frecuencia, que sean los propios agentes de la Comunidad quienes se encarguen de realizar las inspecciones. El reciente Reglamento 2185/ 1996, de 11 de noviembre⁷, contiene la regulación general a la que deben someterse los funcionarios de la Comunidad en sus controles y verificaciones *in situ*. Tres aspectos me interesa resaltar de esta norma. En primer lugar que, como se indica en la Exposición de motivos, su actuación debe efectuarse siempre dentro del respeto de los derechos fundamentales y de las normas relativas al secreto profesional y la protección de datos personales⁸. En segundo lugar, que los controles y verificaciones de los agentes de la Comisión están sometidos al principio de subsidiariedad y al de proporcionalidad. Las «inspecciones comunitarias» sólo tendrán lugar allí cuando los servicios estatales no sean capaces de controlar eficazmente los fondos comunitarios y no pueden exceder de lo necesario para garantizar la correcta aplicación del Derecho comunitario. Por ello, la Exposición de motivos y el art. 2 del Reglamento prescriben que los controles y verificaciones se efectuarán únicamente cuando debido a la magnitud y gravedad del fraude éste no se limite a un solo país o cuando un Estado miembro lo solicite o la Comisión considere

⁶ De *lege lata* considero que no existe dificultad alguna para castigar al funcionario nacional que malversa fondos de la UE (vid. BACIGALUPO, *La protección de los intereses financieros de la Comunidad en el Derecho penal español*, en CPC, 1990, núm. 41, 256-257; NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 325-326).

⁷ Sobre su importancia Comisión europea, Lucha contra el fraude, Informe de 1996, 12-13.

⁸ Vid. especialmente el art. 8 del Reglamento.

que dada la situación de sus servicios de control resulta incapaz para proteger eficazmente sus intereses financieros.

El tercer punto a subrayar de esta normativa es que homologa el status de los agentes comunitarios al de los inspectores nacionales, tanto en lo referente a las normas jurídicas que regulan su actuación (arts. 6. 1 y 8. 3), como en lo referente a los poderes de inspección (art. 7. 3) y al valor probatorio de sus actas (art. 8. 3). En el ordenamiento español, esta última previsión significa, a la vista de la doctrina del TC, que las actas de inspección tienen valor de denuncia y de prueba documental en el proceso penal, pero sin que puedan producir una presunción de certeza sobre los hechos relatados⁹. Debe advertirse, además, que la capacidad probatoria de las actas de inspección comunitarias será en bastantes ocasiones compleja cuando se intenten hacer valer en un país distinto. Y ello por lo siguiente: bien puede ocurrir que una práctica de inspección conforme al ordenamiento del país en que tiene lugar el control, no resulte admitida, e incluso se considere prohibida, por el ordenamiento en el que tiene lugar el proceso penal. Mas como tendremos ocasión de comprobar, este problema no afecta únicamente a las inspecciones administrativas. También está presente en el ámbito de la cooperación judicial.

Un problema ulterior, todavía sin resolver, es el de las actuaciones de los agentes de la Comisión una vez abierto un proceso penal. La jurisprudencia comunitaria ha indicado que la intervención de la Comisión en el proceso penal depende de las posibilidades de cada sistema y que dentro de éstas su posición debe ser similar a la administración de cada Estado. Estas decisiones confirman igualmente que corresponde a los Estados y no a la Comisión el ejercicio, en su caso, de la acción civil¹⁰. Respetuoso con esta doctrina el Reglamento 2185/ 1996 señala en su art. 1 que los poderes de inspección de los agentes comunitarios no afectarán «a la competencia de los Estados miembros en materia de diligencias contra las infracciones penales, ni a las normas relativas a la asistencia judicial entre Estados miembros en materia penal».

⁹ Vid. STC de 26 de abril de 1990.

¹⁰ SSTJCE de 5-5-1977, Pretore di Cento/inconnu, asun 110/ 76, Rec. p. 400 y de 10-1-1980, Comisión/ Italia, asun.267/ 78, Rec. p. 31 y ss.

La principal consecuencia de esta jurisprudencia es que merma considerablemente las posibilidades de investigación por parte de la Comisión una vez que se abre un proceso penal, dada su vis atractiva sobre las actuaciones administrativas comunitarias o nacionales. En cualquier caso, en nuestro país, la posibilidad de que la Comisión se persone en el proceso penal es mucho más amplia, al poder ejercitar la querrela, ya como perjudicada, ya mediante el ejercicio de la acción popular. En la mayoría de los Estados la situación es, sin embargo, peor. La iniciación del procedimiento penal impide normalmente a la Comisión no sólo seguir investigando sobre el fraude en cuestión, sino incluso ser parte en el proceso. Es frecuente, por tanto, que con la apertura del proceso penal los agentes comunitarios queden «fuera de juego». Esta situación es resuelta satisfactoriamente por el Corpus iuris que en su art. 30 permite a la Comisión constituirse como parte civil en los procesos de fraude¹¹.

B) *La desaparición de fronteras y la aparición del crimen transnacional y organizado*

La segunda característica a resaltar puede extraerse de las siguientes cifras que figuran en el informe de 1996 sobre la Lucha contra el fraude¹². Durante este ejercicio las irregularidades detectadas –concepto que es sensiblemente más amplio que el de fraudes¹³– ascienden a 787 millones de ecus en

¹¹ Con mayor detalle NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 26 y ss. En el II Protocolo adjunto al CPIF, art.7, se contiene una nueva mención sobre este tema que, en mi opinión, no altera la situación actual: «7. 2. Las autoridades competentes de los Estados miembros podrán intercambiar información con la Comisión para facilitar la aclaración de los hechos y para garantizar una acción eficaz contra el fraude, la corrupción activa y pasiva y el blanqueo de capitales. La Comisión y las autoridades nacionales competentes tendrán en cuenta, en cada caso concreto, las exigencias del secreto de instrucción y de la protección de datos...»

¹² Comisión Europea, Protección de los intereses financieros de la Comunidad, Lucha contra el fraude. Informe anual de 1996. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1997, 7-9.

¹³ El concepto de irregularidad viene definido en el art. 1.2 del Reglamento nº 2988/95: «Constituirá irregularidad toda infracción de una disposición del Derecho comunitario correspondiente a una acción u omisión de un agente económico que tenga o tendría por efecto perjudicar al presupuesto general de las Comunidades o a los presupuestos administrados por éstas, bien sea mediante la disminución o la supresión de ingresos pro-

el ámbito de los recursos propios, cifra que corresponde a 2.000 casos comunicados por los Estados miembros. En el capítulo de gastos el fraude se eleva a 489 millones de ecus y son 2.400 los casos comunicados. Es decir, y manejando cifras globales: la cuantía total del fraude asciende a unos 1.300 millones de ecus y se han detectado en total 4.400 irregularidades.

Si nos quedamos aquí, puede dar la impresión de que la tipología del fraude es la de un fraude de escasa cuantía, dado el gran número de irregularidades descubiertas. Nada más lejos de la realidad. Como se indica en el citado informe más de los 2/3 de las cantidades defraudadas se corresponden con un pequeñísimo número de fraudes, entre el 2 y el 3%. Esta realidad, por dar cifras más globales, se viene detectando desde hace tiempo en el FEOGA Garantía: desde 1991 los Estados miembros han comunicado oficialmente 12.000 casos de fraude, el 1% de estos casos representa por sí sólo el 50% del perjuicio total y el 3% representan ya los dos tercios del fraude¹⁴.

Estas cifras ponen de relieve que tras el fraude a la Comunidad se encuentra sobre todo la criminalidad organizada de carácter internacional. Lo que significa que mientras las autoridades políticas y judiciales andan discutiendo los límites de la cooperación judicial y el grado de armonización necesario entre los Derechos penales nacionales, el crimen organizado se ha adaptado ya totalmente a los posibilidades que la nueva realidad ofrece. Las cuales son, por cierto, muy amplias, si las competencias de las autoridades judiciales siguen encontrando una barrera infranqueable en sus fronteras, la cooperación judicial continúa siendo compleja y la legislación penal de los Estados miembros, pese a los esfuerzos realizados en los últimos tiempos, presenta aún un panorama desigual tanto en su eficacia como en la dureza de sus sanciones¹⁵.

cedentes de recursos propios percibidos directamente por cuenta de las Comunidades, bien mediante un gasto indebido».

La única diferencia que entre este concepto y del fraude (vid. art. 5 del Reglamento nº 2988/95) radica en que la irregularidad no depende de la existencia de dolo o imprudencia.

¹⁴Estos últimos datos en DELMAS MARTY (dir.), *Corpus iuris*, 13.

¹⁵Vid. con carácter general en torno a la actuación de la delincuencia organizada y las acciones emprendidas por la Comunidad CUERDA RIEZU, *La conflictiva relación entre el Derecho comunitario y el Derecho penal*, en Cuadernos de Derecho judicial, Política común de justicia e interior europea, 1995, 291 y ss.

La línea política criminal que sugiere esta característica del fraude es evidente: es preciso utilizar todos los instrumentos que se están generando en el Derecho penal material y procesal para la lucha contra este tipo de criminalidad¹⁶. El II Protocolo al CPIF establece, en este sentido, que en todos los Estados miembros el delito de blanqueo de capitales se aplique a los casos en que éstos proceden de fraudes a la Comunidad (art. 2). Resulta evidente que si el fraude se concentra en pocas operaciones de grandes cifras todo este dinero debe ser reintroducido después en el tráfico económico legalizado a través de las conductas típicas de este delito¹⁷. En su art. 5, indica además que los Estados miembros deben tomar todas las medidas necesarias para que los productos del fraude a los intereses financieros, el cohecho activo y pasivo en detrimento de los intereses financieros o el blanqueo de capitales puedan ser embargados o confiscados. No debemos olvidar tampoco que otra de las armas más peligrosas del crimen organizado es su enorme poder corruptor sobre las Administraciones públicas, por lo que resulta doblemente conveniente la incriminación del delito de cohecho, que tal como se ha visto, propone el Protocolo I al CPIF.

Pero quizás todos los empeños que hasta ahora existen contra la criminalidad organizada, que parten esencialmente de la cooperación y armonización, no sean suficientes y haya que dar un paso más: el de la creación de un espacio judicial único, que supere los mecanismos tradicionales de cooperación judicial. Es ésta la propuesta radicalmente innovadora del Corpus iuris.

¹⁶Sobre la criminalidad organizada vid. los trabajos presentados en la reunión del 30 y 31 de mayo de 1996 del grupo austríaco de la AIDP (Strafrechts und Organisierte Kriminalität. Grundsatzfragen und Lösungsansätze. Wien. 1996); los artículos de SIEBER (Organisierte Kriminalität in Japan und Deutschland) y ZACHERT (Organisierte Kriminalität) ambos en *Festschrift für Koichi Miyazawa*, KÜHNE (Hrsg.). Baden-Baden. 1995, 265-283. Para una exposición sumaria y clara de la rica experiencia italiana, PALAZZO, *La Législation italienne contre la criminalité organisée*, en Rev. sc. crim (4) oct-déc. 1995, 711 y ss.

¹⁷Vid. HETZER, *Bekämpfung der Organisierter Kriminalität durch Unterbindung der Geldwäsche*, en *Wistra*, 8/1993, 286 y GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Barcelona, 1996, 23-24, con más indicaciones bibliográficas.

C) *La deficiente técnica legislativa*

Si la persecución de la criminalidad organizada es ciertamente costosa y compleja, en cuanto que requiere generar instrumentos jurídicos novedosos e incluso que se operen determinados cambios de mentalidades, el factor del que paso a ocuparme no me parece tan complicado de erradicar. Bastantes irregularidades se cometen aprovechando las inconsistencias de la legislación comunitaria, provocadas por la utilización de una técnica legislativa deficiente, que se caracteriza por su complejidad, casuismo, dispersidad y falta de coordinación¹⁸. Tanto es así que la Comisión ha creado un grupo de trabajo –LACHAUX– destinado a simplificar la normativa agrícola. Igualmente ésta es una de las prioridades del programa SEM 2000, que tiene como objetivo impermeabilizar los textos comunitarios frente al fraude¹⁹.

Dentro de estas inconsistencias destacan la creación de subvenciones o beneficios fiscales (v. gr. tarifas arancelarias reducidas en caso de régimen aduanero preferente) que descansan sobre presupuestos de hecho que a la postre no pueden verificarse, sea por falta de medios técnicos para ello²⁰, sea porque los principales actos de comprobación han de realizarse

¹⁸ Vid. con referencias NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 31 y ss.

¹⁹ Programa de la Comisión para mejorar, para el año 2000, la gestión de los créditos comunitarios («Sound and Efficient Managemet») (Gestión sana y eficaz), vid. Comisión Europea, Protección de los intereses financieros de la Comunidad. La Lucha contra el Fraude. Informe de 1996, 16-17

²⁰ Aranceles aduaneros que descansan sobre presupuestos no controlables: Una empresa alemana importaba carne de vaca picada desde Rumanía. Aprovechando que la legislación comunitaria imponía un prélèvement más bajo para las partes de vaca de peor calidad, declaró que el 95% de la carne de vaca importada no era de gran calidad. Cuando se intentó constatar el fraude, no fue posible demostrar qué tipo de carne se había importado realmente. Pues, al triturarse las distintas partes perdían sus características fisiológicas. Estos problemas se constatan también en relación a los presupuestos que dan derecho a una subvención. Un buen ejemplo puede ser el de las ayudas a la utilización de mosto para el enriquecimiento del vino. Como señaló el Tribunal de cuentas resulta técnicamente imposible comprobar si el mosto que se ha empleado reunía los requisitos necesarios para la obtención de la ayuda (no había de ser mosto destinado a producir vino de mesa). Vid. estos casos, en Tribunal de Cuentas de la CE. Informe perteneciente a 1993. DOCE C núm.237, de 24-12-1994.

en países terceros²¹. Es verdad, en este último caso, que los funcionarios de estos países tienen el deber de colaborar y existen convenios que facilitan la cooperación entre autoridades comunitarias y nacionales. Sin embargo, la experiencia demuestra que estas medidas en la práctica distan mucho de funcionar correctamente²².

Pero, sobre todo, esta técnica legislativa provoca que numerosas subvenciones o tributos se perciban o reduzcan indebidamente aprovechando las frecuentes discordancias entre la finalidad de las normas y su tenor literal, esto es, cumpliendo formalmente las condiciones fijadas en la norma, pero contradiciendo su fin. Un primer modo de resolver este problema sería que el legislador sea extremadamente cauteloso en la redacción de las normas subvencionadoras y tributarias. No obstante, este objetivo –que el tenor literal de un precepto coincida exactamente con su finalidad– resulta casi imposible de alcanzar. De ahí la importancia de utilizar en estos supuestos la figura del fraude de ley, recogida por el art. 4 del Reglamento 2988/ 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad: «Los actos para los cuales se haya establecido que su finalidad

²¹ Vid. DANNECKER, *Erfahrungen*, en DANNECKER (Hrsg), *Die Bekämpfung*, 27. Estos supuestos de fraude afectan en primer lugar a las tarifas arancelarias que se enmarcan dentro de los regímenes de preferencia aduanera. En España, por ejemplo, se descubrió cómo partidas de pescado procedentes de Sierra Leona, país con el que se había suscrito uno de estos convenios, no tenían tal origen y eran introducidos bajo certificados falsos de origen (vid. NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 8). Por lo que respecta a las subvenciones tampoco existen demasiadas diferencias. Son frecuentes las declaraciones mendaces, acerca de la calidad o el destino de las mercancías (cuando la restitución depende del país al que se exporte). Es realmente difícil saber en estos casos –en que hay por medio un país tercero– si las mercancías efectivamente se han consumido en él o, por el contrario, sólo han permanecido brevemente para a continuación ser reexportadas a otro país. Ejemplo: Dinamarca y Alemania exportaron queso, carne y productos lácteos con destino a terceros países (Líbano, Jordania y Bulgaria). No obstante, las investigaciones de la Comisión pusieron de manifiesto que los documentos administrativos que acreditaban la exportación a estos mercados eran falsos. Las mercancías simplemente se quedaron en Grecia. Las restituciones ascendían aproximadamente a 1,8 millones de ecus para Alemania y 2,1 millones para Dinamarca. (vid. Comisión de la CE, Protección de los intereses financieros de la Comunidad. Informe anual de 1995. Luxemburgo. 1996, 43).

²² Vid. Comisión de la Comunidad Europea, Protección de los intereses financieros de la Comunidad, Informe anual 1996, 47-48.

es obtener una ventaja contraría a los objetivos del Derecho comunitario aplicable al caso, creando artificialmente las condiciones requeridas para la obtención de esa ventaja, tendrán por consecuencia, según el caso, la no obtención de la ventaja o su retirada»²³.

Ahora bien, la pregunta que aún sigue en pie es si más allá de la retirada de la subvención o del beneficio fiscal, los comportamientos en fraude de ley van a castigarse²⁴. Como ya he señalado en otras ocasiones, el escollo principal para castigar estos comportamientos reside en el principio de legalidad. La aplicación de la figura del fraude de ley supone efectuar una reducción teleológica, incompatible con el principio de prohibición de analogía, sobre la norma de complemento que regula las condiciones de concesión de la subvención o beneficio fiscal y que pertenece al tipo de garantía, a la que se remiten los tipos penales en blanco del delito fiscal y fraude de subvenciones. Este hecho no significa, sin embargo, la imposibilidad de sancionar estas conductas. Si bien, para ello es necesario, una vez que en el Derecho tributario o de subvenciones resulta aplicable la figura del fraude de ley²⁵, que los tipos penales del delito fiscal y fraude de subvenciones se aparten del modelo de la estafa y se configuren en torno a una conducta omisiva consistente en no declarar todas aquellas circunstancias que son relevantes para la concesión de la subvención o la determinación del impuesto. De acuerdo con este modelo, no se castiga a quien consigue una ventaja en fraude de ley y declara a la administración todos los datos necesarios para aplicar esta figura, pero sí a quien oculta las condiciones relevantes para su aplicación. El Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad, del que más tarde me ocuparé con mayor detalle, camina en esta dirección, en cuanto que considera como conducta típica el incumplimiento de una obligación expresa de co-

²³ Para más detalles GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, Valencia, 1996, 61 y ss, 197 y ss; 203 y ss; NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 31-52. Sobre este precepto en concreto, vid. además VOGEL, *Frodi ai danni degli interessi finanziari delle comunità europee*, en RTDPE, 1995, 612-613.

²⁴ El art.4 del propio Reglamento 2988/ 1995 parece renunciar a castigar sin más estos comportamientos a través de las sanciones administrativas comunitarias que establece.

²⁵ No estima necesario este requisito GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, especialmente, 212.

municar (art. 1. 1 a) ter. y b) ter.), que tenga como efecto una disminución ilegal de los recursos de la Comunidad o la percepción o recepción indebida de fondos. Esta fórmula contiene, no obstante, un «punto oscuro» en orden a la incriminación del fraude de ley. Pues en cuanto que el Convenio menciona la necesidad de una «obligación *expresa* de comunicar», parece necesario que exista alguna norma en el Derecho fiscal y de subvenciones comunitario que obligue concretamente al tomador de una ayuda o beneficiario de una rebaja tributaria a comunicar las circunstancias relevantes para apreciar el fraude de ley²⁶.

III. EL PROBLEMA DE LAS COMPETENCIAS: EL «PRIMER» Y EL «TERCER» PILAR EN LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE

La historia de la lucha contra el fraude tiene un conocido punto de partida: la sentencia del maíz griego de 29 de septiembre de 1989²⁷. El significado de esta decisión va más allá, con toda seguridad, de su propia doctrina; a saber: que el art. 5 del TCE obliga a los Estados miembros a proteger los bienes jurídicos comunitarios y, en especial la Hacienda pública de las Comunidades, de un modo similar a lo que lo hacen con sus propios intereses y en todo caso de forma eficaz, proporcionada y disuasoria. El fallo supuso un fuerte aldabonazo que hizo tomar conciencia en Bruselas de la importancia de la lucha contra el fraude. Y es que probablemente más allá de la propia repercusión financiera, la existencia de un elevado número de fraudes pone en cuestión el propio prestigio y credibilidad de la Comunidad²⁸. A partir de esta fecha, se ha originado una ininte-

²⁶ Vid. en este sentido la opinión de los autores que han redactado el Corpus iuris, 33, también NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 375.

²⁷ STJCE, de 21-9-1989, Comisión de las Comunidades Europeas c/ República Helénica, asun. 68/88, Rec. 2965 y ss.

²⁸ Así, por ejemplo, en la propia exposición de motivos del Reg. núm. 2185/ 1996 se indica: «considerando que el fortalecimiento de la lucha contra el fraude y otras irregularidades cometidas en detrimento del presupuesto comunitario es fundamental para la imagen de la Comunidad».

rrumpida actividad legislativa y prelegislativa, que aún no puede decirse, ni mucho menos, que haya llegado a puerto.

No obstante, y antes de analizar los logros realizados, interesa detenerse en dos aspectos previos. El primero de ellos es que actualmente la protección de los intereses comunitarios se está realizando a caballo entre lo que se denomina primer pilar –derecho comunitario stricto sensu– y tercer pilar –cooperación intergubernamental– lo cual en cierta medida puede originar una falta de coordinación y pérdida de eficacia. El segundo aspecto son las alteraciones que va a traer el Tratado de Amsterdam en esta materia, especialmente la nueva redacción del art. 209 del TCE (nuevo art. 280).

La correcta inteligencia de ambas cuestiones necesita de una breve contextualización. Como es conocido el Derecho comunitario no atribuye a la Comunidad competencia alguna para crear tipos penales. Su asunción resulta además complicada desde el punto de vista del principio de legalidad, habida cuenta del conocido déficit democrático de los procesos legislativos comunitarios. Por ello, desde el Derecho comunitario, para la represión estrictamente penal del fraude aparecen adecuados dos caminos, bien invocar el art. 5 del TCE, exigiendo una protección similar, adecuada y eficaz, pero dejando en manos de los Estados miembros la elección de los medios (asimilación), o bien acudir a directivas o convenios en pos de la aproximación de legislaciones (armonización). Sea una u otra la solución ello implica que la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad es una competencia de los Estados miembros²⁹.

Con el fin de enfatizar la obligación de asimilación, marcada por la sentencia del «maíz griego», se incluyó en el Tratado de Maastricht el art. 209 A) del Tratado de la Comunidad Europea, que en realidad no representaba sino una concreción del art. 5 del TCE: «Los Estados miembros

²⁹ Lo reconoce expresamente la exposición del Reg. 2185/96 del Consejo en su exposición de motivos: «Considerando que del art. 209 A) del Tratado CE se desprende que la protección de los intereses financieros de la Comunidad es en primer lugar responsabilidad de los Estados miembros, sin perjuicio de otras disposiciones del tratado». Vid. para un resumen de la situación CARNEVALI RODRÍGUEZ, *Cuestiones fundamentales que el ordenamiento comunitario propone a los Derechos penales nacionales*, en AP núm.31/1-7 de septiembre de 1997, marg. 680 y ss.

adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros». En 1995 la Comisión presentaba un informe acerca del cumplimiento de esta obligación, en el cual quedaron de manifiesto las insuficiencias de esta vía³⁰. Por ello, y con independencia de la obligación de asimilar, se ha ensayado también la vía de la armonización, acompañada de una mejora de los instrumentos de cooperación entre las distintas administraciones de justicia.

Ahora bien, si sobre esta necesidad existía acuerdo, no puede decirse lo mismo en relación a la elección del cauce jurídico para llevar a cabo la aproximación y la cooperación. En concreto se ha asistido a la siguiente polémica: mientras que los Estados miembros, el Consejo y la Comisión apostaban por utilizar la vía de la cooperación intergubernamental –el tercer pilar–, el Parlamento Europeo propugnaba que la armonización y el perfeccionamiento de los mecanismos de cooperación se realizará a través del Derecho comunitario. Concretamente, a través de una directiva elaborada sobre la base de los arts. 209 A) y 100 A) del Tratado³¹.

Las diferentes opiniones tienen un trasfondo político importante. La elección del tercer pilar supone excluir o al menos reducir significativamente el papel de las instituciones propiamente comunitarias (Comisión, PE y TJCE) en el proceso de protección penal de los intereses financieros y dejarlo en manos de los Estados. Las disposiciones del Título VI aunque permiten, por ejemplo, la actuación de la Comisión, le privan de capacidad de iniciativa en ámbitos sumamente importantes como la cooperación judicial en materia penal, la cooperación aduanera y policial (art. K. 3. 2)³².

³⁰ L'analyse comparée des rapports des États membres relatifs aux mesures prises au niveau national pour lutter contre la gaspillage et le détournement des moyens communautaires, Rapport sur l'application de l'article 209 A du Traité sur l'Union européenne, nov. 1995; cit. por DELMAS MARTY (dir), *Corpus iuris*, 15-19.

³¹ Vid. DOCE C núm. 89, de 10-4-95, 82. Vid. sobre el particular además VERVAELE, *L'applicazione del Diritto comunitario: la separazione dei beni tra il primo e il terzo pilastro*, en Rev. trim. dir. pen. econ. Gen-Marzo, 1996, 518 y ss.

³² De ahí que, por ejemplo, la Comisión en su propuesta de Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad (DOCE C núm.216, 14, de 24-12-91) señalaba expresamente que su propuesta en relación a los arts. 5 (extradición) y 6 (cooperación judicial) es meramente orientativa.

Mucho más reducida es la actuación del PE, cuya opinión se pide casi por razones de «cortesía»³³. Asimismo cuando se aprueba un Convenio internacional (art. K. 3. 2 c), los países miembros pueden optar por que el TJCE no sea competente para la interpretación de sus disposiciones y arbitrar en los litigios relativos a su aplicación (K. 3. 2. c último párrafo). Esta vía permite además a los Estados no ratificar los tratados, sin que ello suponga incumplimiento de obligación internacional alguna –lo que sí ocurre cuando no se transpone una directiva–, o formular cuantas reservas deseen a sus disposiciones. Téngase presente además que, en el momento actual, la no ratificación de un Convenio por un solo Estado supone su no entrada en vigor. El tercer pilar, en definitiva, tal como puede apreciarse, no es sino un marco especialmente intenso de cooperación intergubernamental. Nacido, al menos en lo que concierne a la cooperación en materia de justicia e interior (Título VI), de las reticencias de los Estados miembros por incluir estas materias dentro de la estructura propiamente comunitaria³⁴.

La armonización del Derecho penal de los países miembros en lo referente a la protección de los intereses financieros de la Comunidad se ha realizado, como es conocido, finalmente a partir del «tercer pilar». El CPIF y los dos protocolos adjuntos se han elaborado sobre la base del art. K. 3. Esta elección posee notables desventajas tales como la incertidumbre acerca de la entrada en vigor del Convenio o las dificultades de aplicación que provoca el que el TJCE sólo pueda actuar cuando alguna de las partes lo solicite³⁵. Igualmente no debe olvidarse que hasta la fecha las propuestas de la Comisión o del PE han sido mucho más innovadoras e imaginativas, que las que finalmente se han aprobado una vez que los representantes de los Estados miembros «meten la tijera».

Pero aún hay algún aspecto más que merece cierta reflexión. En realidad, el entramado jurídico destinado a tutelar los intereses financieros

³³ Como antes señalé el PE pedía la utilización de una directiva aprobada sobre la base del art.100 A) para armonizar el Derecho penal de los estados. Pues bien, si se hubiera seguido esta vía en lugar de pedir su opinión cortésmente (art. K. 6), se hubiera tenido que utilizar como iter legislativo el procedimiento de codecisión del art. 189 B), en el que el PE desempeña un papel de cuasi legislador.

³⁴ Vid. VERVAELE, *L'applicazione del Diritto comunitario*, 512.

³⁵ Vid. art.8 del CPIF, art. 8 del primer Protocolo y 13 del segundo Protocolo al CPIF.

de la Comunidad se está apoyando sobre ambos pilares. Si el CPIF y sus Protocolos, es decir, el derecho penal *stricto sensu* y los ámbitos relativos a la cooperación judicial, policial y extradición descansan sobre el tercer pilar; las sanciones administrativas contenidas, principalmente, en el Reglamento núm. 2988/ 1995 del Consejo relativo a la protección de los intereses financieros, así como la regulación del control y las inspecciones de los agentes, nacionales y comunitarios, se apoyan sobre el primer pilar. Esta circunstancia *per se* neutra, puede actuar disfuncionalmente si no se coordinan adecuadamente los entramados normativos procedentes de cada sector³⁶. Resulta difícil además comprender que el Derecho comunitario, a través de directivas pueda «comunitarizar» delitos como el blanqueo de capitales o el insider trading, y no se estime conveniente recurrir al mismo para la protección de los propios intereses financieros de la Comunidad³⁷. Este interés de los Estados miembros por excluir el Derecho penal del primer pilar encuentra una coartada perfecta en el déficit democrático de los iter legislativos comunitarios. Pues ante las pretensiones, por ejemplo del PE, de utilizar directivas en materia penal, los Estados siempre pueden objetar que en atención al principio de legalidad no parece aceptable la existencia de directivas que obliguen al legislador nacional a tipificar determinadas conductas y que además señalen las sanciones privativas de libertad que debe adoptar³⁸.

³⁶ Vid. VERVAELE, *L'applicazione del Diritto comunitario*, 518 y ss, el PE, a través de su Comisión de Libertades Civiles e Internas subrayó expresamente la necesidad de que la salvaguarda administrativa y penal de los intereses financieros no se escindieran, y que fueran reguladas en el mismo contexto institucional: en el primer pilar. En esta línea la comisión indicaba que el CPIF suponía un «renacionalización de una política comunitaria».

³⁷ La elección ha sido interpretada incluso por VERVAELE (*L'applicazione del Diritto comunitario*, 514) como muestra de la intención de incorporar el derecho penal al ámbito de la cooperación, excluyéndolo del derecho comunitario. Como señala este autor, no era ni siquiera claro que la letra K del TUE fuera un marco jurídico adecuado para elaborar el CPIF. Dentro de las materias a las que se refiere la cooperación en materia de justicia o interior (art.K. 1), sólo puede ser esgrimida como asidero la fijada en el art. K. 1. 7: «La lucha contra la defraudación a escala internacional...».

³⁸ Ampliamente NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 356-364.

IV. EL TRATADO DE AMSTERDAM: ¿UNA NUEVA SITUACIÓN?

Hasta aquí la situación actual que como puede apreciarse se caracteriza porque los aspectos penales de la lucha contra el fraude quedan fuera del derecho comunitario y por tanto alejados del poder de acción, mucho más imaginativo y avanzado, de las instancias comunitarias. A continuación se analizará cómo y en qué medida esta situación va a ser alterada por las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam sobre el TUE. Comenzaré por las introducidas en el Título VI.

El nuevo art. K. 1 establece como uno de los objetivos de la Unión ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad, dentro de un espacio de libertad y justicia. Lo que habrá de lograrse, indica, mediante la prevención y lucha contra «la delincuencia organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude». «*La aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo K. 3*», al lado de la cooperación judicial y penal, es uno de los medios que el art. K. 1 contempla para lograr las anteriores metas. Por su parte, el art. K. 3 e) indica que «*la acción común sobre cooperación judicial en materia penal incluirá:...la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas*».

De estos preceptos puede extraerse ya una conclusión: no cabe duda de que se ha decidido que las relaciones entre derecho penal y Unión Europea se desarrollen esencialmente a través de la cooperación intergubernamental. No obstante, y centrándonos en lo que nos interesa, la protección de los intereses financieros de la Comunidad, las anteriores disposiciones son poco –nada– esclarecedoras: si primeramente, se menciona «el fraude» (art. K. 1), a continuación, al fijar las materias objeto de aproximación penal (art. K. 3) éste desaparece. La perplejidad aumenta si se repara en que el CPIF y los Protocolos adjuntos son los únicos Convenios que hasta ahora se han aprobado a partir del art. K con el fin de aproximar la legislación penal material, pues bien, ¿por qué no se menciona expresamente que

entre los objetivos de la cooperación policial y judicial se encuentra la represión penal del fraude a los intereses financieros de la Comunidad?³⁹.

Las modificaciones en el Título VI no acaban aquí. Existe un grupo de innovaciones enderezadas a aumentar la participación de las instituciones comunitarias dentro del «tercer» pilar (Título VI) y a incrementar las posibilidades de entrada en vigor de los Convenios elaborados conforme al mismo. La entrada en vigor de los Convenios elaborados sobre el art. K dejará de supeditarse a la firma de la totalidad de los Estados. Según el nuevo art. K. 6. d del Tratado basta con que el Convenio sea firmado por la mitad de los Estados. Asimismo, el Tratado de Amsterdam amplía el papel del TJCE (art. K. 7) para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los Convenios y la validez e interpretación de sus medidas de aplicación, hecho que indudablemente contribuirá a una mayor uniformidad de las legislaciones penales nacionales en materia de lucha contra el fraude⁴⁰. La Comisión ve también reforzada su capacidad de iniciativa (art. K. 6) y el propio Parlamento europeo (art. K. 11), que deberá emitir siempre un dictamen cuando vaya a aprobarse alguna medida de aproximación de legislaciones o Convenio. Sorprende, no obstante, el que no se le haya otorgado capacidad de iniciativa. Finalmente, dentro de las novedades introducidas en el tercer pilar debe destacarse la creación de un nuevo instrumento jurídico de aproximación del Derecho penal, distinto a los Convenios: las decisiones marco (art. K. 6), que adoptadas por el Consejo de la Comunidad, obligan a los Estados a alcanzar determinados fines en materia penal, aunque le dejan libertad en lo referente a los medios y la forma. Se trata de normas internacionales similares en su funcionamiento a las directivas, aunque se señala que no tendrán efecto directo y además deben adoptarse siempre por unanimidad.

³⁹ Para un resumen de los distintos ámbitos de la criminalidad que son objeto de atención por la Comunidad vid. CUERDA RIEZU, *La conflictiva relación entre el Derecho comunitario y el Derecho penal*, 304 y ss.

⁴⁰ Art. K. 7: «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas será competente, con arreglo a las condiciones que establece el presente artículo, para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la validez e interpretación de las decisiones marco y de las decisiones, sobre la interpretación de los convenios celebrados de conformidad con el presente título y sobre la validez e interpretación de las medidas de aplicación». En cualquier caso, como se aclara en el apartado dos del art. K. 7 esta capacidad se condiciona a que sea aceptada expresamente por los Estados miembros.

Las modificaciones del Tratado de Amsterdam afectarán también, en el plano que nos interesa, al primer pilar. Y de modo más que significativo, pues se ha modificado el art. 209 A) del TCE, precepto que, recordemos, se introduce con el Tratado de Maastricht con la intención de recordar a los Estados miembros la obligación de asimilación que se derivaba del art. 5, tras la «sentencia del maíz». A este precepto se le ha añadido un cuarto párrafo que otorga capacidad al Consejo para que, previa consulta del Tribunal de Cuentas y a través del procedimiento de codecisión (el más democrático de todos los *iter* legislativos de la Comunidad, en cuanto que el PE tiene un papel de colegislador), adopte las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude, si bien a renglón seguido indica que estas medidas no podrán afectar nunca –y así se indica expresamente– «ni a la aplicación de la legislación penal nacional, ni a la administración nacional de justicia»⁴¹.

⁴¹ Dado el cambio de numeración que ha realizado el Tratado de Amsterdam, sobre los tratados originarios el art. 209 A) se corresponde ahora con el art. 280 del TCE. Concretamente ésta es su nueva redacción:

- «1. La Comunidad y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros.
2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros.
3. Sin perjuicio de otras disposiciones del presente Tratado, los Estados miembros coordinarán sus acciones encaminadas a proteger los intereses financieros de la Comunidad contra el fraude. A tal fin, organizarán, junto con la Comisión, una colaboración estrecha y regular de las autoridades competentes.
4. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el art. 189 B y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros. Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de justicia.
5. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, presentará anualmente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre las medidas adoptadas para la aplicación del presente artículo».

La pregunta que surge, una vez conocidas las modificaciones, es si éstas van a alterar las relaciones entre el tercer y el primer pilar a la hora de apoyar la normativa europea destinada a la protección de los intereses financieros de la Comunidad. Dicho de otro modo: ¿el nuevo art. 280 (antiguo art. 209 A) significa quizás el deseo de «comunitarizar» la protección penal de los intereses financieros?. Una respuesta afirmativa a esta pregunta estaría de algún modo avalada por el hecho de que en las materias pertenecientes a la cooperación en materia de justicia e interior no figura la lucha contra el fraude a los intereses financieros, tal como antes indicaba. El Tratado de Amsterdam podía haber servido para aclarar de una vez el cauce jurídico a seguir para la aproximación o armonización del Derecho penal nacional. Desgraciadamente no ha sido así y tanto el nuevo art. 209 A. 4, como el art. K se mueven dentro de la ambigüedad. No obstante, y a la vista de la «historia» reciente me inclino a pensar que la aproximación del derecho penal continuará en el marco de la cooperación.

La modificación introducida en el art. 209 A) tiene probablemente fines más modestos, que intentaré aclarar. A partir de la tantas veces citada sentencia del maíz, la Comunidad se plantea utilizar sanciones administrativas en la lucha contra el fraude. Esta tipología de sanción era ya bien conocida en el Derecho comunitario. La CE dispone, desde casi sus inicios, de sanciones administrativas con el fin de castigar las infracciones a los arts. 85 y 86 del TCE. Desarrollado una práctica sancionadora muy eficaz⁴². El art. 87 del TCE atribuye competencias específicas en este punto. Los Tratados CECA y EURATOM contienen igualmente un relativamente numeroso elenco de normas sancionadoras administrativas. En relación a estos sectores, el TJCE y la Comisión han ido recogiendo en sus decisiones los principios garantistas e instituciones básicas del Derecho penal, conforme a las tendencias más reciente de los ordenamientos y tribunales europeos⁴³.

⁴² Vid. TIEDEMANN, *Die Ahndung der Wettbewerbsdelikte in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, en *Libro Homenaje al Prof. Antonio Beristain*, IVAC, San Sebastián, 1989.

⁴³ Vid. por todos TIEDEMANN, *Allgemeiner Teil des europäischen supranationalen Strafrechts*, *Festschrift für H. H. Jescheck*, 1985 y NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 123-238.

Las sanciones destinadas a combatir el fraude, que se han establecido en la PAC, responden, sin embargo, a un esquema diferente a las del derecho de la competencia o TCECA. Primero, porque su imposición corresponde a las administraciones nacionales. Y, segundo, porque no adoptan la forma de las sanciones administrativas clásicas (la multa), sino que consisten principalmente en sanciones interdictivas o de contenido patrimonial, pero camufladas al amparo de pérdida de fianzas o incrementos en la devolución de una subvención (mayorations) que no se corresponden con criterios reparadores. Con ello estas sanciones se sitúan –o al menos se intentan situar– en una zona gris entre las sanciones reparadoras y las administrativas⁴⁴. Quizás su introducción ha sido lenta, dispersa y bajo la forma de medidas administrativas no claramente sancionadoras, debido a que la Comunidad no estaba segura acerca de sus competencias para crear sanciones administrativas fuera del sector del Derecho anti-trust.

Las dudas fueron despejadas por la –muy esperada– STJCE de 27 de octubre de 1992 que confirmó la existencia de competencias sancionadoras en el ámbito de la PAC, al objeto de proteger los intereses financieros⁴⁵. Invocando la conocida teoría del efecto útil, el Tribunal señaló que la CE tiene competencias sancionadoras allí donde un precepto de los Tratados, aunque no mencione expresamente la posibilidad de conminar con sanciones, faculta para tomar todas las medidas necesarias, en un determinado sector. Entre las disposiciones que utilizan esta expresión, se encuentra el art. 40. 3 en materia de política agrícola y, con carácter general, el art. 235 del TCE⁴⁶. Una vez que el TJCE da luz verde a la creación de nuevas sanciones, la Comisión y el Consejo deciden crear un Reglamento destinado a luchar contra el fraude, cuyo fin principal era la creación de un marco general para su aplicación uniforme en todos los países.

⁴⁴ Vid. VERVAELE, *Poderes sancionadores de y en la Comunidad Europea. ¿Hacia un sistema de sanciones administrativas europeas?*, en Revista Vasca de Administración Pública, núm. 37, 1993, 167-205. Vid., además, *infra*.

⁴⁵ STJCE de 27-10-1992, República Federal de Alemania c/ Comisión, asun. C-240/90, Rec. 5383. Sobre esta sentencia y su significado vid. GRASSO, *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, en RTDPE, Fasc. 3/ 1993, 739-766.

⁴⁶ Para más detalle sobre esta cuestión NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 58-65, con ulteriores indicaciones bibliográficas.

Durante el proceso de gestación del Reglamento 2988/ 1995 surgen dos problemas, que, en mi opinión, son los que intenta resolver el confuso cuarto párrafo del nuevo art. 280 (antiguo 209 A). El primero de ellos es que resultaba insatisfactorio que la aprobación de dicho Reglamento no pudiera realizarse a partir del art. 209 A) introducido en Maastricht. Lo lógico hubiera sido aglutinar sobre este precepto las normas comunitarias destinadas a la tutela de los intereses financieros de la Comunidad. No obstante, como señalaba la Comisión, el art. 209 A) preveía únicamente para los Estados miembros la necesidad de asimilación, pero no permitía aprobar a partir del mismo norma comunitaria alguna⁴⁷. El segundo de los problemas, a mi juicio mucho más importante, es que estas sanciones administrativas eran establecidas de espaldas al principio de legalidad (*nullum crimen sine lege parlamentaria*). Lo cual constituye sin lugar a dudas un retroceso desde el punto de vista del Derecho constitucional de la mayoría de los países. Para remediar esta situación se había propuesto que las normas comunitarias que estableciesen sanciones administrativas fueran promulgadas a partir del iter legislativo con menos déficit democrático de los existentes en el TCE: el procedimiento de codecisión⁴⁸. Pues bien, como decía, el art. 209 A. 4 pretende solventar ambos problemas: ya que permite aglutinar en este precepto las normas de derecho comunitario destinadas a la prevención y lucha contra el fraude a los intereses financieros de la Comunidad y, además, obliga a que el procedimiento adecuado para su creación sea el de codecisión (art. 189 B), con lo cual, recogiendo la anterior exigencia doctrinal, el principio de legalidad regirá con mayor vigor en el ámbito de las sanciones administrativas comunitarias.

⁴⁷ Cfr. VERVAELE, *L'applicazione del Diritto comunitario*, 516; VOGEL, *Frode ai danni degli interessi finanziari delle Comunità europee*, en RTDPE, 1995, 603.

⁴⁸ Vid. NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 78 y ss.

V. EL REGLAMENTO NÚM. 2988/ 1995 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES FINANCIEROS

El Reg. núm.2988/ 1995, tal como decalra su art.1, tiene como principal función establecer el marco general de los controles y sanciones administrativas en materia de protección a los intereses financieros de la Comunidad. El Reglamento no contiene por ello tipos sancionadores que sean directamente aplicables. Al hacer mención a los tipos de sanciones (art. 5) determina las que en el futuro otros reglamentos específicos pueden contener. La PG recoge los principios de legalidad (art. 2. 2), proporcionalidad (art. 2. 1 y 3), culpabilidad (art. 5) y *ne bis in idem* (art. 6). Regula igualmente la prescripción (art. 3) y el sistema de autoría (art. 7), optando en este punto por un sistema unitario de autor⁴⁹, lo que es relativamente frecuente en sistemas sancionadores nacionales (v. gr. la OWiG alemana). Las sanciones además, como se desprende de este precepto, pueden ser impuestas tanto a personas físicas como a jurídicas⁵⁰. Dentro de la estructura del Reglamento resulta esencial la distinción entre medidas (art. 4) y sanciones administrativas (art. 5). Los anteriores principios únicamente son de aplicación a estas últimas, a excepción del de proporcionalidad. Expresamente el art. 4. 4 del Reglamento señala en relación a las medidas que «no serán consideradas como sanciones».

⁴⁹ Esta afirmación se desprende claramente de su tenor literal: «Las medidas y sanciones administrativas comunitarias podrán aplicarse a las personas físicas o jurídicas... que hayan cometido la irregularidad. Podrán también aplicarse a las personas que hayan participado en la realización de la irregularidad, así como a las obligadas a responder de la irregularidad o evitar que se cometa». Resulta también interesante este último párrafo referente, principalmente, al problema de la responsabilidad penal del jefe de empresa.

⁵⁰ Sobre estas disposiciones, aunque en referencia aún a la propuesta de reglamento, vid. VOGEL, *Frode ai danni degli interessi finanziari delle Comunità europee*, 604 y ss; en relación al sistema unitario de autor y sus ventajas en el ámbito de las sanciones administrativas TIEDEMANN, *La responsabilité pénale dans l'entreprise. Vers un espace judiciaire européen unifié?. Rapport introductif*, en Rev. sc. crim. (2) avril-juin 1997, 260 y ss. Para un análisis del derecho comparado en este punto vid. BACIGALUPO, *Rapport de synthèse*, en *The system of administrative and penal sanctions in the member states of European communities*. Comisión Europea. 1994.

Estimo que el reglamento en este punto merece una valoración muy positiva. Antes de su aprobación existían tres «medidas» a las que el TJCE y el Derecho comunitario les negaban, de un modo discutible, el carácter de sanción, con lo que no resultaban de aplicación los principios del derecho sancionador administrativo⁵¹. Tales «medidas» eran unas de tipo interdictivo (exclusión de obtener subvenciones futuras)⁵² y otras sólo aparentemente reparadoras, como la devolución de cantidades recibidas indebidamente, aumentadas en un porcentaje, cuyo montante no tenía relación alguna con fines reparadores, o la pérdida de garantías o fianzas depositadas cuyo fin no era el facilitar la recuperación de ayudas que se habían abonado previamente, sino asegurar que las condiciones de la ayuda fueran cumplidas. El Reglamento ha decidido, lo que parece encomiable, considerar a estas tres «medidas» verdaderas sanciones administrativas, con lo que a partir de ahora le serán de aplicación los principios más garantistas que rigen su imposición.

La necesidad de contar con una PG resultaba imperiosa. Si las encargadas de imponer las sanciones comunitarias relativas a la protección de los intereses financieros de la Comunidad son normalmente las autoridades nacionales, la divergencia de criterios de aplicación existente entre los distintos ordenamientos, llevaba lógicamente a un diferente grado de eficacia, y, lo que es más grave, a situaciones difícilmente conciliables con el principio de igualdad. Así, por ejemplo, las sanciones serían mucho más contundentes en aquellos ordenamientos en que se impusieran en un régimen de responsabilidad objetiva. En cualquier caso, como se desprende del art. 2. 4 del Reglamento, cuando el derecho comunitario presente algún tipo de laguna la aplicación de las sanciones se realizará conforme al derecho de los Estados miembros. La laguna más significativa es sin duda la ausencia de procedimiento sancionador. Dentro de la regulación de la Parte general el Reglamento comunitario no contiene, lo cual hubiera sido

⁵¹ Vid. ampliamente sobre esta cuestión, aunque sin referirme al Reglamento 2988/1995, NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 82 y ss; 102 y ss.

⁵² El que las sanciones interdictivas no fueran consideradas sanciones sino medidas se argumentaba del siguiente modo: la interdicción no constituye una sanción, sino una garantía para los intereses de la Administración, que a través de esta medida considera que no son idóneos para obtener una ayuda, quienes previamente la han defraudado (vid. NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 100 y ss.)

deseable, normas sobre el error o sobre el concurso de infracciones. Lo cual quiere decir, en nuestro país, que en estos aspectos serán de aplicación el Título IX de la Ley 30/ 1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas, y el RD 1398/ 1993, de 4 de agosto. Obsérvese, en cualquier caso, que estas disposiciones tampoco regulan expresamente el error y sólo en muy pequeña medida el concurso entre sanciones administrativas (arts.4 y 6 del RD 1398/ 1993).

Del conjunto de disposiciones que contiene el Reglamento quizás la más complicada de entender es la que regula el principio de *non bis in idem*⁵³ entre sanciones penales nacionales y sanciones administrativas comunitarias⁵⁴. La inteligencia del precepto resulta más fácil si se conecta con los fines que el legislador comunitario pretende alcanzar a través de

⁵³ Art. 6: «1. Sin perjuicio de las medidas y de las sanciones administrativas comunitarias adoptadas sobre la base de los reglamentos sectoriales existentes en el momento de la entrada en vigor del presente Reglamento, la imposición de sanciones pecuniarias, como las multas administrativas podrá suspenderse por decisión de la autoridad competente si se hubiera iniciado un procedimiento penal contra la persona de que se trate en relación con los mismos hechos. La suspensión del procedimiento administrativo suspenderá el plazo de prescripción previsto en el artículo 3.

2. Si no continuara el procedimiento penal, el procedimiento administrativo suspendido reanudará su curso.
3. Cuando finalice el procedimiento penal, el procedimiento administrativo que se haya suspendido se reanudará siempre que los principios generales del Derecho no lo impidan.
4. Cuando se reinicie el procedimiento administrativo, la autoridad administrativa procurará que se aplique una sanción que equivalga al menos a la sanción dispuesta por la normativa comunitaria, pudiéndose tener en cuenta cualquier sanción impuesta por la autoridad judicial por los mismos hechos a la misma persona.
4. Los apartados 1 a 4 no se aplicarán a las sanciones pecuniarias que forman parte integrante de los regímenes de apoyo financiero y pueden aplicarse con independencia de posibles sanciones penales, en caso de que y en la medida en que no sean asimilables a dichas sanciones».

⁵⁴ Lógicamente pueden también plantearse casos de *bis in idem* entre sanciones administrativas nacionales y comunitarias, aspecto éste que el Reglamento no resuelve. En nuestro derecho no obstante esta colisión es resuelta con carácter general por el art. 5. 2 del RD 1398/ 1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para la potestad sancionadora:

«El órgano competente podrá aplazar la resolución del procedimiento si se acreditase que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los Órganos

estas sanciones. Tres son, en mi opinión, las funciones que las sanciones comunitarias cumplen en la protección de los intereses financieros de la Comunidad.

La primera función es la más obvia: el castigo de comportamientos dolosos en los que el fraude no haya sido muy cuantioso (menos de 4.000 ecus) o cuando éste haya sido cometido por imprudencia, que en la mayoría de los Estados miembros no son objeto de sanción penal⁵⁵. La segunda función pasa por establecer un mínimo sancionador común, es decir, subsanar las lagunas de punibilidad que puedan existir en la legislación penal nacional. Entendiendo que existe una laguna no sólo cuando el fraude no es castigado por no cumplirse los principios de asimilación y protección eficaz, sino también cuando la sanción penal nacional se impone en virtud de un tipo cuyo bien jurídico no es la Hacienda pública (v. gr. falsedades documentales) o cuando la sanción penal nacional es menor que la prevista en la normativa comunitaria. A partir de aquí se comprende que en el art. 6.4 del Reglamento se requiera a la autoridad administrativa encargada de imponer la sanción que, una vez acabado el proceso penal, procure aplicar una «sanción que equivalga al menos a la sanción dispuesta por la normativa comunitaria»⁵⁶. En tercer lugar, algunas de estas sanciones comunita-

Comunitarios Europeos. La suspensión se alzarán cuando se hubiese dictado por aquéllos resolución firme.

Si se hubiera impuesto sanción por los Órganos Comunitarios, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo compensarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción».

Con carácter específico el art. 44 de la Ley de Defensa de la Competencia contiene una regulación similar. Ambos preceptos se inspiran en la STJCE Walth Wilhelm (STJCE de 13-12-69, Wilhelm/ Bundeskartellamt, asun. 14/68, Rec. 1970, 1 y ss).

⁵⁵ Como inmediatamente se verá, el CPIF sólo obliga a castigar penalmente fraudes dolosos superiores a 4.000 ecus (vid. arts. 1 y 2 del Convenio).

⁵⁶ Esta función de mínimo sancionador común queda bien patente en las alegaciones de la Comisión en la causa RFA/Comisión, asun. C-240/90, Rec. 5349: «...sólo un reglamento comunitario es apto para garantizar la uniformidad de las medidas aplicables a los fraudes. Las diferencias que existen entre los distintos Estados miembros en cuanto a la organización, los procedimientos administrativos y a los sistemas sancionadores, traen consigo el riesgo de engendrar distorsiones en la competencia entre los diversos operadores económicos...».

rias, las de carácter interdictivo⁵⁷, no pueden ser creadas por los Estados miembros en cuanto que carecen de competencias. Es el caso de la imposibilidad de obtener otras ayudas o subvenciones comunitarias. Sólo el legislador comunitario es competente para decidir quiénes pueden acceder y en qué condiciones a los fondos comunitarios. Este hecho explica que el principio de *non bis in idem*, entre sanciones penales nacionales y administrativas comunitarias, se limite en el art. 6. 1 del Reglamento a las sanciones administrativas de naturaleza pecuniaria. E igualmente, que en los tipos del CP español destinados a castigar el fraude a la Hacienda pública comunitaria no se prevea como sanción la interdicción de obtener futuras ayudas o beneficios fiscales.

VI. EL CPIF DE 25-11-95.

El CPIF, de cuyo proceso de gestación ya nos hemos ocupado, tiene como objetivo aproximar de un modo particularmente intenso los ordenamientos penales nacionales, en orden a tutelar adecuadamente los intereses financieros de la Comunidad, a la vista de la inidoneidad de la obligación de asimilación. Constituye una realidad que muchos ordenamientos penales no dispensan a la Hacienda comunitaria una protección similar ni, mucho menos, eficaz. Lo que acaece especialmente cuando el fraude tiene carácter transnacional y en él se ven implicados operadores económicos de diversos países.

A) *Conductas típicas, personas responsables y sanciones.*

La misión principal del Convenio es, como antes señalaba, conseguir tipos penales homogéneos de fraude a la Comunidad. Para ello, tanto en lo referente al fraude de subvenciones como «fiscal», se reclama la

⁵⁷ En el art. 5 del Reglamento se prevén como sanciones interdictivas las siguientes: (a) la privación total o parcial de una ventaja concedida por la normativa comunitaria, incluso en el caso de que el agente sólo se haya beneficiado indebidamente de una parte de dicha ventaja; (b) la exclusión o la retirada del beneficio de la ventaja durante un periodo posterior al de la irregularidad; (c) la retirada temporal de una autorización o de un reconocimiento necesarios para participar en un régimen de ayuda comunitaria.

tipificación de tres conductas, que tienen en común la exigencia de dolo y requerir la efectiva lesión patrimonial (art.1):

- la utilización o la presentación de declaraciones o de documentos falsos, incompletos o inexactos, que tengan por efecto la disminución ilegal de recursos o la percepción o retención indebida de fondos.
- el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto.
- desviar los fondos o los derechos obtenidos a fines distintos de aquéllos para los que fueron concedidos en un principio.

Las sanciones a imponer se articulan en torno a la calificación del fraude como grave o leve. A partir de 50.000 ecus (fraude grave): penas de privación de libertad lo suficientemente graves para dar lugar a la extradición. Entre 4.000 y 50.000 ecus, sanciones penales, aunque no necesariamente privativas de libertad (art. 2).

Pese al indudable avance de estas previsiones existen una serie de puntos en los que el Convenio no ha sido lo suficientemente cuidadoso en aras a garantizar una transposición y aplicación equivalente de sus disposiciones en los ordenamientos nacionales. Resulta llamativo, en primer lugar, que el Convenio no haga referencia a la posibilidad de regularización. Este olvido ha provocado que en nuestro ordenamiento no se haya previsto la regularización en los nuevos delitos destinados a tutelar la HPC. Lo cual no deja de ser un tanto irrazonable⁵⁸. En segundo lugar, hubiera sido oportuno regular los plazos de prescripción de estas infracciones de manera uniforme, e independientemente de la pena con que vayan a ser castigadas en cada Estado miembro. Como es conocido, los cortos plazos de prescripción suelen ser una de las causas de impunidad más frecuentes en el marco de los complejos delitos económicos⁵⁹. Hubiera sido deseable, en tercer lugar, que el Convenio definiera conceptos normativos, como el de subven-

⁵⁸ En este sentido MORALES PRATS, en *Comentarios a la Parte Especial del Código penal* (dir. Quintero Olivares), Pamplona, 1996, art. 305, 751-752.

⁵⁹ Vid. sobre esta cuestión, recientemente, RENUCCI, *Infracciones d'affaires et prescription de l'action publique*, Recueil Dalloz, 1997, 5 cahier, 23 y ss.

ción o arancel. Existen ordenamientos, como el alemán (§ 264 StGB), en el que se circunscribe el fraude de subvenciones a aquellas que tengan una finalidad económica e igualmente se discute en algunos casos la posibilidad de que determinadas subvenciones indirectas, sean subvenciones a efectos de la regulación penal⁶⁰. Igualmente no en todos los ordenamientos los prélèvements agrícolas se equiparan a los aranceles aduaneros⁶¹. También hubiera sido deseable una aclaración en relación al régimen penal del fraude al IVA. No existen dudas, en relación a que la elusión de este tributo cae dentro del fraude fiscal. Ahora bien, dado que se trata de un ingreso, en parte, comunitario y que existen numerosos supuestos de fraudes transnacionales, en relación a «importaciones» y «exportaciones» intracomunitarias, hubiese sido acertado su inclusión dentro del régimen del Convenio. De este modo, se hubiera logrado la aplicación de las reglas de competencia del Convenio (art. 5)⁶² y de las medidas de cooperación (art. 6), lo que, sin duda, hubiera facilitado la persecución de los casos de fraude transnacional⁶³.

En otro orden de cosas, resulta interesante observar los esfuerzos que ha realizado el Convenio a la hora de regular el régimen de autoría y participación de estas infracciones. Del art. 2 se desprende expresamente la obligación de castigar tanto la complicidad, como la inducción. Lo que supone adoptar un modelo diferenciado de autoría que se aparta del modelo unitario, vigente en algunos países miembros (Italia, Dinamarca, Austria), y que la propia Comunidad ha consagrado, como señalamos, en el Reglamento 2988/ 1995 del Consejo (art. 7). El art. 1 del Convenio, por otro lado, al describir las infracciones, no obliga a los Estados miembros a crear tipos comunes de fraude, es más alguna modalidad, como «el incumplimiento de una obligación expresa de declarar», sólo tiene sentido

⁶⁰ Vid. con referencias NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 305 y ss.

⁶¹ Vid. DELMAS MARTY (dir): *Corpus iuris*, 33.

⁶² Lo que permitiría, por ejemplo, juzgar en nuestro país a los cómplices españoles de un autor italiano que ha defraudado cantidades de IVA a ingresar en la Hacienda pública italiana.

⁶³ En este sentido DANNECKER, *Strafrechtlicher Schutz der Finanzinteressen der Europäischen Gemeinschaft gegen Täuschung*, en ZStW (108) 1996, 600-601.

en relación a los obligados tributarios o a los beneficiarios de la subvención⁶⁴.

Esta configuración –rechazo del modelo unitario de autor-delito especial– puede crear problemas de impunidad en relación a los partícipes que han aportado declaraciones y documentos falsos, si en el ordenamiento en cuestión no se admite la participación en delitos especiales propios⁶⁵ y los correspondientes delitos de falsedades tampoco castigan estas conductas. Pero es más, la existencia de delitos especiales puede suponer también la impunidad del *intraneus*, sobre todo una vez que se ha renunciado al castigo de la imprudencia.

Esta situación puede ocurrir en dos casos relativamente frecuentes en el mundo empresarial. El primero de ellos se produce cuando una persona que no es administrador de la empresa –ni de hecho, ni de derecho– actúa como mandatario de la misma y realiza con plena autonomía la declaración portadora de la falsedad o el ocultamiento de datos. Si el *intraneus* confía plenamente en el comportamiento conforme a derecho de su representante –o al menos, así lo alega–, lo cierto es que el fraude queda impune⁶⁶. El segundo supuesto de impunidad puede acaecer si el obligado

⁶⁴ En las conclusiones anejas al Etude sur les systèmes de sanctions administratives et penales dans les États membres des Communautés européennes (vol 1, rapports nationaux, vol 2, rapport de synthèse, Luxemburgo 1994), se recomienda precisamente configurar las infracciones como tipos comunes (R.8). En nuestro ordenamiento, además, la opinión mayoritaria considera que tanto el delito fiscal como el fraude de subvenciones son delitos especiales propios. Por lo que se refiere al delito fiscal, vid., con referencias, la opinión del mejor monografista de la materia, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El delito de defraudación tributaria*, en Revista Penal núm.1, Julio 1997, 61-62. En relación al fraude de subvenciones ARROYO ZAPATERO, *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*, Madrid 1987, 99-100, proponiendo de lege ferenda la adopción de un tipo genérico; últimamente en relación al carácter especial del fraude de subvenciones GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, 214 y ss.

⁶⁵ En nuestro ordenamiento la doctrina se ha mostrado tradicionalmente favorable a la posibilidad de castigo. Vid. sobre esta cuestión, QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho penal. PG.*, Barcelona, 1996, 493 y ss. Una reciente línea jurisprudencial (vid. STS 20 mayo 1996), además de confirmar la posibilidad de participación del extraneus en los delitos especiales propios, aplica a éste una atenuante analógica consistente en la no concurrencia de la condición típica que el precepto exige al autor.

⁶⁶ Cfr. ARROYO ZAPATERO, *Delitos contra la Hacienda pública*, 100.

tributario o el beneficiario de la subvención realizan su declaración aportando datos o documentos falsos, cuya falsedad desconoce, pero que le han sido suministrados intencionadamente por un tercero. En el mundo empresarial y en el marco de los procesos de división del trabajo puede resultar frecuente que el *intraeus* invoque esta circunstancia, alegando que confiaba en la veracidad de las informaciones que le suministran otros departamentos de la empresa.

Pues bien, con el fin de cerrar posibles lagunas de punibilidad el Convenio prevé en este punto dos disposiciones muy interesantes. En el art. 1. 3 señala que cada Estado miembro adoptará «las medidas necesarias para que la elaboración o el suministro intencionado de declaraciones y de documentos falsos, inexactos o incompletos», que ocasionen un perjuicio a los intereses financieros de la Comunidad, supongan una infracción penal si no son ya punibles como infracción principal, bien como complicidad, instigación o tentativa de fraude tal como ha quedado contemplada en el apartado 1. Este precepto, como puede apreciarse, intenta subsanar las posibles lagunas de punibilidad en relación con los partícipes *extraneus* en los delitos especiales contra la Hacienda pública comunitaria. El Convenio recoge en este punto una antigua recomendación de TIEDEMANN consistente en eludir los problemas de autoría que se derivan de la adopción de un modelo diferenciado de autor (por ej. no poder castigar al cómplice doloso, del *intraeus* que actúa sin culpabilidad), a través de incriminaciones específicas de parte especial, que castiguen como delito independiente estos comportamientos de complicidad⁶⁷.

Por otro lado, el art. 3 obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para permitir que los jefes de empresa o cualquier per-

⁶⁷ Vid. recientemente el propio TIEDEMANN, *La responsabilité pénale dans l'entreprise*, 263-264). Esta recomendación fue especialmente acogida en la redacción del delito de fraude de subvenciones alemán (§ 264 StGB) que se configura como un delito genérico, en casi todas sus modalidades, y que además, de modo similar al convenio castiga a quien «para la obtención de una subvención para sí o para un tercero ante la autoridad correspondiente, o ante cualquier cargo o persona competente en el proceso de tramitación de la subvención presente o facilite datos falsos o incompletos...». Sobre este particular con abundantes referencias GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, 150-151.

sona que ejerza poderes de decisión o de control, sean declarados penalmente responsables de acuerdo a los principios definidos por su derecho interno, en caso de fraude, realizado por una persona sometida a su autoridad por cuenta de la empresa. Lo que *intenta* resolver los problemas de punibilidad en relación al *intransiens* (administrador) que ha delegado en un tercero su representación ante la Hacienda pública o que, confiadamente, ha presentado, sin realizar las comprobaciones mínimas, los datos o documentos falsos que le han aportado otras instancias de la empresa. Y digo que el Convenio *intenta* resolver este problema, porque es dudoso que lo haya conseguido.

La responsabilidad del jefe de la empresa es resuelta dentro de los países de la Comunidad por vías distintas. En Francia, por ejemplo, donde se rechaza la comisión por omisión se solventa esta cuestión a partir de la responsabilidad por hechos de otro, mientras que en otros sistemas (Alemania, España, Portugal) se utiliza la comisión por omisión, sin que hasta ahora se hayan determinado con claridad los límites y el fundamento del deber de garantía del empresario y, mucho menos, los supuestos en que este deber cesa como consecuencia de la delegación de poderes⁶⁸. Por ello, el Convenio en este punto más que armonizar, recurre simplemente a la idea de asimilación⁶⁹. Pienso, no obstante, que en virtud del principio de buena fe, que rige a la hora de cumplir las obligaciones derivadas de Convenios internacionales, esta previsión debería llevar a crear una figura específica consistente en la omisión de un deber de vigilancia en la empre-

⁶⁸ Sobre estas cuestiones TIEDEMANN, *Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht. Stand, Harmonisierungstendenzen und Modellvorschläge*, (inédito) 1995, 9 y ss; el mismo, en *La responsabilité pénale dans l'entreprise*, 265-268, donde se contiene también un magnífico resumen del derecho comparado.

⁶⁹ En este sentido DELMAS MARTY (dir), *Corpus iuris*, 35: «Esta fórmula (sic. principios definidos por el ordenamiento interno) conlleva el riesgo de tener como consecuencia únicamente, en lugar de un efecto de armonización, un simple efecto de asimilación, que dejaría impunes a los jefes de empresa y a las personas con poderes de decisión (décideurs) en caso de que la infracción contra los intereses puramente nacionales no los haga penalmente responsables». En las recomendaciones efectuadas por el grupo de expertos (not. 47) expresamente se aconsejaba (R. 9) establecer la responsabilidad penal del jefe de la empresa o de cualquier persona que ejerciera poderes de decisión o control tanto a título de dolo como negligencia.

sa⁷⁰. Después se comprobará cómo el Corpus iuris establece expresamente la responsabilidad del *chef d'entreprise*.

Hasta aquí los aspectos sustantivos del Convenio, a los que el ordenamiento español se ha adaptado ya en buena medida, aunque aún no se haya producido su ratificación. En efecto, el Convenio influyó en la redacción acelerada de nuestro CP e *in extremis* se incluyeron en él una serie de tipos penales (arts. 305. 3, 306, 309 y dos faltas: 627 y 628) destinados a tutelar a la Hacienda pública comunitaria. De este modo, el fraude de subvenciones comunitarias con descripciones similares al fraude de subvenciones nacionales (art. 308 del CP), se contiene en los arts. 306 y 309 y en la falta prevista en el art. 628⁷¹. Por lo que se refiere a los ingresos –impuestos– comunitarios se asimilan a los nacionales en el art. 305. 3 y en el art. 627. No obstante, es preciso señalar que dado que la mayoría de los impuestos comunitarios son aranceles aduaneros, el castigo corresponde a los tipos penales correspondientes de la Ley de contrabando⁷². Resulta chocante que esta Ley, tramitada casi al mismo tiempo que el CP, no contenga referencia alguna al Convenio; lo ignore. Aunque este olvido no se traduce en un ámbito menor de punibilidad si nos ceñimos a los comportamientos típicos, sí que puede afectar a otros objetivos de extrema importancia del Convenio como, por ejemplo, aumentar el ámbito de aplicación del derecho español (art. 5) o facilitar la extradición y cooperación judicial. Por ello sería altamente recomendable que los delitos de contrabando, destinados a tutelar la HP comunitaria, se trasladaran al CP y fueran configurados de acuerdo con los criterios del Convenio. A la vista de las nuevas necesidades de armonización que se derivan de los Protocolos adjuntos, pienso que el legislador español debería procurar unificar todos los delitos contra la HP comunitaria en un mismo Título del CP o, mejor aún, en una Ley penal especial. Después veremos más razones que avalan esta propuesta.

⁷⁰ Vid. en este sentido NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 371; en cambio, no lo cree necesario FERRÉ OLIVÉ, *El fraude de subvenciones comunitarias*, en Jornadas de Derecho penal económico. La actividad empresarial bajo la perspectiva del nuevo Código penal. Federación Asturiana de Empresarios. Oviedo, 1996, 122.

⁷¹ Para mayores detalles FERRÉ OLIVÉ, *El fraude de subvenciones*, passim; GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, 302 y ss; NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 382 y ss; SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito de fraude de subvenciones en el nuevo Código Penal*. 1996.

⁷² Vid. NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 390 y ss.

B) *Ampliación del ámbito territorial de la ley penal, extradición, principio de non bis in idem y cooperación judicial.*

Los aspectos probablemente más interesantes del Convenio son los que se refieren al ámbito de la extradición (a), aplicación espacial de la ley penal nacional (b), cooperación judicial (c) y *non bis in idem* (d). Si los fraudes más graves son de carácter transnacional y en ellos interviene la delincuencia organizada, resulta necesario extender el ámbito territorial del Derecho interno y mejorar considerablemente los mecanismos de extradición y colaboración. Estos son sin duda los aspectos más complejos y probablemente también los que han encontrado una solución menos satisfactoria.

a) Por lo que se refiere a la extradición, el art. 5 del Convenio señala que los Estados miembros pueden negar su concesión en atención al principio de no extradición de nacionales. Las lagunas que este principio, combinado con la territorialidad de la ley penal, acarrea se solucionan en el art. 5. 1 a través de la instauración del principio de personalidad activa: todo Estado miembro debe establecer su competencia para poder juzgar al autor de la infracción nacional del Estado, que ha cometido el hecho fuera de su territorio. El art. 5. 3, por su parte, prohíbe categóricamente el que puede negarse la extradición por el solo hecho de que se trate de infracciones fiscales o aduaneras. Objeción esta que, como es conocido, es admitida en el Convenio europeo de extradición. No obstante, y aunque nada diga el Convenio sigue siendo posible denegar la extradición si el hecho es de escasa gravedad, y en consecuencia, constituye sólo una falta o un delito castigado con una pena no suficientemente grave para dar lugar a la extradición. De ahí el interés del Convenio, porque las penas, al menos en los casos de fraude grave, sean lo suficientemente importantes como para dar lugar a extradición (art. 2). Asimismo, no debe pasar desapercibido, que la extradición se ve enormemente facilitada al existir tipos penales homogéneos, en aras a cumplir con el principio de doble incriminación.

El marco jurídico de las peticiones de extradición es, aparte de los diversos Convenios bilaterales que puedan existir, el siguiente:

- Convenio Europeo de extradición de 13 de diciembre de 1957,
- Convenio de 19 de junio de 1990 de aplicación del Acuerdo de Schengen entre los países que lo han suscrito⁷³,
- Acuerdo de Donostia-San Sebastián de 1989, relativo a la simplificación y a la modernización de los modos de transmisión de demandas de extradición,
- Convenio de 10 de marzo de 1995, relativo al procedimiento de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea, que establece un procedimiento simplificado de extradición en relación a personas buscadas que hubieren sido objeto de detención preventiva⁷⁴, y
- Convenio establecido sobre la base del art. K. 3 del TUE, relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea⁷⁵.

b) Dado que el Convenio no se ha atrevido a alterar profundamente el sistema de extradición entre los Estados miembros, la solución adoptada para evitar en lo posible lagunas de punibilidad y complejos procesos de extradición ha consistido en ampliar notablemente el ámbito de aplicación espacial de la ley penal. Los párrafos segundo y tercero del art. 4. 1 obligan a los Estados a establecer su competencia sobre delitos de fraude a la Comunidad (art. 1) por el solo hecho de que una parte del comportamiento típico del delito consumado, la tentativa, la inducción o la participación se

⁷³ El Convenio de Aplicación de Schengen está en vigor desde el 26 de marzo de 1995 en siete Estados de la Unión Europea: Alemania, Bélgica, España, Francia, Holanda, Luxemburgo y Portugal. Acerca del Convenio y su relación con el Tratado de la Unión Europea vid. MORENO CATENA, *El espacio judicial y penal del Convenio de Schengen. Las medidas de investigación de delitos*, en Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, XXIII, 43 y ss). En materia de extradición el Convenio de Aplicación de 1990 señala en su art. 59 el carácter complementario de sus disposiciones en relación la Convenio Europeo de Extradición (vid. sobre las variantes que introduce DE MIGUEL ZARAGOZA, *El espacio jurídico penal del Consejo de Europa*, en CDJ, 1995, XXIII, 30-31).

⁷⁴ DOCE de 30-3-95, C núm.78, para un estudio de sus aspectos más importantes QUINTERO OLIVARES/ MORALES PRATS/ PRATS CANUT, *Curso de Derecho penal*, 147-148.

⁷⁵ DOCE de 23-10-96, núm. C 313/11. Este Convenio tiene como objetivo completar los anteriores y facilitar su aplicación entre los Estados miembros (art. 1), es más avanzado que el Convenio Europeo de extradición en lo relativo a la no extradición por delitos fiscales (art. 6) y extradición de nacionales (art. 7).

haya realizado en su territorio o el beneficio del fraude se hubiera obtenido en su territorio. En cualquier caso, y como ya sabemos, los Estados deben ser competentes para castigar a sus nacionales que hayan cometido el fraude en otro país.

Estas previsiones pueden ser trasladadas a nuestro derecho de dos formas. Bien modificando el art. 23 de la LOPJ, precepto que contiene el régimen de aplicación de la ley penal en el espacio, bien, como creo preferible, incluyendo un párrafo final, tras la tipificación de los delitos contra la Hacienda pública comunitaria, semejante al que hoy existe en el delito de blanqueo de capitales (art. 301. 4), que recoja las exigencias del Convenio en éste punto.

Ahora bien, estas modificaciones, dejan aún sin resolver un aspecto importante derivado del principio de accesoriadad en la participación: ¿qué pena, por ejemplo, habrá de imponérsele al partícipe o inductor español de un fraude cometido por un autor alemán, juzgado en ese país?, ¿habrá que determinar la pena a partir de la prevista en el CP español o, por el contrario, y en conformidad con el principio de accesoriadad, la pena habrá de ser determinada partiendo de la penalidad prevista en el CP alemán, que es la aplicada al autor?. Pues bien, para resolver estas cuestiones sería necesario incluir un precepto semejante el § 9. II del CP alemán, que regula los supuestos de inducción y complicidad desde suelo alemán en hechos cometidos más allá de sus fronteras. Según este precepto el comportamiento del partícipe o del inductor se entiende cometido tanto en el lugar en que se comete el hecho principal, como en Alemania. La pena a imponer depende de si el hecho es castigado en el ordenamiento extranjero o no, de ser este el caso la pena se determina conforme al derecho alemán. Por el contrario si la conducta es punible en el ordenamiento extranjero, las penas se determinarán conforme a aquel ordenamiento⁷⁶.

c) Pero prosigamos con el análisis del Convenio. Como puede apreciarse, el camino seguido – ampliar las competencias de cada país con el fin de evitar lagunas de punibilidad, permite que coexistan varios procedimientos abiertos en relación a un mismo caso de fraude. Y, en segundo lugar, no excluye el que en determinadas ocasiones el autor, partícipe o

⁷⁶ Vid. sobre esta cuestión NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 317.

inductor, que ya ha sufrido un procedimiento penal, se vea afectado por un ulterior proceso en otro Estado. Para solventar estas situaciones el Convenio no tiene más remedio que incidir en aspectos de cooperación judicial entre las distintas jurisdicciones y regular el principio de *non bis in idem*.

Por lo que se refiere a la cooperación judicial, el art. 6 tímidamente señala tan sólo que si un fraude afecta al menos a dos Estados miembros, estos cooperarán de manera efectiva en la investigación, en las medidas judiciales y en la ejecución de la sanción pronunciada. En su segundo párrafo establece que cuando más de un Estado tenga competencia sobre una infracción basada en los mismos hechos y pueda entablar una acción judicial viable, los países interesados cooperarán para decidir cuál de ellos enjuiciará al autor o autores de la infracción, con el fin de centralizar, si ello es posible, las diligencias judiciales en un único Estado miembro.

El valor normativo de este precepto es prácticamente nulo, por lo que el Convenio no mejora ni amplía en nada los Convenios y acuerdos que con carácter general se han tomado en el marco del Consejo de Europa y en el de la Política Común de Justicia e Interior.

Concretamente estas medidas son las siguientes⁷⁷: en el Derecho español la normativa base sobre cooperación internacional se encuentra en los arts. 276 a 278 de la LOPJ, en los arts. 177, 193 y 194 de la LECr y en el Título VI, Capítulo II del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial 5/95, sobre Aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. Por lo que se refiere al Derecho internacional, deben señalarse los siguientes Convenios aprobados en el marco del Consejo de Europa, el Título VI del TUE y el «espacio» Schengen:

- Convenio Europeo de Asistencia judicial en materia penal de 1959.
- El Convenio de Aplicación del Tratado de Schengen de 1990, que complementa al Convenio anterior (art.48) y que incluye expresamente las infracciones fiscales dentro del marco de cooperación, e incluso las sanciones administrativas.
- El Convenio europeo sobre la transmisión de procesos penales (núm.73), firmado en Estrasburgo el 15 de febrero de 1972.

⁷⁷ Para un estudio más detenido, vid. el magnífico trabajo de SALCEDO VELASCO, *Mecanismos procesales de cooperación judicial*, en CDJ, 1995, XXIII, 139-255.

Pese al alto número de instrumentos internacionales, en realidad la situación dista mucho de ser satisfactoria: el Convenio de Asistencia judicial en materia penal no es aplicable en caso de infracciones fiscales por lo que su valor es casi nulo en este punto⁷⁸, y si bien el Convenio de Schengen no contiene esta limitación, tampoco resuelve el problema, en cuanto que muchos países miembros no forman parte del mismo. Para la resolución de este importante obstáculo, habrá que esperar a la entrada en vigor del II Protocolo al CPIF, cuyo art. 6 señala expresamente que «los Estados miembros no podrán denegar la prestación de asistencia judicial en relación con el fraude, la corrupción activa o pasiva y el blanqueo de capitales por el sólo hecho de que se trate de una infracción en materia fiscal y aduanera o sea considerado como tal».

Pero los problemas no acaban aquí. Una de las cuestiones más complejas de la cooperación judicial en materia penal radica en determinar la validez de lo actuado en el Estado requerido, cuando estas actuaciones resultan disconformes en el ordenamiento del Estado requirente⁷⁹. Sobre este asunto el TS (STS de 29 de noviembre de 1989) ha señalado que si lo actuado en el país requerido viola principios y normas nacionales, aunque se haya actuado de acuerdo con la legislación de aquel país, se provoca la ilicitud y la nulidad de las actuaciones⁸⁰.

El Proyecto de II Protocolo adjunto al CPIF presentado por la Comisión⁸¹ contenía decisivas innovaciones en esta materia que desgraciadamente no aparecen en el texto definitivo. Piensen, por ejemplo, que en su Título VI se regulaba la posibilidad de una única instrucción ante determinados casos de fraude. Otros preceptos (arts. 10. 4 y 12. 2) resolvían el problema al que acabamos de referirnos indicando respectivamente que «los hechos legalmente establecidos en un Estado miembro constituirán en todos los demás Estados miembros elementos de prueba admisible, en las mismas condiciones que los hechos establecidos de conformidad con el Derecho nacional» y que «los Estados miembros reconocerán recíproca-

⁷⁸ Vid. DE MIGUEL ZARAGOZA, *El espacio jurídico penal del Consejo de Europa*, 31.

⁷⁹ Ejemplo: Un juez español a través de una comisión rogatoria solicita la interceptación de llamadas telefónicas en un país cuyo ordenamiento contiene garantías menores a las establecidas por la LECr y el TC.

⁸⁰ Sobre estas cuestiones vid. SALCEDO VELASCO, *Mecanismos procesales de cooperación judicial*, 197 y ss; DELMAS MARTY (dir), *Corpus iuris*, 25 y 141.

mente la validez de los actos ejecutados de conformidad con las normas nacionales de procedimiento antes de la centralización de las diligencias».

d) El Convenio recoge el principio de *non bis in idem* en su art. 7, prohibiendo que una persona contra quien se haya dictado sentencia firme en un Estado miembro sea perseguida en otro Estado por los mismos hechos, siempre y cuando en caso de condena, la sanción se haya cumplido o esté en curso de ejecución o no pueda ser ejecutada según la ley del Estado que la dictó. Esta regulación debe interpretarse en conexión con la Convención del Consejo de Europa sobre el principio de *ne bis in idem* (Bruselas, 15 de mayo de 1987) y el Acuerdo tomado en Bruselas el 25 de mayo de ese mismo año sobre la aplicación del principio en el espacio comunitario⁸². Tal interpretación aclara el desafortunado párrafo final de este precepto que parece reducir el *non bis in idem* a los supuestos de sentencia condenatoria⁸³, en el sentido de que también las sentencias absolutorias por los mismos hechos impiden la apertura de un nuevo proceso⁸⁴. El segundo apartado de este precepto permite que los Estados miembros en el momento de la firma, puedan declarar su no vinculación al principio cuando los hechos a los que se refiera la sentencia extranjera hubieran tenido lugar total o parcialmente en su territorio, constituyen un delito contra la seguridad u otros intereses igualmente esenciales del Estado o han sido cometidos por un funcionario público del Estado miembro. De nuevo, en este punto las reservas coinciden con las que se prevén en el Convenio del Consejo de Europa, aunque quizás en el marco de la protección penal de los intereses financieros, carecen de sentido⁸⁵.

⁸¹ DOCE de 20-3-96, C 83/10.

⁸² Sobre el reconocimiento del principio de *ne bis in idem* por los ordenamientos comunitarios en el caso de condenas dictadas por un tribunal extranjero, vid. SCHEMERS, *Non bis in idem. Du droit international au droit de l'integration*. Liber Amicorum Pierre Pescatore. Baden Baden. 1987.

⁸³ Vld. DANNECKER, *Strafrechtlicher Schutz der Finanzinteressen*, 603; NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 380.

⁸⁴ Para más detalles GRASSO, *Comunidades europeas y derecho penal*. (Trad. García Rivas). Universidad de Castilla-La Mancha. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. 1993, 69 y ss. Sobre la normativa internacional del principio vid. también PRALUS, *Étude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem: non bis*, en Rev. sc. crim (3) juill-sept, 1996, 559 y ss.

⁸⁵ Vid. nuevamente GRASSO, *Comunidades europeas*, 70-71.

Y hasta aquí la regulación de este trascendental Convenio. A modo de conclusiones finales merecen destacarse que si bien parece aceptable la armonización conseguida en el marco de la descripción de las conductas y de las penas, no puede decirse que haya establecido un sistema racional y completo en el resto de los aspectos, especialmente en la cooperación penal. Para calibrar la eficacia final del Convenio, al igual que la de los Protocolos, es preciso tener presente que las cuestiones relativas a su interpretación y aplicación por parte de los países miembros se resuelven en primer lugar, por «vía política», mientras que el TJCE sólo puede intervenir subsidiariamente y a petición de algún Estado miembro. Lo cual hace más que cuestionable que se consiga finalmente el grado de armonización deseado, sobre todo si se piensa en la complejidad de algunas de sus disposiciones.

VII. LOS PROTOCOLOS ADJUNTOS AL CONVENIO

Las disposiciones del Convenio de 1995 se han completado con dos Protocolos adjuntos, el de 27 de septiembre de 1996 que se refiere a la responsabilidad penal de los funcionarios públicos comunitarios y nacionales por conductas que causen o puedan causar un perjuicio patrimonial a los intereses financieros de las Comunidades (Protocolo I)⁸⁶. Y el Protocolo de 19 de junio de 1997, que contiene disposiciones de sumo interés, entre las que cabe destacar la consagración del principio de responsabilidad de las personas jurídicas y la obligación de extender el delito de blanqueo de capitales a los productos del fraude a los intereses financieros de la Comunidad (Protocolo II). Con todo, comparado con el Proyecto de Protocolo presentado por la Comisión, el texto final resulta un tanto

⁸⁶ En 1976 se elaboró ya un Proyecto de Tratado relativo a la responsabilidad y a la tutela penal de los funcionarios de las Comunidades (DOCE 22-9-1976, C 222/ 2 y ss), que preveía la asimilación de los funcionarios comunitarios en relación a los tipos de revelación de secretos, cohecho, falsedades documentales y malversación. Para más detalles sobre el mismo vid. GRASSO, *Comunidades europeas y derecho penal*, 249 y ss. Con carácter general sobre el status jurídico de los funcionarios europeos CUERDA RIEZU, *La conflictiva relación entre el Derecho comunitario y el Derecho penal*, 290-291.

decepcionante, sobre todo en lo referente a la mejora de la cooperación judicial⁸⁷ y a la capacidad del TJCE para conocer con carácter prejudicial de las cuestiones relativas a la interpretación del Protocolo o su aplicación, mucho más progresiva incluso que las nuevas disposiciones del art. K. 7 elaboradas por el Tratado de Amsterdam⁸⁸.

A) *El Protocolo de 27 de diciembre de 1995.*

Este Protocolo obliga básicamente a asimilar a los funcionarios nacionales los funcionarios comunitarios y los de otros Estados miembros a efectos del delito de cohecho (corrupción) tanto activo como pasivo, cuando la ventaja que se requiera, acepte, prometa o entregue tenga como objetivo que el funcionario omita o realice un acto de su competencia, de modo contrario a los deberes oficiales, que cause o pueda causar un perjuicio a los intereses financieros de la Comunidad⁸⁹. A estos efectos el Con-

⁸⁷ En este punto, no obstante, al no tener la Comisión capacidad de iniciativa de acuerdo con el apartado 2 del art. K. 3, el Proyecto tenía únicamente la virtualidad de someter a la reflexión del Consejo las propuestas de la Comisión.

⁸⁸ Vid. *supra*.

⁸⁹ Concretamente éstas son las disposiciones:

Art. 2. Corrupción pasiva.

- «1. A efectos del presente Protocolo constituirá corrupción pasiva el hecho intencionado de que un funcionario directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o no cumplir de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función, que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades europeas.
2. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que las conductas a que se refiere el apartado 1 se tipifiquen como infracciones penales».

Art.3. Corrupción activa.

- «1. A efectos del presente Protocolo constituirá corrupción activa el hecho intencionado de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario para éste o para un tercero, para que cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función que cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades Europeas.
2. Cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para garantizar que las conductas a que se refiere el apartado 1 se tipifiquen como infracciones penales».

venio ofrece una definición autónoma de funcionario comunitario (art. 1. 1. b)⁹⁰ y respeta los respectivos conceptos nacionales, en lo referente a sus propios funcionarios y a los de otros países miembros. Esto es: un funcionario portugués, sólo podría ser considerado funcionario a los efectos del CP español si encaja dentro del concepto de funcionario que ofrece el art. 24. 2.

Las penas a aplicar deben tener en todo caso naturaleza penal, y en los casos graves⁹¹, la pena impuesta al autor, partícipe o inductor, deben ser penas privativas de libertad que puedan dar lugar a extradición (art. 5. 1)⁹². La imposición de esta sanción penal como aclara el segundo párrafo del art. 5. 1: «no obstará al ejercicio de los poderes disciplinarios de las autoridades competentes contra los funcionarios nacionales o comunitarios». Si bien, en la imposición de la sanción penal los órganos judiciales podrán tener en cuenta, según los principios de su Derecho nacional, cualquier sanción disciplinaria que ya hubiese sido impuesta a la misma persona por la

⁹⁰ Art. 1. Definiciones.

A efectos del presente Protocolo se entenderá por

1.

a)...

b) funcionario comunitario:

- toda persona que tenga la condición de funcionario o agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas.
- Toda persona puesta a disposición de las Comunidades Europeas por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de las Comunidades Europeas.

Se asimilarán a los funcionarios comunitarios los miembros de los organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades Europeas no les sea aplicable.

⁹¹ Casos graves que aunque nada diga el Protocolo, a través de una interpretación sistemática con el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad, son aquellos en que la cuantía del fraude supere los 50.000 ecus.

⁹² Criticamente sobre esta forma de establecer penas en relación a partícipes, que ya aparecía en el CPIF, NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 374.

misma conducta⁹³. Obsérvese, en este punto, que el Convenio identifica el principio de *non bis in idem*, con el principio de proporcionalidad, lo cual ya venía haciendo en materia de competencia desde la sentencia *Wilheim*⁹⁴.

El art. 4 del Protocolo requiere que todas las cualificaciones del delito de cohecho aplicables a los funcionarios nacionales sean de aplicación a los comunitarios. E igualmente que si existen en el Derecho penal interno agravaciones en el caso de que el autor sea un ministro, miembro de las Cámaras de representantes o juez sean de aplicación a los casos en que el autor es un miembro de la Comisión europea, del Parlamento Europeo, del TJCE o del Tribunal de Cuentas.

Las cuestiones de competencia, especialmente delicadas cuando se trata de enjuiciar a funcionarios⁹⁵, se resuelven del siguiente modo (art. 6). Cada Estado miembro debe ser competente para enjuiciar los delitos de cohecho a que se refiere el Protocolo cuando:

– La infracción se cometa, total o parcialmente, en su territorio (territorialidad). De este modo, por ejemplo, deberá castigarse al español que intenta corromper, desde nuestro suelo, a un funcionario portugués. O al funcionario español, que solicite una ventaja desde España a un ciudadano portugués. E igualmente, al empresario español que intenta sobornar a los inspectores de la Comisión que realizan controles *in situ* o al funcionario de la Comisión que solicita una ventaja de una empresa española a la que investiga.

– El autor sea uno de sus nacionales o haya sido cometida –en los casos de cohecho activo– contra un funcionario que sea igualmente nacional del estado miembro (personalidad activa y pasiva). Es decir: el ordenamiento nacional debe ser competente para casti-

⁹³ Los funcionarios comunitarios pueden ser objeto de sanciones disciplinarias previstas en el art. 86 del Estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas. Sobre la dudosa compatibilidad con el principio de *non bis in idem* de sanciones disciplinarias y penales, en el caso de funcionarios públicos, vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal.PE*, 11ª ed. Valencia. 1995, 833-834.

⁹⁴ Vid. NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 161 y ss.

⁹⁵ Por ello, el último párrafo del art. 6 permite a los Estados firmantes que puedan realizar reservas a casi todas estas normas de competencia. Si éstas son muy numerosas se habrá frustrado en gran parte el objetivo del Convenio.

gar al español que en Bruselas intenta sobornar a un funcionario de la Comunidad. O, inversamente, para castigar al funcionario comunitario de nacionalidad española, que fuera de nuestro país, solicite cualquier ventaja.

– Finalmente, se indica que cada Estado miembro deberá ser competente para castigar estos delitos si el autor es un funcionario de la Comunidad al servicio de una institución de las Comunidades europeas o de un organismo creado de conformidad con los tratados constitutivos, que tenga su sede en el Estado miembro de que se trate⁹⁶.

De este Protocolo, y pasando al plano de las consideraciones, lo primero que interesa destacar es su acierto político criminal. Pues como se ha indicado, uno de los peligros más significativos de la criminalidad organizada es su enorme poder corruptor y, por otro lado, la realidad demuestra además cómo frecuentemente los funcionarios nacionales o comunitarios están implicados en casos de fraude. Es sorprendente, no obstante, el que se haya pensado que únicamente las conductas relacionadas con el cohecho pueden ser idóneas para perjudicar a los intereses financieros de la Comunidad. No veo, en este sentido, las dificultades que hayan podido existir para no asimilar también los funcionarios comunitarios en relación a otras infracciones como el delito de malversación de caudales públicos⁹⁷ o prevaricación (vgr. cuando se concede una subvención o ayuda indebidamente).

Por lo que se refiere a su adaptación en el Derecho español, ésta no resulta tan sencilla como a primera vista parece. En efecto, los tipos españoles de cohecho hacen depender su penalidad del tipo de comportamiento que el funcionario público debe realizar como consecuencia del delito de cohecho y, en este sentido, alguna de las penalidades previstas no son lo suficientemente graves para dar lugar a la extradición tal como requiere el art. 5 del Protocolo. Por ello estimo que lo más sencillo resultaría crear figuras especiales de cohecho en perjuicio de los intereses financieros de la Comunidad, en conformidad con las conductas descritas en los arts. 1 y

⁹⁶ Ejemplo: los funcionarios de la Oficina Europea de patentes, con sede en Alicante.

⁹⁷ Vid. supra not. 6.

2 del Protocolo, que debieran situarse, por razón de su especialidad, en el Título XIV del CP o, como creo aún más conveniente, en la Ley penal especial destinada a tutelar la HP comunitaria.

B) *El Protocolo de 19 de junio de 1997.*

El Protocolo, como ya indiqué, se ocupa de las siguientes materias:

1. El blanqueo de los bienes producto del fraude y de la corrupción activa o pasiva.

El art. 2 del Protocolo requiere que todo Estado miembro adopte las medidas necesarias para que se tipifique como infracción penal el blanqueo de capitales de los beneficios del fraude y de corrupción activa o pasiva al menos en los casos graves. La conducta típica del blanqueo de capitales no es descrita expresamente, remitiéndose el Protocolo a la definida en la Directiva 91/308/CEE del Consejo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales.

El art. 301 del CP, conformado a partir de la mencionada Directiva así como otras normas internacionales, castiga el blanqueo de capitales de bienes que tengan su origen en un delito grave, lo cual deja fuera de su ámbito los delitos contra la Hacienda pública y la mayoría de los delitos de cohecho. Los problemas de adaptación se solventarían con que el art. 301 remitiera expresamente a los delitos contra la Hacienda pública comunitaria correspondientes. Este sistema de remisión, que es el que por ejemplo sigue el nuevo § 211 StGB, responde mejor a las exigencias del principio de determinación, por lo que su uso sería recomendable con carácter general.

2. La responsabilidad de las personas jurídicas.

La responsabilidad de las personas jurídicas se articula por el Protocolo en torno a dos infracciones distintas. La primera de ellas (art. 3. 1) obliga a cada Estado miembro a adoptar las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por inducción, complicidad en actos de fraude (art. 1 del Convenio de 26 de julio de 1995), corrupción activa (art. 3 del Protocolo de 27 de septiembre de 1996) y blanqueo de capitales, cuando la comisión de estos delitos o una tentativa de fraude se haya realizado en su provecho.

Las sanciones a imponer por esta infracción no tiene por qué revestir necesariamente naturaleza penal (art. 3). Lo importante, más que su *nomen iuris*, son sus contenidos: a) multas penales o administrativas efectivas, proporcionales y disuasorias, b) exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, c) prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales, d) vigilancia judicial, e) medida judicial de disolución.

La responsabilidad de la persona jurídica depende de dos condiciones, primera, que la infracción haya sido cometida en su provecho y, segunda, que la persona natural que haya actuado, bien a título individual o como parte de uno de sus órganos, desempeñe un cargo directivo en la entidad (art. 3. 1). En concreto, se entiende que existe un cargo directivo cuando: (a) la persona natural ostenta un poder de representación de la persona jurídica, (b) tiene autoridad para adoptar decisiones en su nombre (c) o ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica.

La segunda infracción se configura como una falta del deber de vigilancia por parte de alguna de estas personas que haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad cometa un acto de fraude, corrupción activa o blanqueo de capitales, en provecho de la persona jurídica. El Protocolo (art. 4. 2) no señala expresamente en este caso las sanciones a imponer, contentándose con recordar que deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Finalmente, el Protocolo establece que la responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de alguna de estas infracciones, se entiende sin perjuicio de las acciones penales entabladas contra las personas físicas que sean autoras, instigadoras o cómplices del fraude, corrupción activa o blanqueo de capitales.

El II Protocolo, pasando al plano de las consideraciones, ha optado por la vía del pragmatismo en relación al castigo de personas jurídicas. A diferencia de la propuesta de la Comisión que exigía el carácter penal de las sanciones en relación a la primera infracción señalada⁹⁸, al protocolo le es indiferente la naturaleza jurídica de la sanción, incluso en la infracción

⁹⁸ En efecto, el art. 2 de la propuesta de la Comisión indicaba: «Las personas jurídicas incurrirán en *responsabilidad penal* por las infracciones fraudulentas que se cometan por su cuenta».

consistente el deber de vigilancia habla más genéricamente de sanciones o medidas. La renuncia a no superar expresamente el principio de irreponsabilidad penal de las personas jurídicas constituye un acierto. La discusión sobre el carácter penal de las sanciones a imponer a las personas jurídicas empieza a ser, en mi opinión, un tanto estéril. Pues, si observamos los distintos sistemas penales resulta que en la mayoría de ellos se prevén sanciones o medidas de contenido semejante, pero de distinto *nomen iuris* para las personas jurídicas. Por tanto y de facto en los ordenamientos europeos se está procediendo expresa o implícitamente una superación de dicho principio. El nuevo Código penal español ha optado, como es sabido, en su art. 129 por considerarlas consecuencias accesorias, mas estas consecuencias materialmente no son distintas a las sanciones penales que se prevén en el nuevo CP francés. ¿Dónde radica entonces la importancia de la cuestión?, pues, sin duda, en la decisión acerca de las garantías que deben respetarse para imponer una sanción a una persona jurídica. Y es que en la situación descrita la principal consecuencia que tiene no calificar de penales a las sanciones a imponer a las personas jurídicas, es que decrece la intensidad y el número de principios garantistas a aplicar. Por ello lo decisivo hoy, según creo, es luchar por que las personas jurídicas también se beneficien de estos principios. Lo cual puede suceder tanto si la sanción es calificada como penal, como si se le asigna cualquier otra naturaleza pero se requiere su aplicación, tal como ocurre en nuestro país en el ámbito del derecho sancionador administrativo. Desde esta perspectiva, en cualquier caso, lo que resulta absolutamente incongruente es utilizar como argumento en contra de la responsabilidad penal de la persona jurídica el posible perjuicio que con ello se ocasiona a los socios inocentes. Si la persona jurídica va a ser sancionada, lo que de verdad debe preocupar a los socios, es la «estafa de etiquetas» que imposibilita la aplicación de los principios garantistas del Derecho penal⁹⁹.

Es verdad, que algunos principios penales, como el de culpabilidad, y la mayoría de las estructuras de imputación, de justificación o exculpación no han sido configurados pensando en las personas jurídicas. Pero

⁹⁹ En sentido similar ARROYO ZAPATERO, *Derecho penal económico y Constitución*, en Revista penal núm.1, julio de 1997, 14.

esta circunstancia no justifica su inaplicación, sino como acertadamente ha señalado el TC en su sentencia 246/ 1991, la necesidad de adaptarlos introduciendo los matices que resulten necesarios. De este modo, en la decisión citada el Alto tribunal fundamenta el principio de culpabilidad en relación a las personas jurídicas en no estimular un riguroso cumplimiento de las normas por parte de sus empleados. En una línea muy similar TIEDEMANN ha propuesto el criterio de «culpabilidad de organización», a tenor del cual el fundamento del reproche radica en no crear los controles internos oportunos para evitar la comisión de delitos por parte de sus miembros¹⁰⁰. Esta construcción tiene el mérito de que por primera vez crea una responsabilidad penal propia de la persona jurídica y no vicaria. La jurisprudencia del TJCE y las decisiones de la Comisión apuntan igualmente un concepto de culpabilidad similar al que se acaba de enunciar¹⁰¹ e igualmente algunas decisiones judiciales relativas al nuevo CP francés¹⁰².

Este intento me parece esencialmente correcto en cuanto que es sumamente útil para empezar a generar la PG del derecho sancionador de las personas jurídicas. Por ahora, considero que ya es útil para explicar por qué no se conculca el principio de *non bis in idem* cuando se sanciona conjuntamente a la persona natural y a la persona física que actúa en su nombre¹⁰³. La teoría de la culpabilidad de organización es un criterio que también resulta válido para señalar las causas de exclusión de la culpabilidad. Al igual que ocurre en derecho penal de las personas naturales, estas se deberá fundamentar en aquellas circunstancias que provocan que la empresa no pueda alcanzar un grado normal de organización.

¹⁰⁰ Cfr. TIEDEMANN, *Die Bebussung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, en NJW, 1988, 1174 y ss.

¹⁰¹ Cfr. DANNECKER, *Sanciones y principios de la Parte general del derecho de la competencia en las Comunidades europeas*, en *Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid, 1995, 56; NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 209. Vid. también DANNECKER, *La responsabilité pénale dans l'entreprise*, en Rev. sc. crim. (2) avril-juin, 1997, para un resumen de los diversos intentos de la doctrina alemana tendentes a justificar la responsabilidad de las personas jurídicas, 284-285.

¹⁰² Vid. COURET, *Les propositions «Espace judiciaire européen» confrontées à la situation en France*, en Rev. sc. crim. (2) avr-juin, 1997, 306.

¹⁰³ Cfr. SCHÜNEMANN, *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, 591.

Igualmente este fundamento arroja bastante luz a la hora de decidir uno de los aspectos centrales del Derecho sancionador de las personas jurídicas: el círculo de personas naturales cuya actuación puede dar lugar a responsabilidad. A la hora de abordar esta cuestión existen dos grandes bloques legislativos. En un extremo se encuentran aquellos países (Francia, Portugal) que únicamente derivan la responsabilidad de la persona jurídica, cuando han actuado sus representantes legales. En el otro extremo aquellos derechos en los que la responsabilidad de la empresa puede derivarse de cualquier persona que actúe en su nombre. Un modelo intermedio limita la responsabilidad a aquellos casos en que pueda decirse que la persona natural tiene un cierto poder de decisión¹⁰⁴. Como puede apreciarse, el Protocolo ha optado por este camino intermedio, pues al lado de los administradores, personas que ostentan legalmente el poder de representación de la entidad, también pueden generar la responsabilidad de la persona jurídica cualquier persona que tenga autoridad para adoptar decisiones o ejercer el control. En definitiva, con ello se ha seguido un criterio material en el cual lo decisivo, más que el cargo que en concreto ostente la persona natural, es su efectivo poder en el seno de la entidad. Esta tendencia se observa en el Derecho sancionador comunitario de la competencia, en el que a la empresa no sólo se le imputan las acciones de sus órganos y representantes legales, sino la de todos aquellos que actúan por su cuenta¹⁰⁵. Semejante criterio me parece el correcto atendiendo al principio culpabilidad de organización. Pues si en virtud de la estructura interna de la persona jurídica es posible que personas distintas a los administradores (por ej. debido a una delegación de poderes) tomen decisiones, no hay razón alguna para restringir la responsabilidad de la empresa.

En el marco de la regulación del Protocolo un aspecto necesitado de explicación es la relación entre la infracción principal y la consistente en la infracción de un deber de vigilancia por parte de la persona jurídica.

¹⁰⁴ Para un resumen del derecho comparado TIEDEMANN, *La responsabilité pénale dans l'entreprise*, 270-271. y, con mayor amplitud, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, en RIDPP, 1995, 615 y ss.

¹⁰⁵ Vid. sobre estas cuestiones más detenidamente y con referencias NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 210 y ss.

La existencia de ambas infracciones se explica por haber acogido el Protocolo el «sistema alemán» de responsabilidad de las personas jurídicas, que se contiene en el § 30 OWiG. A tenor de los cuales la responsabilidad de la persona jurídica puede derivarse, cuando determinadas personas naturales en el seno de la empresa (*managers*), han realizado el comportamiento con el fin de enriquecer a la empresa (= art. 3. 1 del Protocolo) o han omitido un acto de vigilancia o control relativo a la empresa, considerándose que el deber de vigilancia más importante es el que se refiere a impedir actos delictivos en el interior de la empresa¹⁰⁶. En el derecho francés la responsabilidad penal de la empresa se reduce a aquellos casos en los que la persona natural actúa en su interés¹⁰⁷.

La noción de «culpabilidad por organización» me parece fructífera en orden a explicar la relación entre las diversas infracciones: siempre que el hecho delictivo se comete en favor de la persona jurídica por parte de un directivo cabe suponer que existe ya *de facto* una culpabilidad de organización. Pues si los responsables últimos de establecer los controles para que en el interior de la asociación no se cometan hechos delictivos realizan un comportamiento típico, todo hace suponer la ausencia de condiciones en el marco de la entidad que impidan la realización de comportamientos delictivos. Por el contrario, cuando el comportamiento delictivo es realizado por un subordinado sí que es necesario probar que éste se debe expresamente a una ausencia de vigilancia o

¹⁰⁶ Este deber de vigilancia de las personas físicas se establece en el § 130 OWiG, que establece sanciones administrativas en caso de infringirlo. Obsérvese, por tanto, que en el derecho alemán la infracción del deber de vigilancia da lugar a una doble responsabilidad, de personas naturales ex § 130 OWiG, y de la propia persona jurídica ex § 30 OWiG. Vid. ACHENBACH, *Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán*, en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal, Libro Homenaje a Klaus Roxin* (ed. Silva Sánchez), 1995.

¹⁰⁷ La determinación de cuándo ésto tiene lugar está causando algún problema en la jurisprudencia y doctrina francesa, vid., para los primeros casos de aplicación en la práctica, VICHNIEVSKY, *Bilan sommaire de la mise en oeuvre de la répression à l'encontre des personnes morales*, en *Rev. sc. crim* (2), avr-juin 1996, 289 y ss; en lo referente a la situación doctrinal DELMAS MARTY, *La responsabilité des personnes morales*, en *Revue des sociétés*, 1993, 302 y 304.

control¹⁰⁸. O dicho de otro modo, la primera infracción podría entenderse en realidad como un tipo agravado por denotar una absoluta falta de control dentro de la empresa.

La adaptación de las disposiciones del Protocolo, en este punto, a nuestro ordenamiento resultan ciertamente complejas. Pues pese a que el Protocolo ha optado por no requerir la responsabilidad penal de la persona jurídicas, algunos de sus contenidos son extraños tanto a nuestra tradición legislativa como jurisprudencia. Así, en primer lugar, cabe mencionar la restricción de la responsabilidad de la persona jurídica a los actos cometidos en su provecho por personas naturales que ostenten un cargo directivo. Y es que si bien en nuestro ordenamiento es conocida ampliamente la responsabilidad de la persona jurídica en el derecho sancionador administrativo, este criterio de limitación de su responsabilidad es, por lo que alcanzo a ver, desconocido.

En este punto es necesario además advertir del error que el legislador español cometería si decidiese que para adaptarnos al Protocolo basta con que a las personas jurídicas, en casos de fraudes a la Comunidad, cohecho o blanqueo, le sean de aplicación las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 del CP. El Protocolo habla, al menos en lo que se

¹⁰⁸Tal como está redactado el art. 3. 2 del Protocolo («...cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 *haya hecho posible* que cometa un acto de fraude, corrupción activa...una persona sometida a la autoridad de esta última») me parece necesario demostrar la existencia de una relación causal entre la falta de vigilancia y el comportamiento delictivo.

En este último aspecto el Protocolo no ha seguido la senda de la experiencia alemana. En el § 130 de la OWiG –en relación a la infracción del deber de vigilancia de los directivos– el legislador ha decidido recientemente (Segunda ley para la lucha contra la criminalidad medioambiental de 27-6-94) no considerar necesario demostrar que de no haber tenido lugar la falta de vigilancia, no se hubiera realizado probablemente el comportamiento penal. En la actualidad el tipo penal se contenta con que la infracción del deber de vigilancia haya aumentado el riesgo. Con ello se acoge la propuesta de SCHÜNEMANN (*Cuestiones básicas de dogmática jurídico penal y de política criminal de la criminalidad de la empresa*, en ADPCP, 1988, 550 y s), según la cual la mayor operatividad de este precepto pasaba por configurarlo como un delito de peligro abstracto concreto, según el cual debía bastar un nexo normativo –según la teoría del incremento del riesgo– entre la infracción del deber de vigilancia y el delito (vid. además MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia, 1998, 213).

refiere a la primera infracción, de sanciones penales o administrativas e igualmente suministra un criterio de imputación, el relativo al círculo de personas naturales que origina la responsabilidad, que es completamente extraño a la regulación de consecuencias accesorias prevista en el Código.

Puede resultar, por último, complicado articular el castigo de personas jurídicas a título de inductores o de cómplices en el fraude tanto de una persona jurídica como otra natural¹⁰⁹. No obstante, esta previsión no resulta del todo desconocida en nuestro ordenamiento. La Ley de Defensa de la competencia en su art. 8 contiene un precepto que viene a castigar una especie de inducción de la sociedad matriz a la filial¹¹⁰.

En suma, estas disposiciones suponen, al menos en el supuesto del ordenamiento español, un reto importante para todos los operadores jurídicos. La necesidad de cumplir con el Protocolo en este punto aconseja que como venimos manteniendo los delitos e infracciones contra la Hacienda pública comunitaria se incluyan en una Ley penal especial, en la cual el legislador podría prever la responsabilidad, a través de sanciones administrativas, de las personas jurídicas conforme a los criterios exigidos por el Protocolo, que, como hemos visto, en algunos puntos resultan extraños a nuestra tradición jurídica. Es más por razones de economía procesal, pero también de eficacia, lo aconsejable sería que el Tribunal penal que conozca de los casos de fraude, corrupción o blanqueo de personas naturales, pueda imponer la correspondiente sanción a la persona jurídica.

3. La confiscación

La confiscación pena o pseudopena¹¹¹ que ha sido tradicionalmente un apéndice sin demasiada importancia del sistema de consecuencias jurídicas¹¹² resulta un instrumento imprescindible para la lucha contra la cri-

¹⁰⁹ Art. 3: «Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para considerar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables.

2. ...por complicidad o instigación de dicho fraude, corrupción activa o blanqueo de capitales o por tentativa de cometer dicho fraude».

¹¹⁰ NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 216 y ss.

¹¹¹ Acerca de su naturaleza jurídica vid. MANZANARES SAMANIEGO, *El comiso*, en COBO (dir), *Comentarios a la legislación penal*, Tomo V. 1º, 1983, 409 y ss.

¹¹² Vid. LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1991, 115.

minalidad organizada¹¹³. Por ello el art. 5 del Protocolo obliga a cada Estado miembro a adoptar las medidas necesarias para que pueda procederse al embargo, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, a la confiscación o retirada de los medios y los productos del fraude, la corrupción activa y pasiva y el blanqueo de capitales. Entendiendo por productos no sólo los efectos del delito, sino también los bienes en que se hayan podido convertir.

La traslación de este precepto a nuestro sistema penal no resulta complicada, por cuanto que el art. 127 del CP regula en parecidos términos el comiso, como consecuencia accesoria. La confiscación tal como viene establecida en el art. 5 del Convenio, sea o no criticable este aspecto, se configura más como una pena que como una verdadera consecuencia accesoria ya que parece condicionarse su imposición a la existencia de un fraude, corrupción activa o pasiva y blanqueo culpable. Lo que se corresponde con el art. 127 del CP que requiere la imposición de una pena —es decir, estar ante un hecho culpable y punible— para que proceda el comiso.

VIII. UN ESPACIO JUDICIAL EUROPEO ÚNICO: EL CORPUS IURIS

Habrà podido comprobarse como el CPIF y sus protocolos se inspiran en la siguiente idea: la lucha contra el fraude en el interior de la Comunidad ha de hacerse a través de dos instrumentos: primero, la armonización o aproximación de los tipos penales nacionales, acompañada en su caso de una armonización de la PG en aquellos aspectos que resulten imprescindibles para garantizar una aplicación homogénea y, segundo, el perfeccionamiento paulatino de los mecanismos de cooperación judicial y policial tradicionales. Probablemente, además, a la vista del arsenal de normas y disposiciones que acaban de estudiarse, se tenga la impresión de que se ha creado ya un marco jurídico eficaz en la lucha contra el fraude.

¹¹³ Vid. no obstante sobre el particular, señalando sus limitaciones y contraindicaciones HUND, *Ist die Sicherung illegaler Gewinne die «Achillesferse» der Organisierten Kriminalität?*, en ZRP/ 1, 1996, 1 y ss. En nuestra doctrina sobre el comiso en relación a la criminalidad económica vid. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, en Revista Penal núm.1, 1997, 43 y ss.

Pues bien, no estoy seguro de que ello sea así. O al menos, no están nada seguros de que así sea, lo cual obviamente es mucho más importante, un grupo de juristas de primer orden que colaboran frecuentemente con la Comunidad europea en lo relativo a la lucha contra el fraude¹¹⁴. Para los redactores del documento cuyas líneas maestras vamos a estudiar seguidamente¹¹⁵, el Corpus iuris, la vía de la armonización unida a la mejora de la cooperación que se pretende a través de los Convenios y Protocolos elaborados sobre el Título VI del Tratado de la Unión resulta excesivamente compleja y lenta, en cuanto que convierte la tramitación de estos procesos un auténtico galimatías jurídico difícil de desentrañar en muchos aspectos. La experiencia de los Convenios del Consejo de Europa enseña además que no es impensable el que nunca lleguen a entrar en vigor. No se olvide, tampoco, que estos convenios y protocolos pueden ser en algunos aspectos objeto de reservas y que al no desempeñar el TJCE un papel prioritario en su interpretación, los efectos de la armonización a la postre pueden no ser satisfactorios¹¹⁶.

Ante esta situación, este grupo de autores ha realizado una propuesta, el Corpus iuris, bajo los auspicios de la Comisión y el PE. Texto legal que viene a ser un Código penal y procesal común europeo, reducido a la protección de los intereses financieros de la Comunidad. No obstante, más allá de su importancia en relación a la protección de los intereses financieros, esta propuesta contiene un modelo alternativo a la cooperación/armonización: la unificación. La idea básica del Corpus iuris no está muy lejos del modelo de derecho penal de los EEUU: se trataría de crear un serie de delitos comunitarios (euro-crímenes), semejantes a los delitos federales, cuyo enjuiciamiento e instrucción se realizaría de acuerdo a unas normas

¹¹⁴ El Corpus iuris ha sido elaborado por un grupo de expertos compuesto por los Profesores: Bacigalupo, Grasso, Tiedemann, Jareborg, Spinellis, Van den Wyngaert, Delmas-Marty, Spencer.

¹¹⁵ Para una visión de conjunto vid. igualmente SICURELLA, *Vers un espace judiciaire européen: un Corpus iuris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, en Rev. sc. crim. (2) avr-juin 1997, 363 y ss.

¹¹⁶ Vid la Exposición de motivos del Corpus iuris, 13 y ss, donde se resaltan los aspectos insatisfactorios y dificultades que presentan tanto la vía de la asimilación, la cooperación y la armonización de los derechos nacionales.

comunes y con la intervención de una autoridad federal. Al lado de este Derecho penal federal, perviviría el Derecho penal y procesal de cada Estado.

a) *Parte Especial*

En su parte primera el Corpus iuris contempla una serie de tipos penales, concretamente ocho, destinados a tutelar la Hacienda pública comunitaria de un modo más completo que el que hasta ahora se ha efectuado. Además del fraude de subvenciones y del delito fiscal, figuras que unifica en su art. 1¹¹⁷, el cohecho activo y pasivo en perjuicio de la Comunidad (art. 3) y el blanqueo de capitales (art. 7), la PE del Corpus iuris contiene cinco tipos penales más:

– La alteración del precio en subastas públicas (art. 2). Figura que se considera imprescindible para proteger a la HP comunitaria frente a conductas como el acuerdo entre los postores, las amenazas, el engaño o el acuerdo con el funcionario encargado de la adjudicación de la subasta.

– El delito de malversación de caudales públicos comunitarios (art.5).

– La prevaricación (art. 4. 1 a), ceñida a la concesión ilícitamente de un beneficio fiscal o subvención, y el fraude (art. 4. 1. b) que castiga de forma semejante al art. 436 del CP español, la intervención directa o indirecta de un funcionario público en la concesión de una subvención, ayuda o exoneración de derecho a una empresa o en una operación en la cual tenga un interés personal¹¹⁸.

¹¹⁷ El Corpus iuris (47-51) considera en este punto que no tiene demasiado sentido la distinción entre las figuras de fraude de subvenciones y fiscal. A diferencia del CPIF configura esta infracción como un tipo de peligro, castiga la imprudencia grave y prevé la posibilidad de regularización.

Muy críticamente en contra de la posibilidad de unificar los tipos penales del delito fiscal y fraude de subvenciones DANNECKER, *Strafrechtlicher Schutz der Finanzintressen*, 598-560.

¹¹⁸ Como antes veíamos resultaba inexplicable la ausencia de estos tipos en el I Protocolo.

– La revelación de secretos por parte de funcionarios cuando tengan por objeto una información adquirida en el ejercicio de su actividad y particularmente en el seno de un procedimiento relativo al control de gastos o a la obtención de ayudas (art. 6)¹¹⁹

– La asociación de malhechores con el fin de perjudicar a los intereses financieros de la Comunidad (art. 8). Tipo que parte de la necesidad de luchar contra el crimen organizado que está detrás de los casos de fraude más importante y que se ha inspirado en el sistema penal italiano.

Estas infracciones se castigan (art. 9) con penas privativas de libertad de hasta cinco años y multa, para las personas naturales, y vigilancia judicial y multa para las personas jurídicas. En ambos casos se contempla como pena la confiscación y la publicación de la sentencia. Como penas accesorias se establecen la interdicción de obtener subvenciones futuras durante un periodo de cinco años, en los casos de fraude, la imposibilidad de celebrar cualquier contrato con la Comunidad por idéntico periodo, para el caso de alteración del precio en subastas públicas y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas durante un periodo de al menos cinco años, para los delitos de corrupción (art. 3) prevaricación (art. 4), malversación (art. 5) y revelación de secretos (art. 6).

Ubicados entre los aspectos procesales del *Corpus iuris* (art. 22) se encuentran la regulación de la prescripción y la transacción. El plazo de prescripción de estas infracciones es de cinco años, a contar a partir del día en que la infracción ha sido cometida si en este intervalo no se ha producido ningún acto de investigación ni de persecución. Si éste se ha producido, la infracción no prescribe sino a partir de otros cinco años a partir del último acto realizado¹²⁰.

¹¹⁹La preocupación por garantizar que los datos personales manejados por los agentes de la Comisión gocen de un nivel de protección equivalente al dispensado por la Directiva 95/46/CEE del Parlamento europeo y del Consejo (DOCE L núm. 281 de 13-11-1995, 31) es constante en la última normativa antifraude; vid., en este sentido, los arts. 7 y ss del II Protocolo Adjunto y el art. 8. 4 del Reglamento núm. 2185/1996 del Consejo, relativo a los controles y verificaciones *in situ* que realiza la Comisión para la protección de los intereses financieros.

¹²⁰Sobre la importancia de esta regla vid. *Corpus iuris*, 99 y ss. y *supra*, cuando lamentábamos su ausencia en el CPIF.

Particularmente interesante es la posibilidad de transacción¹²¹. La transacción sólo es posible en fraudes inferiores o iguales a 50.000 ecus, y siempre que no exista reincidencia y el autor no haya utilizado armas o documentos falsos. Por otro lado, la transacción requiere, por parte del autor, que reconozca libremente su culpabilidad y, por parte de la acusación, que dispongan de indicios de culpabilidad suficientes para iniciar el juicio oral. Estos últimos requisitos atienden a evitar que esta forma de finalización del proceso se convierta en algo sumamente peligroso para el inocente y muy favorable para el culpable¹²². La transacción lleva consigo la imposición de una especie de pena (penalty), que supone el pago de una cantidad superior a la mera reparación, pero que en cualquier caso ha de ser conforme con el principio de proporcionalidad.

Esta institución, conocida en muchos Estados miembros en el ámbito de los delitos contra la Hacienda pública, permite una sanción rápida y evita el perjuicio que se deriva de aguardar a la conclusión del proceso penal, para que las sumas defraudadas sean reintegradas. Entre las finalidades de política criminal que se persiguen con la transacción destaca el proporcionar un tratamiento adecuado a las infracciones de bagatela. Esto es, un objetivo similar al que se persigue en el CPIF y en nuestros delitos contra la HP, mediante el sistema de cuantías¹²³. Sería en mi opinión bastante razonable sustituir esta vieja técnica decimonónica, presente en todas nuestras infracciones patrimoniales, por un sistema, como el del *Corpus iuris*, más moderno y flexible, que entronca además con la línea político criminal de la reparación como alternativa a la pena.

¹²¹ La posibilidad de transacción en las sanciones administrativas comunitarias está siendo igualmente objeto de estudio, vid. DELMAS MARTY, *Incompatibilités entre systèmes juridiques et mesures d'harmonisation: rapport final du groupe d'experts chargé d'une étude comparative sur la protection des intérêts financiers de la Communauté*, en Comissions des communautés européennes, Séminaire sur La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté, Bruselas, 25 y 26 de noviembre de 1993, 109. Asimismo existe una propuesta de Reglamento presentada por la Comisión de 16-9-93 (documento interno) que se ocupa de este tema.

¹²² Cfr. *Corpus iuris*, 101.

¹²³ Vid. *supra*.

b) *La Parte General del Corpus iuris.*

Los arts. 10 a 17 contienen la PG. Configurada a partir de las reglas y principios comunes de los Estados miembros, de la jurisprudencia de los tribunales europeos, el TEDH y el TJCE, y de recomendaciones efectuadas por organismos internacionales como el Consejo de Europa o la AIDP.

La PG empieza por consagrar el principio de culpabilidad, rechazando todo atisbo de responsabilidad objetiva (art. 10), lo cual contrasta con el CPIF que en su art. 1. 4 admite que los Estados introduzcan supuestos de *presuntio doli*¹²⁴. Esta previsión no debe extrañar en cuanto que algunos de los ordenamientos de los países miembros, sobre todo en materia fiscal y aduanera, admiten las presunciones y la responsabilidad objetiva, que el propio TEDH no ha considerado además contraria al Convenio¹²⁵.

A excepción del fraude a la Comunidad (art. 1) que puede ser cometido por imprudencia grave, el resto de las infracciones únicamente admiten la modalidad dolosa (art. 10). En este aspecto, como en todos los de la PG, existen sensibles divergencias entre los países miembros. Piensen, por ejemplo, que la figura del dolo eventual no es conocida como tal en los países anglosajones, donde existe un tercer tipo de imputación subjetiva (*recklessness*) a caballo entre el dolo y la imprudencia. De hecho esta divergencia se aprecia entre las dos versiones del *Corpus iuris*, que utilizan los términos no totalmente equivalentes de *recklessness* e *imprudencia grave*¹²⁶.

La regulación del error asume la teoría de la culpabilidad, distinguiendo entre error de tipo y de prohibición, lo cual resultará extraño en un buen número de países miembros, en los que sigue aún vigente la diferenciación entre error de hecho y de derecho. El art. 11. 2 que se ocupa del error de prohibición contiene aspectos interesantes. Así, por ejemplo, al regular la invencibilidad del error refiere este parámetro a un «hombre

¹²⁴ Cfr. DANNECKER, *Strafrechtlicher Schutz der Finanzinteressen*, 601.

¹²⁵ Vid. NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 122–123. Para una visión rápida de la vigencia del principio de culpabilidad, tanto en su vertiente procesal como material de presunción de inocencia, TIEDEMANN, *La responsabilité pénale dans l'entreprise*, 273–274. Sobre esta cuestión y en relación a la «jurisprudencia europea» vid. también BOULOC, *Présomption d'innocence et droit pénal des affaires*, en *Rev. sc. crim.* (3) juill-sept. 1995, 465 y ss.

¹²⁶ Vid. DÍAZ PITA, *Algunos aspectos del dolo eventual*, en *Actualidad penal*, núms. 1/2, 1988.

prudente y razonable». De forma semejante a lo que ocurre en el CP suizo o austríaco, se ha escogido un criterio generalizador, con el fin de determinar un concepto que dada su ubicación en el principio de culpabilidad, debe fijarse a partir de criterios estrictamente personales (cultura, inteligencia...). Este criterio será bien acogido por los sectores doctrinales (ROXIN) que construyen el parámetro de vencibilidad a partir de criterios preventivos¹²⁷. También debe destacarse cómo el error de subsunción, en conformidad con la opinión doctrinal dominante¹²⁸, es equiparado expresamente al de prohibición («*L'error sur la prohibition, ou sur l'interprétation de la loi...*»). La regla de determinación de la pena en casos de error vencible exige una rebaja de la pena, aunque este hecho quiere únicamente señalar que no es posible imponer el máximo de la pena prevista¹²⁹.

La autoría y participación es regulada en el art. 12 en el que se desea expresamente el modelo unitario de autor, acogiéndose la diferencia entre inductores, autores y cómplices y definiendo cada uno de estos conceptos¹³⁰. Existe en este punto alguna que otra diferencia con la regulación española, especialmente porque no se hace mención a supuestos de cooperación necesaria, lo que hace aconsejable que a la hora de determinar la coautoría se utilicen criterios como el dominio del hecho. La descripción de la inducción resulta interesante por la técnica legislativa utilizada, que enumera casuísticamente los supuestos de inducción (*est instigateur de l'infraction celui qui, par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à l'infraction ou donné des instructions pour les commettre*)¹³¹.

¹²⁷ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band, 2. Auf.* § 21, marg. 34 y ss.

¹²⁸ Vid. de nuevo ROXIN, *AT*, § 12, marg. 85 y ss.

¹²⁹ Téngase en cuenta, antes de criticar esta regla, que el sistema de determinación de la pena previsto en el Corpus iuris (art. 9) no establece grado mínimo de la pena, sino máximo (por ej. en el caso de protección a los intereses financieros la pena privativa de libertad es de hasta 5 años).

¹³⁰ Vid. TIEDEMANN, *La responsabilité pénale dans l'entreprise*, 260-264.

¹³¹ Críticamente en relación a esta regulación de la inducción TIEDEMANN, *La responsabilité pénale dans l'entreprise*, 264. Aparte de lo acertado o desacertado de la técnica legislativa elegida, importada del nuevo CP francés, la última forma de inducción (*donné des instructions pour les commettre*) no se anuda necesariamente al hecho de hacer surgir en otro la resolución delictiva. Lo que rompe con el concepto de inducción de al menos nuestro ordenamiento y de otros como el alemán. Además este supuesto de inducción se solapa con la regulación que el propio Corpus realiza de la *responsabilité del chef d'entreprise* en el art. 13.

El art. 13 recoge la responsabilidad penal del jefe de la empresa. En su párrafo primero indica que el jefe de empresa o cualquier otra persona con poder de decisión o control será responsable por las infracciones señaladas en los arts. 1 a 8, cuando éstas hayan sido realizadas por una persona por cuenta de la empresa y sometida a su autoridad, y conociendo este hecho haya dado órdenes, dejado que la infracción se cometa o omitido ejercer los controles necesarios. La responsabilidad del jefe de empresa puede excluirse de existir delegación de poderes, pero ésta (13. 2) sólo resulta válida: a) si es parcial, precisa y especial, b) si se corresponde con necesidades de organización de la empresa, c) y si la persona en la cual se deleguen los poderes está en condiciones de cumplir con las funciones delegadas. En cualquier caso, se indica que la delegación de poderes no excluye la responsabilidad general de control, de vigilancia y de elección del personas y no puede efectuarse en los dominios propios del jefe de la empresa como la organización general del trabajo. Esta previsión puede ser considerada innecesaria en aquellos ordenamientos donde se admita la comisión por omisión. Mas en cuanto esta forma de imputación no es conocida en todos los ordenamientos, ni tampoco están perfilados con claridad cuestiones como el fundamento del deber de garantía del empresario y los supuestos en que éste puede decaer o transmitirse como consecuencia de la delegación de funciones, el precepto comentado resulta de gran utilidad¹³².

El Corpus iuris abandona el principio «*societas delinquere non potest*» y establece la responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 14) en aquellos supuestos en los que la infracción haya sido cometida por cuenta de la empresa por un órgano, representante o cualquier otra persona que actúe en su nombre o tenga un poder de decisión de hecho o de derecho. Esta responsabilidad se entiende independiente de la de la persona física que haya actuado como autor, instigador o cómplice de los mismos hechos¹³³.

Finalmente el Corpus iuris contiene las reglas de determinación de la pena (arts. 15 y 16) y del concurso de delitos (art. 17). Regulaciones

¹³² Sobre este complejo tema, en relación a los preceptos del Corpus iuris, vid. las distintas contribuciones que aparecen en la Rev. sc. crim. (2), avr-juin 1997, dedicadas a estas cuestiones. En relación a la responsabilidad del dirigente empresarial en nuestro país, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, 196 y ss.

¹³³ Sobre esta cuestión me remito a lo indicado *supra*.

ambas cimentadas en el principio de proporcionalidad. La última disposición citada resulta de gran interés en cuanto que resuelve la relación entre los tipos penales del *Corpus iuris* y los nacionales. La solución que se ofrece es la siguiente: los concursos de normas¹³⁴ entre tipos nacionales y del *Corpus iuris* no se resuelven según los principios clásicos de consunción, especialidad o subsidiariedad, en atención a la primacía del Derecho comunitario resultan siempre de aplicación los preceptos del *Corpus iuris*¹³⁵. En el concurso de delitos, real o ideal¹³⁶, la solución es la siguiente: el juez nacional o la autoridad competente¹³⁷ debe tener presente las sanciones impuestas ya por el mismo hecho, como puede apreciarse en este supuesto la idea clave es la proporcionalidad, en la línea de lo señalado por la sentencia *Wilheim*.

c) *El Proceso Penal*.

La parte más novedosa del *Corpus iuris* es sin duda la que hace referencia a los aspectos procesales. He aquí las líneas maestras de este proceso penal común para casos de fraude, que supone no ya un Espacio judicial común, con un grado más o menos elevado de cooperación, sino un auténtico espacio judicial único, basado en un principio de territorialidad europea: el territorio de todos los países miembros constituye un espacio único para las necesidades de investigación, instrucción, juzgamiento y ejecución de las penas.

La pieza clave de este espacio procesal común es la creación del Ministerio Público Europeo, órgano competente para formular la denuncia, el ejercicio de la acusación pública, la instrucción y vigilar la ejecución de las penas de los delitos previstos en el *Corpus iuris*, en el conjunto del territorio de los Estados miembros. El «Estatuto orgánico» del MPE se caracteriza por:

¹³⁴ Por ejemplo: A, funcionario de la administración española acepta una cantidad con el fin de que encubra un caso de fraude de subvenciones comunitarias. Este comportamiento sería constitutivo tanto de un delito de cohecho, conforme al Código penal español, como del delito de corrupción previsto en el *Corpus iuris* (art. 3).

¹³⁵ *Corpus iuris*, 77.

¹³⁶ Ejemplo: fraude a la comunidad (art. 1) en el cual ha existido también falsedad en documento público.

¹³⁷ Con lo cual la regulación también abarca el caso de concurso con sanciones administrativas.

- a) ser un órgano independiente tanto de las autoridades nacionales, como de las comunitarias.
- b) El MPE se compone de un Procurador general europeo (PGE) con sede en Bruselas, y de Procuradores europeos delegados (PED), uno por cada país miembro, con sede normalmente en la capital de cada Estado. En realidad serán estos últimos los que realicen la mayor parte de las investigaciones, pues la tarea del PGE es sobre todo la coordinación.
- c) El MPE actúa según los principios de indivisibilidad y solidaridad. Según el primero todo acto realizado por alguno de sus miembros resulta cumplido por el MPE y cualquiera de ellos puede además realizar cualquier acción competencia del mismo. Es más, bajo determinadas condiciones –conformidad del PGE o razones de urgencia– cualquier PED puede ejercer sus funciones en cualquier Estado miembro, en colaboración con los PGD de ese país. Los miembros del MPE, cuando instruyan un procedimiento, pueden ejercer sus competencias en cualquier parte del territorio de la UE. En otras palabras: el MPE no conoce de fronteras nacionales. El principio de solidaridad impone sobre todo una obligación de asistencia entre los distintos miembros del MPE, que afecta también a los fiscales nacionales (art. 18).

No hace falta casi advertir que el modelo de instrucción sobre el que reposa el *Corpus iuris* es aquel que otorga la investigación al MF (art. 20), bajo el control de un «juez de libertades» (art. 25), que deberá autorizar y controlar las medidas de investigación que afecten a derechos fundamentales¹³⁸. Cada país miembro habrá de designar un «juez de libertades» que tendrá su sede en la misma localidad donde se encuentre el PED. Además de otras competencias durante la fase preparatoria (art. 25. 1), el «*juge de libertés*» una vez concluida ésta, si el PED adopta la decisión de «*renvoyer l'affaire en jugement*» (art. 21), es el encargado de comprobar la regularidad del procedimiento, excluyendo las pruebas que hayan podido ser obtenidas violando los preceptos del *Corpus* (art. 32) y decidir si se abre o no el juicio oral ante el Tribunal competente (art. 25. 3).

¹³⁸ Vid. *Corpus iuris*, 109 y ss.

El juicio oral —*phase de jugement*— se realizará ante un Tribunal nacional que cada Estado habrá de designar, según las reglas de competencia *ratione materiae* del derecho interno y que tendrá su sede en el mismo lugar donde se encuentre establecido el PED. El Corpus requiere que el tribunal esté compuesto por jueces profesionales, preferiblemente especializados en asuntos económicos, rechazando la posibilidad de Jurados, ya sean puros o escabinos. El Estado competente para la realización del juicio es el que resulte más apropiado atendiendo a criterios como el del lugar en donde se encuentre la mayor parte de las pruebas, la residencia o nacionalidad del acusado o donde el impacto económico haya sido más importante (art. 26. 2)¹³⁹. Las decisiones de este Tribunal pueden ser objeto de apelación por parte del condenado, ante una jurisdicción superior perteneciente al mismo Estado miembro que ha conocido en primera instancia. El recurso de apelación puede plantearse tanto por el condenado como por el MPE, prohibiéndose en el primer caso la *reformatio in peius* (art. 27).

Para completar el cuadro de la «organización judicial» del Corpus iuris debe reseñarse que el art. 28 prevé la posibilidad de una especie de recurso de unificación de doctrina ante el TJCE. Este recurso puede plantearse en los siguientes casos: a) a título prejudicial —es decir: bajo las mismas condiciones previstas por el art. 177 del TCE— en cuestiones relativas a la interpretación del Corpus y de sus eventuales medidas de aplicación, b) a petición de un Estado miembro o de la Comisión en relación a cualquier diferencia que pueda suscitarse en su aplicación, c) a petición del MPE o de una autoridad judicial nacional cuando existan conflictos de competencia relativos a la aplicación de las reglas sobre el principio de territorialidad europeo, en lo concerniente tanto al MP como al ejercicio de la garantía judicial por los órganos judiciales nacionales (art. 28). Este modelo de recurso ante el TJCE, con algunas variantes, es similar al que la Comisión hacía en su propuesta de II Protocolo (art. 17) y resulta

¹³⁹ Las reglas de competencias son similares a las que se contenían en la Propuesta de la Comisión de II Protocolo al CPIF (art. 8), si bien esta Propuesta lo que pretendía conseguir es una instrucción única en los casos de fraudes transnacionales. Igualmente puede decirse que estos criterios se inspiran en la Propuesta de la Comisión del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad (vid. su texto en DOCE de de 6-8-94, C 216/14), que regulaba de forma semejante la jurisdicción competente en los casos en que el fraude se hubiera cometido en un país tercero (art. 6).

más avanzado que el previsto en el nuevo art. K. 7, aprobado por el Tratado de Amsterdam.

La ejecución de la pena, una vez recaída sentencia firme, no tiene por qué realizarse en el mismo lugar en el que se ha celebrado el juicio oral. La regla normal, según se desprende del art. 23, es que cada condenado cumpla la pena en su país. La ejecución de la pena privativa de libertad se hará en conformidad con la legislación penitenciaria de cada Estado, si bien existen unas reglas mínimas que deben ser hechas respetar por el MPE; en concreto: a) la necesidad de que el periodo de prisión provisional se descuente de la pena, b) el principio de *non bis in idem*, c) el respeto de las reglas del concurso de delitos entre la infracción comunitaria y la que por los mismos hechos pueda ser impuesta por un Tribunal nacional (art. 23).

Varias disposiciones del *Corpus iuris* consiguen que la extradición y que la cooperación judicial se conviertan en instituciones obsoletas. Por lo que se refiere a esta última el carácter itinerante del MPE hace inútiles los actos de cooperación judicial, en cuanto que éste puede realizar, según se ha visto, sus actos de investigación en cualquier parte del territorio de la Comunidad (art. 24. 1 a). De este modo la cooperación judicial subsiste únicamente en relación a países terceros (art. 24. 2). Pero igualmente caduca, a la vista de varias disposiciones del *Corpus*, deviene la extradición. El art. 24. 1 b) señala que la persona sometida a prisión provisional puede ser transferida, sin más requisitos, a aquel Estado donde su presencia sea necesaria¹⁴⁰. Además, como ya he apuntado, uno de los criterios para determinar la competencia del Tribunal encargado de realizar el juicio oral es el lugar de residencia de los principales acusados. Por lo que se refiere a la presencia de acusados y testigos en el juicio oral, cuando éste no se realice en su país, en el art. 32 se señala cómo las pruebas testificales pueden ser tanto directas, como realizadas a través de cualquier medio de comunicación audiovisual (v. gr. mediante videoconferencia). Este mismo precepto consagra un «*procès verbal européen d'audition*», que posibilita al MPE interrogar al acusado en cualquier lugar, siempre que se haga en presencia del juez, con asistencia de intérprete y de abogado defensor, quien debe disponer con al menos 48 horas de antelación del sumario. Este interrogatorio se registra en video y es posteriormente reproducido en el juicio oral.

¹⁴⁰ Cfr. *Corpus iuris*, 107.

El *Corpus iuris* en su parte final (arts. 29 a 34) establece los principios del proceso contradictorio, inspirados en la jurisprudencia del TEDH, que se presenta como un modelo superador tanto del proceso inquisitorial como del acusatorio puro. Para ello se señalan expresamente los derechos del acusado (art. 29), de la víctima –permitiendo a la Comisión europea que se constituya como parte civil– (art. 30), unas reglas comunes sobre la carga de la prueba (art. 31), las pruebas admitidas (art. 32), la prueba prohibida (art. 33) y el régimen de publicidad y secreto del procedimiento (art.34)¹⁴¹.

Los derechos del acusado se configuran tomando como base el art. 6 de la CEDH y el art. 10 del Pacto internacional de la ONU sobre derechos civiles y políticos (art. 29. 1). El *Corpus* (art. 29. 2. 3) establece el derecho al silencio, a ser asistido por intérprete y abogado de su elección y la necesidad de que sea informado de los cargos antes del primer interrogatorio. Asimismo se indica el momento a partir del cual debe considerarse a alguien como acusado: a partir de cualquier acto que establezca, denuncie o revele la existencia de indicios graves y concordantes de culpabilidad, y a más tardar, en el momento en que sea interrogado por una autoridad que conoce la existencia de tales indicios¹⁴².

Cuestión compleja en relación con el «derecho al silencio» es cómo se compagina éste con las obligaciones legales que existen en algunos ordenamientos de proporcionar documentos a petición de la administración bajo amenaza de sanción en caso de incumplimiento¹⁴³. En su última jurisprudencia el TEDH (caso Funke/ France, de 25 de febrero de 1993) ha señalado que el derecho al silencio puede ser violado por la petición de suministrar determinados documentos, identificados con precisión, en caso de que el incumplimiento de esta obligación lleve aparejada la imposición de sanciones penales. Posteriormente (asunto Murray c/ Royaume Uni, de 8 de febrero de 1996) el TEDH ha considerado aceptable que la negativa a

¹⁴¹ *Corpus iuris*, 125.

¹⁴² Sobre la importancia de esta última previsión vid. *Corpus*, 127. El *Corpus iuris* se ha inspirado aquí no tanto en la jurisprudencia del TEDH, según la cual la acusación no comienza sino con la notificación oficial, proveniente de la autoridad competente, sino en las Recomendaciones de Río de la AIDP 1994.

¹⁴³ Brevemente sobre esta cuestión, pero con referencias en not. 92, NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 26.

entregar documentos pueda ser considerada como una prueba indiciaria en relación a la culpabilidad. Ante esta jurisprudencia vacilante el Corpus ha optado por no introducir ninguna medida sancionatoria en caso de negativa por parte del acusado a suministrar documentos al MPE. Expresamente además el art. 32. 1 e) señala que los documentos presentados por el acusado en el transcurso de un posible expediente administrativo previo, sólo podrán ser tenidos en cuenta si esta obligación no va acompañada de sanciones penales en caso de incumplimiento. Por otro lado, el art. 31. 2 con carácter más general, tras recoger el principio de presunción de inocencia, señala que «nadie está obligado a contribuir de manera activa, directa o indirectamente, a establecer su propia culpabilidad», lo que limita la facultad que el art. 20. 3 reconoce al MPE de reclamar cuantos documentos sean necesarios para la investigación¹⁴⁴.

El art. 33 regula la prueba prohibida¹⁴⁵. Debe ser rechazada, indica este precepto, cualquier prueba que haya sido obtenida por los órganos comunitarios o nacionales violando los derechos fundamentales consagrados por la CEDH, las reglas probatorias establecidas en el Corpus, o en violación del derecho nacional aplicable, salvo que esta violación esté amparada por las reglas comunes que se establecen en el Corpus. Esta previsión plantea aspectos de suma complejidad, a los que ya se ha hecho referencia en otro lugar de este trabajo, en aquellos supuestos en los que una prueba obtenida conforme al derecho de un país miembro, resulte contraria al ordenamiento del Estado en el cual se desarrollará el juicio oral. Pues bien, la solución del Corpus en este punto es indicar que si la prueba se ha obtenido legalmente de acuerdo con el ordenamiento nacional donde se haya practicado, no puede negarse su validez en el país en que sea necesaria su utilización, a no ser que el precepto o derecho fundamental vulnerado lo sea de la CEDH o del propio Corpus iuris.

Anteriormente se hacía referencia a las complicadas relaciones entre Comisión y proceso penal (*supra*, I, C)). Este aspecto se solventa en el art. 30 del Corpus que prevé la posibilidad de que la Comisión se constituya como parte civil, en los casos en que la infracción haya originado un

¹⁴⁴ Vid. *Corpus*, 127-129, 139.

¹⁴⁵ Sobre esta cuestión vid. la reciente monografía de DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, 1992.

efectivo perjuicio patrimonial. La constitución como parte civil le otorga no sólo el derecho de pedir al juez, durante la fase preparatoria, determinadas medidas tendentes a la aseguración de la responsabilidad civil, sino que también le permite, como parte en el proceso, tener conocimiento del sumario, participar en la realización de las pruebas y plantear la apelación en lo que concierne a sus intereses como parte civil.

IX. CONCLUSIONES

Tras este largo trabajo varias podrían ser las conclusiones que podrían extraerse. Me limitaré a una. En menos de una década la protección de los intereses financieros de la Comunidad ha pasado velozmente de la asimilación a la armonización en un camino que parece no detenerse hasta llegar a la unificación. Pero avancemos más. En el fondo, la protección de los intereses financieros de la Comunidad constituye sólo un primer ensayo a extender paulatinamente a otros sectores. La unificación de parcelas del derecho penal, palabra que, por cierto, admite variantes¹⁴⁶, no es sólo la consecuencia político criminal lógica del proceso imparable de construcción europea, con el fin de compensar los factores criminogénos que logros como la abolición de fronteras han desencadenado, sino también una exigencia ante las nuevas formas de criminalidad organizada que han sabido adaptarse de una forma más rápida que la justicia penal a este contexto. El establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, tal como proclama el nuevo art. 1 del TUE lleva inexorablemente no ya a la cooperación entre policías y jueces, modelo aceptable en grados de implicación internacional menos intensos, sino a la unificación a medio plazo de amplias parcelas del Derecho penal. El Corpus iuris constituye, en este sentido, una consistente primera piedra a partir de la cual discutir y edificar.

¹⁴⁶ Vid. sobre estas cuestiones el interesante trabajo de SIEBER, *Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch*, en JZ, 1997, 369 y ss.