

¿ES POSIBLE LA UNIFICACION DEL DERECHO PENAL EUROPEO?

DISCURSO DE INGRESO A LA ACADEMIA DE D. RAFAEL PERERA MEZQUIDA

S U M A R I O

- I.- Introducción.
 - II.- Un interrogante previo.
 - III.- Dos coordenadas que delimitan el tema.
 - IV.- ¿Unificación del Derecho Penal Europeo?
 - V.- La incidencia del Derecho Comunitario.
 - VI.- Nuestro T.S. y el Derecho Comunitario.
 - VII.- Los fondos comunitarios y su protección penal.
 - VIII.- El Tratado de Maastricht y el convenio de 1.995: Su importancia en la lucha contra el fraude a los intereses comunitarios y en la armonización del Derecho penal de los Estados miembros.
 - IX.- El nuevo Código Penal (L.O. 10/1995) y la nueva Ley de Contrabando (L.O. 12/1995).
 - X.- Consideración final.
- Notas.

Molt Honorable Señor Presidente de la Comunidad Autónoma.
Excmo. Señor Presidente de esta Academia.
Excmo. Señor Decano del Colegio de Abogados.
Excmos. Señores.
Excmo. y Rvdmo. Señor.
Honorables Señores.
Ilustrísimos Señores.
Señoras y Señores.
Queridos amigos y compañeros.

Cuando en 1985 España se adhirió a las Comunidades Europeas, pocos juristas pensaron en la incidencia que el Derecho Comunitario pudiera tener en el Derecho Penal. Es más: La generalidad de los penalistas se desentendieron del tema, por pensar que sólo a los mercantilistas, civilistas, administrativistas o profesores de Derecho Financiero correspondía el estudio de la normativa comunitaria y de su proyección sobre el Derecho interno español (1).

Hoy, en 1997, está totalmente claro que aquella inicial apreciación mayoritaria fue errónea, y que de ninguna manera puede el penalista “lavarse las manos” ante la realidad europea.

Grandes interrogantes, en efecto, han ido planteándose en esta materia a lo largo de los últimos años: ¿Ostentan “ius puniendi” las Comunidades Europeas? ¿Puede el Derecho Penal Comunitario suplantar al Derecho Penal interno? ¿Puede hablarse en serio de un Derecho Penal Europeo que sustituya, o llegue a sustituir, a los Ordenamientos penales de los diversos Estados europeos, de la misma manera que el Euro va a sustituir a las monedas nacionales?

Interrogantes –éstos y muchos otros– que, desde luego, justifican sobradamente el que este discurso –con el cual accedo, muy honrado, a la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Baleares– tenga por objeto un acercamiento –un simple acercamiento– a tan importante materia: Un acercamiento que permita a los que estamos aquí congregados, profesionales del Derecho en su gran mayoría, reconsiderar juntos, aunque sea sólo superficialmente, algunas de las realidades y de las perspectivas que el tema ofrece.

Vaya por adelantado, por lo demás, que pocas ideas originales van a encontrar Vds. en esta intervención. Y sí en cambio muchas “apropiaciones” (entre comillas) de reflexiones y trabajos ajenos. De aquí, por cierto –y

permítaseme la disgresión— que, ante todo, reconociendo la escasez de mis méritos, haya de agradecer especialmente tanto mi nominación para la Academia como las palabras de presentación del Excmo. Sr. D. Miguel Coll Carreras (uno de los mejores juristas de Baleares de todos los tiempos, sin duda alguna) que, en esta ocasión, ha hecho gala, una vez más, de su benevolencia, de su generosidad y de su buena amistad.

II.- Un interrogante previo.

Y enseguida, entrando en el tema, procede plantear, ante todo, un interrogante previo, que, hoy, a punto casi de cambiar de milenio, preocupa prioritariamente a un importante sector de juristas:

¿Tiene hoy verdadero significado o utilidad el Derecho Penal? ¿No es, en realidad, —como alguien ha dicho— un “instrumento represivo de poder para la realización del orden jurídico”, carente por ello de verdadera justificación en las sociedades democráticas?

Interrogantes éstos que, a las puertas del año 2.000, se enlazan enseguida conceptualmente con una realidad cruda e insoslayable en Derecho Penal: la de las penas de privación de libertad y sus nulos efectos en orden a frenar el aumento de la delincuencia y a conseguir la resocialización y regeneración de los delincuentes (2).

Cuestiones éstas que conducen a preguntarse también enseguida: ¿No habrá llegado el momento de buscar y postular una política criminal diferente a la actual? (una política que, desde ahora mismo, tienda y se oriente a una descriminalización de conductas hoy sancionadas penalmente y a una restricción severa de los internamientos en las cárceles). (3)

Y... —por lo que afecta concretamente al tema que nos ocupa— ¿valdrá la pena esforzarse por unificar o armonizar a nivel europeo un Derecho —el Derecho Penal— que está en crisis y cuya aplicación práctica presenta un saldo negativo? ¿No será preferible dirigir los esfuerzos colectivos, no a conseguir a nivel europeo un mejor Derecho Penal, sino a alcanzar algo mejor que el Derecho Penal:

Mas hay que añadir enseguida, con los pies en el suelo, que tal planteamiento (ciertamente sugerente y sugestivo) encierra, —Vds. ya lo intuyen— un cierto espejismo: Un espejismo falaz, que se disipa en cuanto se constata que —como dice JESCHECK (4)— en una sociedad organizada sólo la pena hace posible la adecuada protección de la paz jurídica en un marco de libertad; o como apunta MUÑOZ CONDE (5) que la intervención del Estado a través del Derecho Penal está justificada por la protección de la convivencia humana en sociedad. Ello aparte de que —como destaca RUIZ

VADILLO– (6) el Derecho Penal es el único instrumento que es capaz de garantizar con verdadera eficacia en determinadas ocasiones a las instituciones y a las personas; a la vez que es garantía frente a los poderes públicos (incluidos en ellos obviamente los jueces) y entraña, por tanto, “un derecho protector del inculpado, al que defiende y salvaguarda en sus derechos”.

Hay que concluir, pues, en la encrucijada histórica en que nos encontramos, que no puede prescindirse del Derecho Penal; y que, por tanto, en las coordenadas espaciales de la actual Europa, es no sólo procedente sino necesario abordar y contemplar desde todos los puntos de vista las incidencias que en el Derecho Penal –en nuestro Derecho Penal– tiene o puede tener el Derecho de las Comunidades Europeas, y las posibilidades, ventajas e inconvenientes de una unificación o, por lo menos, de una armonización del Derecho Penal de los distintos Estados que integran el viejo continente.

III.- Dos coordenadas que delimitan el tema.

Y... el abordar tales cuestiones, no pueden obviarse dos reflexiones prioritarias, que actúan como coordenadas delimitadoras del tema:

La primera, es que, ciertamente, hoy, nos hallamos en unos momentos en que el ideal europeísta está polarizado por un tema estrella: los criterios de convergencia de Maastrich y la moneda única. Pero que, en lo demás, está envuelto en un cierto halo de recelo y desconfianza respecto a la realidad de una verdadero construcción europea (7).

La vergüenza de lo ocurrido en Yugoslavia, la incertidumbre respecto a la ex-URSS, los sacrificios que se van a derivar de Maastrich y el resurgir de ciertos nacionalismos, han hecho que hasta se hable de un europeísmo y hasta de un euroescepticismo. Lo cual, evidentemente, no es un buen caldo de cultivo para una empresa como la unificación del derecho penal europeo que requiere un esfuerzo colectivo y armonizado de todos.

La otra reflexión radica en que aunque en el año 1992, a raíz del Tratado de Maastrich, la expresión “COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA” fue sustituida por la de “COMUNIDAD EUROPEA”, (suprimiendo por tanto la mención económica), es lo cierto que, de hecho, y al margen de atractivas construcciones como por ejemplo la de la “ciudadanía europea” son los intereses económicos los que dominan y concentran hoy la problemática comunitaria europea y los que, por tanto, trasplantados al campo del Derecho Penal, lo absorben prioritariamente, hasta el punto de que, hoy por hoy, sólo puede hablarse y tratarse, razonablemente, de las perspectivas de un Derecho Penal Económico Europeo.

Así delimitado el tema, a él vamos a referirnos seguidamente.

IV.- ¿Unificación del Derecho Penal Europeo?

Nadie duda, desde luego, –dicho sea de entrada– de la conveniencia de la unificación del Derecho Penal Económico de los distintos Estados del continente europeo.

Es más: La creciente actividad de empresas multinacionales, los problemas del blanqueo de dinero, la defensa del consumidor a nivel internacional, los problemas de contaminación del medio ambiente, etc., hacen necesaria esa unificación, para luchar eficazmente contra la delincuencia.

Sin embargo, hay que reconocer que los obstáculos para la misma no faltan: El primero de ellos –derivado del principio de legalidad– se centra en las diferencias estructurales de los ordenamientos jurídicos del “common law”, del área anglosajona, respecto a los sistemas penales de nuestro entorno. Obstáculo al que hay que agregar el derivado de las diferentes concepciones de los distintos Estados sobre cuestiones básicas del Derecho Penal, como son la validez de la ley penal en el espacio, la relevancia del error de derecho, la tentativa punible, el delito imposible, el dolo eventual, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y otras y variadas cuestiones, como las afectantes a las penas y a las medidas de seguridad.

Mas, aparte de todo ello, hay que observar enseguida que el verdadero obstáculo para la unificación –como ha destacado la doctrina– no reside tanto en las cuestiones técnicas apuntadas (que son todas ellas superables), como en la celosa tutela que los diversos Estados europeos tienen de su propia soberanía, al estimar –quizás con razón– que renuncian a parte de la misma si delegan o transigen en cuanto a la facultad de establecer los contenidos y los presupuestos de las sanciones penales.

Ello sin reparar en quienes sostienen, muy crudamente, que las dificultades y objeciones a la unificación penal europea radican, de verdad, no precisamente en el concepto de soberanía, sino, sobre todo, en las reservas y reticencias de diversos “sectores” –entre ellos el de los titulares fácticos del poder económico– frente a la intervención del Derecho Penal en el mundo de los “negocios” (entre comillas).

Así las cosas: Puede afirmarse –como síntesis del estado de la cuestión– en estos momentos, que: Existen, sí, meritorios esfuerzos doctrinales de reconocidos expertos –a los que luego habremos de referirnos– postulando la UNIFICACIÓN del Derecho Penal Europeo (8). Pero que, fuera de ello, la

realidad es que no parece que a corto plazo podamos contar con un Código Penal Europeo ni siquiera limitado a los delitos económicos.

V.- La incidencia del Derecho Comunitario

Ahora bien: Lo que sí resulta patente y trascendente es la incidencia e influencia del Derecho Comunitario –emanado de los órganos correspondientes de las Comunidades Europeas– en el Derecho Penal de los Estados miembros. Incidencia e influencia en las que debemos reparar, por cuanto a través de las mismas se está operando indiscutiblemente una aproximación de conceptos y de técnicas, muy favorables para la armonización del Derecho Penal de los distintos estados europeos.

Vale la pena, pues, aludir a continuación a tres aspectos, –o, mejor, a tres caminos– mediante los que el Derecho Comunitario se hace presente en el Derecho Penal interno de España: Aspectos o caminos que, por cierto, ponen en entredicho la afirmación de que las Comunidades Europeas carecen de competencias en materia penal y concretamente carecen de “ius puniendi”: Afirmación con la cual suelen algunos tratadistas encabezar estas cuestiones: Afirmación, insisto, no ajustada a la realidad, por cuanto la normativa comunitaria tiene claramente, –como enseguida vamos a recordar–: Una incidencia negativa, por un lado, y otra incidencia Positiva, por otro, sobre el Derecho Penal español; aparte de la influencia que se deriva de las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de Luxemburgo, a la que luego también habremos de aludir.

1. En primer lugar, es de destacar el efecto despenalizador y descriminalizador que el Derecho Comunitario tiene respecto al Derecho Penal español, en ciertos supuestos. Efecto despenalizador que se concreta en que el juez penal español no puede castigar aquellas conductas que según el Código Penal español son típicas y punibles si resulta que tales conductas están amparadas o cubiertas por una norma comunitaria. Se trata, como se ve, de una incidencia o efecto negativo del Derecho Comunitario en el Derecho español, que obliga al juzgador español a dejar de aplicar una ley penal interna y dejar de castigar lo castigable. Efecto que tiene su base y su fundamento –conviene recordarlo– en dos principios o características esenciales de la Normativa Comunitaria, muy conocidos: El principio del “efecto directo” y el principio de la “primacia”. Según el primero la norma comunitaria crea derechos subjetivos en los ciudadanos de los Estados comunitarios y es directamente invocable ante los jueces de los mismos, sin necesidad de que tal norma haya sido incorporada al Derecho interno. Según el segundo, la Norma Comunitaria está por encima, en la jerarquía

normativa, de las normas del Derecho español, e incluso es preferente a las normas de la propia Constitución Española.

(Conviene, desde luego, en este punto –para ser precisos– matizar que en el Ordenamiento Comunitario la aplicabilidad “directa” queda restringida en principio a los Reglamentos y a las Decisiones (artº 189 T.C.E.E) (9) aunque, por otro lado, es lo cierto que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha hecho de la “eficacia directa” la regla general, y así ha admitido la invocabilidad por los particulares de los Tratados y aun de las Directivas siempre que el precepto reúna estas circunstancias: a) sea claro y preciso; b) completo y jurídicamente perfecto (en el sentido de no dejar ningún poder discrecional al legislador para su aplicación); y c), además, incondicional, es decir, no sujeto a plazo o reserva.

2. En segundo lugar, las Normas comunitarias tienen una incidencia Positiva en el Derecho Penal interno español otorgando una adecuada protección a intereses comunitarios. Ello es así en base al artículo 5 del Tratado de las Comunidades Europeas y a través de una lenta evolución o trayectoria interpretativa del Tribunal de Luxemburgo que va –en conocida expresión de los tratadistas comunitarios– desde los tulipanes holandeses, hasta el maíz griego. Es decir, desde la interpretación que de dicho artº 5 del Tratado dio el citado Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en 1977, a raíz del conocido caso de los “tulipanes holandeses” (denominado “Amsterdam bulb”) hasta la interpretación que el propio Tribunal dio, once años después, en 1989, al fallar el caso del “maíz griego”. En su primera sentencia el Tribunal Europeo declaró que, aunque los Estados miembros tienen obligación de tutelar los intereses comunitarios no es necesario que tal tutela se realice a través del Derecho Penal, ni que la misma sea similar a la tutela de los intereses nacionales, sino que puede efectivizarse a través de sanciones de distinto carácter o de distinta naturaleza o energía. En la segunda sentencia (la del maíz griego, de 21 de Septiembre de 1989), dando un paso importante y definitivo, el propio Tribunal de Luxemburgo estableció que las violaciones de los intereses comunitarios han de ser sancionadas por los Estados miembros en condiciones similares a las violaciones de intereses nacionales, y agregó que en todo caso las sanciones habrán de ser “efectivas”, “proporcionadas” y “disuasivas” (tres adjetivos luego asumidos definitivamente por la jurisprudencia comunitaria); lo que implicó una clara llamada al Derecho Penal: Criterio éste que, consecuentemente, se recogió luego, en 1992, en el Tratado de Maastrich (en su artº 209) al exigirse --como veremos-- que los Estados miembros adopten para sancionar el fraude de los intereses comunitarios las mismas medidas adoptadas para el fraude a sus propios recursos.

3. El tercer camino por el que el Derecho Comunitario incide en el Derecho español tiene como vehículo el ya tan aludido Tribunal de Justicia

de Luxemburgo y se materializa mediante dos mecanismos judiciales, muy conocidos por los juristas, que simplemente ahora voy a apuntar: Uno. Las cuestiones Prejudiciales, planteadas al Tribunal Europeo por los jueces españoles sobre la interpretación de los Tratados o del Derecho Comunitario; y Dos. El denominado recurso Por incumplimiento mediante el que el Tribunal Europeo puede imponer sanciones a los Estados, a los jueces y a las autoridades nacionales.

Precisamente, el Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el español Gil Carlos Rodríguez Iglesias, muy recientemente, en unas declaraciones a una importante revista (10) ha afirmado, en el sentido apuntado, que la Jurisprudencia de dicho Tribunal esta desempeñando un papel transcendental en orden a la armonización jurídica entre los Estados miembros, y que, de hecho, por tal camino, se está produciendo un evidente fenómeno de recepción de conceptos jurídicos del Derecho Comunitario y del Derecho de alguno de los Estados miembros en los sistemas jurídicos de otros Estados.

VI.- Nuestro T.S. y el Derecho Comunitario

Y, llegados a este punto, vale la pena –haciendo un inciso– aludir a cuál ha sido la postura de nuestro Tribunal Supremo respecto al Derecho Comunitario, y concretamente respecto al denominado “efecto directo” y al principio de “primacía” de las Normas Comunitarias. Y en este aspecto hay que decir que la Sala 2ª de nuestro T.S., en un principio –y aludimos concretamente a la Sentencia de 2 de Diciembre de 1988 (ponencia de Bacigalupo), en la que se enjuiciaba un delito de contrabando de tabaco procedente de Portugal–, declaró, en contra del criterio expuesto, que los Tratados no crean ningún derecho subjetivo en los particulares que contienen simples líneas orientativas de la política económica, y no pueden, consecuentemente, ser invocados directamente ante los Tribunales, lo que si puede hacerse –añadió– respecto a los Reglamentos. En base a tal doctrina desestimó el recurso; viniendo a negar algo que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas venía afirmando desde los años 70: Es decir, que los Tratados crean derechos subjetivos y que han de ser salvaguardados por los jueces nacionales, siempre que la norma de que se trate cumpla los requisitos antes expresados.

Afortunadamente, la misma Sala 2ª en otras Sentencias posteriores como la 20 de Octubre de 1992 (ponencia de Ruiz Vadillo) referida también a un caso de contrabando de tabaco procedente de un país comunitario, abordó correctamente la relación entre el Derecho Comunitario y el Derecho

Penal interno, declarando la primacía del Derecho Comunitario, con efectos –dice textualmente– descriminalizadores o despenalizadores.

Y, más recientemente, otras Sentencias como la de 19 de Julio de 1995 (ponencia de Montero) citando otras de 1993 y 1994 afirma entrecomidallamente que “las normas comunitarias no necesitan ser traspuestas o traducidas a normas de derecho interno sino que son fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afecten, pudiendo ser invocadas directamente por los particulares ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tienen obligación de aplicarlas”.(11)

VII.- Los fondos comunitarios y su protección penal.

Al margen de lo hasta aquí dicho o junto a lo dicho, hay que situar y hacer referencia a una cuestión plenamente candente: Es la de la protección penal de los denominados intereses comunitarios. Intereses financieros y comunitarios cuya defraudación está resultando para los desaprensivos –como vamos a ver– fácil, por dificultades de control y apetecible, por la cuantía de las cifras que se barajan.

De aquí, pues, que al incipiente Derecho Penal Europeo interese sobremanera la constatación de qué tipo de castigo penal puede y debe darse –a nivel comunitario y a nivel de Estado miembro– a quienes defraudan esos fondos propios de las Comunidades Europeas (12).

Apuntemos, de entrada, que los niveles de fraude comunitario son tales que algún autor (13) ha realizado estudios sobre “el Mercado Común como factor criminógeno especial”, con una consideración especial para “los fraudes en el Mercado Agrícola”.

Apuntamos, asimismo, también de entrada, que tal defraudación se ha producido y se produce –como es sabido– tanto en los ingresos a que tienen derecho las Comunidades Europeas como en los gastos o inversiones de las mismas, singularmente en el capítulo de las subvenciones (y sobre todo en el de las subvenciones agrícolas).

Piénsese concretamente, por ejemplo, en los trucos y trampas utilizados para eludir el pago de los derechos de aduana, concretamente los denominados “prélèvements”, (con cuyo pago se pretende –como todo el mundo sabe– que los productores de terceros países –o sea de países extracomunitarios– que puedan ofrecer sus productos más baratos no inunden el mercado y hagan así caer los precios comunitarios). Concretamente recuérdese, como botón de muestra, el conocido caso del maíz griego –antes ya aludido–, en el que, utilizándose documentos falsos elaborados por las autoridades aduaneras griegas, se hizo pasar maíz yugoeslavo por maíz

griego, el cual posteriormente era exportado hacia Bélgica. A través de tal falsificación se consiguió, pues, que el producto apareciese como de origen comunitario y, por tanto, libre del pago del arancel aduanero.

Piénsese igualmente en los fraudes a las subvenciones concedidas por la Comunidad. Hace muy pocos años –por citar un caso concreto acaecido– unas empresas españolas se aprovecharon de las subvenciones que concede la Comunidad para la exportación de vinos a países no productores, utilizando el truco de exportar, o, mejor dicho, figurar que exportaban vino a Suecia –país no productor–. Ese vino figuraba, luego, como comprado por filiales de las sociedades españolas en el país nórdico. Los mostos, sin embargo, no llegaron a ser descargados nunca en Suecia, sino que eran desviados a E.E.U.U. –país productor de vino–, obteniéndose por este producto subvenciones por un valor de 21 millones de dólares.

Ejemplos éstos –que podrían multiplicarse hasta el infinito– que ponen sobre el tapete, la necesidad de determinar y concretar el papel que las Comunidades Europeas y los Organos Comunitarios, así como los distintos Estados miembros han de desempeñar y desempeñan en el descubrimiento, enjuiciamiento y sanción de tales fraudes.

En este punto, (antes de aludir a jalones tan importantes en la protección penal de dichos intereses como son el Tratado de Maastrich, el Convenio de Cannes o nuestro nuevo Código Penal) es preciso comentar, por vía de inciso, y en voz baja, –en voz baja, a pesar de que ello ha sido reconocido en foros internacionales– que un freno importantísimo en la lucha contra aquellas defraudaciones está, de hecho, en la falta de espíritu comunitario de las autoridades nacionales de los distintos Estados: Falta de colaboración –evidenciada incluso en la no cumplimentación de los controles e inspecciones exigidos por los Reglamentos Comunitarios–, que posiblemente obedece, no tanto a desidia comunitaria, como al hecho de que, según la normativa europea, cuando el quebranto económico de la Hacienda comunitaria (por ejemplo, falta de percepción de aranceles aduaneros, pagos indebidos de la Comunidad, no recuperación de lo procedente, etc.) se deba a la actuación negligente de una Administración Nacional, es ésta la que debe soportar las pérdidas del fraude, e incluso abonar, con intereses de demora, a la Hacienda Comunitaria, las cantidades que debieran haberse recaudado. (Es explicable, pues, que, así las cosas, no exista demasiada preocupación por un control exhaustivo y eficaz del fraude de tales recursos comunitarios).

Por otro lado, vale la pena resaltar –también por vía de inciso– que el fraude a las Haciendas Comunitarias se produce, en buena medida, aprovechándose de los resquicios y posibilidades que dejan abiertos las

propias Normas comunitarias, como consecuencia de un modo de legislar casuístico, complejo y profuso, de difícil coordinación (14). A lo que debe agregarse el dato de que son diez las lenguas distintas en que se redactan los Reglamentos y las Directivas comunitarios, con el consiguiente riesgo de disparidades legislativas y semánticas. Todo lo cual motiva y explica un hecho curioso y hasta grotesco: Que hoy existan en Europa bastantes bufetes de abogados dedicados especialmente a buscar las distintas contradicciones y lagunas en la letra de la ley aplicable, a fin de obtener ventajas económicas, ello en detrimento de las Haciendas Comunitarias.

VIII.- El Tratado de Maastricht y el Convenio de 1995: Su importancia en la lucha contra el fraude a los intereses comunitarios y en la armonización del Derecho Penal de los Estados miembros.

¿Cómo abordó el TRATADO DE MAASTRICHT, en vigor desde 1993, la lucha contra el fraude a los intereses de la Hacienda Comunitaria?

Muy sucintamente, –pues es materia que los juristas conocen– recordemos que dicho Tratado se refirió a tal cuestión en su Título VI letra K. Y que en el mismo no se modificó, desde luego, el panorama de las competencias penales comunitarias, ni se previó la autoatribución de un “ius puniendi” de ámbito comunitario. Lo cual equivale a decir –y valga otro inciso, inciso conectado directamente con el tema de esta intervención– que se deja de lado en dicho Tratado la idea de un Código Penal común para los Estados miembros.

Pero, por otro lado, dicho Tratado contiene avances muy positivos para una armonización del Derecho Penal en Europa. Así:

- incluye un catálogo de derechos humanos (tal como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, colmándose con ello una laguna muy sentida por todos).

- y prevé técnicas de asimilación y de coordinación entre las normativas penales de los distintos Estados europeos.

Una cuestión se planteó enseguida, tras la entrada en vigor del Tratado, al ser abordada su ejecución o cumplimiento. Porque la idea de armonización que flota en dicho Tratado hubo de ser materializada optando entre dos alternativas o caminos: O la firma de un Tratado o Convenio entre los distintos Estados, de acuerdo con el Derecho Internacional Penal clásico; o la promulgación de una Directiva Comunitaria, amparada en los Tratados fundacionales que otorgan a las Comunidades la facultad de promulgar directivas precisamente para armonizar los distintos derechos nacionales (15).

El camino elegido fue el de un CONVENIO entre los distintos Estados miembros. Con ello, por tanto, se dejó de lado la técnica de las Directivas, que es sin duda la más eficaz y la más enérgica por cuanto obliga a los Estados miembros a trasladar a su Derecho interno el contenido de la Directiva, incluso con sanciones en caso de incumplimiento. Mientras que ello no ocurra con los Tratados o Convenios, los cuales, además, requieren la ratificación del respectivo Parlamento nacional sin que la falta de tal ratificación conlleve sanción alguna.

Se abandonó, pues, al optar por tal sistema de CONVENIO el firme camino que se había emprendido con dos importantes Directivas: Una, sobre el uso de información privilegiada (INSIDER TRADING) en 1989 (16); y otra, sobre el blanqueo de dinero en 1991: Directivas que, por cierto, habían conseguido un elevado grado de armonización de los derechos sancionadores estatales.

Así, pues, en la cumbre de Cannes, en Julio de 1995, el Consejo de la Unión Europea aprobó un CONVENIO, titulado “para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas”.

CONVENIO –hay que decirlo enseguida– que no ha sido hasta ahora ratificado por España, y que, por tanto, en rigor, carece de eficacia y virtualidad jurídica.

Y seguramente tal falta de ratificación por nuestra parte no ha sido casual, ni responde a otras prioridades del Parlamento Español; sino que obedece a ciertos aspectos concretos del mencionado CONVENIO que no son asumibles por nuestro Ordenamiento Jurídico.

Botón de muestra de tal inasumibilidad pueden ser estos dos detalles siguientes: El primero, relacionado con las conductas a castigar y las sanciones a imponer: Según el Convenio, los Estados miembros han de castigar con penas de privación de libertad de entidad suficiente para dar lugar a la extradición (o sea pena mínima de un año de prisión) los fraudes que superen los 50.000 Ecus: Exigencia que supone, en ciertos casos, o bien que hay que castigar al autor igual que al cómplice, y la tentativa igual que el delito consumado, o bien que habrá que castigar al autor con una pena elevadísima para que posteriormente al calcular las penas de la tentativa o de la participación sigan siendo lo suficientemente elevadas como para que puedan dar lugar a la extradición.

El segundo botón de muestra está en la proyección de la territorialidad y de la personalidad de la ley penal, que, según el CONVENIO, ha de posibilitar el seguimiento de varios procedimientos judiciales simultáneos en distintos Estados (cuando la conducta típica haya sido realizada en varios de

ellos o en ellos se hayan obtenido beneficios), para, luego, decidir, por acuerdo entre las partes, cuál de los Estados miembros ha de enjuiciar al autor o autores del presunto fraude: Sistema que choca frontalmente con el tenor literal del artº 24 de nuestra Constitución, que veda radicalmente una determinación del Juez “ex post”, efectuada por negociación entre las partes.

IX.- El nuevo Código Penal (L.O. 10/1995) y la nueva Ley de Contrabando (L.O. 12/1995).

Ahora bien: Es lo cierto que, pese a la falta de ratificación por España del aludido CONVENIO internacional de Julio de 1995, nuestro nuevo Código Penal (Ley Orgánica 10/95) –siguiendo una línea legislativa que merece elogios– ha incorporado al mismo una buena parte de las directrices de aquel Convenio.

Fue ello debido a una enmienda del grupo socialista, enmienda sumamente acertada, en el curso de la discusión parlamentaria, en el Senado, en la que se propuso la introducción en el Título XIV de determinadas conductas típicas; enmienda que luego fue objeto de otra complementaria que determinó la inclusión, además, de dos faltas en el Libro III del mismo Código.

Con ello, pues, puede decirse que se ha producido una primera recepción del aludido CONVENIO de 1995 en el Derecho Español.

La regulación concreta de esta materia en el nuevo Código, sin embargo, no parece demasiado afortunada, por cuanto ni se ha seguido el criterio de dedicar un capítulo o sección del mismo –que hubiere podido denominarse “De los delitos contra las Comunidades Europeas”– a las correspondientes conductas típicas; ni se ha adoptado tampoco el sistema de asimilar y equiparar las Haciendas Comunitarias a las Haciendas Públicas españolas, protegiendo a aquéllas en los mismos términos que a éstas.

Sino que el legislador ha optado por intercalar o entremezclar en el Título XIV varios artículos que sancionan determinadas conductas en perjuicio de la Hacienda de las Comunidades. Conductas que, en un intento de sistematización, pueden concretarse en las siguientes:

- el OBTENER INDEBIDAMENTE FONDOS DE LAS COMUNIDADES falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieren impedido. (Artº 309)

- el DAR A LOS FONDOS OBTENIDOS APLICACION DISTINTA de aquélla a que estuvieren destinados. (Artº 306, inciso segundo).

- el ELUDIR el pago de CANTIDADES, TRIBUTOS O RETENCIONES,

u OBTENER indebidamente DEVOLUCIONES, o DISFRUTAR BENEFICIOS FISCALES, de la misma forma. (Artº 306, inciso primero y artº 305.3 en relación con el artº 305.1).

A través de la descripción de tales conductas, se penaliza, como se ve, tanto el fraude en el disfrute de subvenciones comunitarias, como el fraude a los ingresos de la Comunidad (17), siempre y cuando –y ello es una condición objetiva de punibilidad– la cantidad defraudada exceda de 50.000 ECUS (unos 8.000.000 pesetas) para los delitos; y exceda de 4.000 ECUS (unos 650.000 pesetas) para las faltas (18).

Por cierto, algún autor con humor, –y valga otro inciso– comentó, a raíz de la promulgación del nuevo Cd. Penal y dada la referencia que en él se hace a los ECUS, que dicho Código “empezó a envejecer antes de entrar en vigor”; puesto antes de su promulgación ya estaba decidido que la moneda de la Unión Europea se denominaría “euro” y no “ecu”.

Entre los muchos comentarios que sugiere la regulación examinada, vamos a aludir –por razones de brevedad– sólo a tres de ellos:

1.- En primer lugar: Las cantidades mínimas en ECUS exigidas para el delito y para la falta en perjuicio de las Comunidades Europeas son más bajas que las exigidas para las defraudaciones en perjuicio de las Haciendas Públicas nacionales. Ello equivale a decir que al eventual defraudador le convendría más defraudar intereses nacionales que intereses de las Comunidades Europeas, pues en el primer caso tendría un mejor trato penal.

2.- En segundo lugar, que el defraudador comunitario no puede hacer uso de la excusa absolutoria que el Código Penal establece para los defraudadores internos si regularizan su situación tributaria o reintegran las cantidades que expresan los artº 305 y 308 del C.P. Se aprecia, pues, aquí también, una mayor severidad o rigor penal en el castigo del fraude a los intereses comunitarios que en la punición del de los nacionales. (Aunque justo es decir, por otro lado, que el fraude a las subvenciones internas conlleva una pena (artº 308.2) que no está prevista para los comunitarios: la de la pérdida de la posibilidad de obtener ayudas o subvenciones públicas).

3.- Por último, repárese en que la tipificación diferenciada del fraude a las Haciendas Comunitarias y del fraude a las Haciendas españolas, puede dar lugar a dudas y problemas importantes en cuanto a la punición en el caso, muy frecuente, de subvenciones cofinanciadas. Piénsese, por ejemplo, en el caso del señor que recibe una subvención de 16 millones de pesetas: 9 de ellos a cargo del erario nacional y los 7 restantes a cargo de los fondos comunitarios. Si se tiene en cuenta que el fraude de subvenciones

nacionales (act° 308 C.P.) sólo es delito a partir de los 10.000.000 pesetas y el fraude realizado a las subvenciones comunitarias sólo a partir de 50.000 ECUS (o sea unos 8.000.000 pesetas) resulta que tal defraudador no podrá ser castigado por delito, pese a haber defraudado la cantidad global de 16.000.000 pesetas (19).

Por otra parte, y en otro aspecto, la nueva Ley de Contrabando de 1995 (L.O. 12/1995 de 12 de Diciembre), aunque inspirada en el CONVENIO de Cannes de 1995, no cumple tampoco con el conjunto de las exigencias del mismo.

Dicha Ley de Contrabando, por otra parte (por haber prevalecido en ella criterios político-económicos) contiene, en ciertos aspectos, soluciones sorprendentes que hacen tambalear el principio de libre circulación de mercancías proclamado en Maastricht (20). Tal ocurre, por ejemplo, con el tabaco de origen comunitario, el cual es considerado por la Ley como género estancado, por lo que su comercio, tenencia y circulación sin cumplir los requisitos establecidos es materia objeto del delito de contrabando. Por otro lado, en sentido contrario, la salida del territorio nacional de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, aunque su destino fuere otro país de la Unión Europea, es considerado también delito de contrabando si ello se hace sin la previa autorización administrativa. Criterio éste que, además, está en contradicción con el contenido de la importante Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 23 de Febrero de 1995, a la que enseguida brevemente vamos a aludir. Y aludiremos a ella por cuanto, además, a su trasluz, podremos hacer una breve alusión al tema de “los Delitos Monetarios”.

Tal sentencia –de 23 de Febrero de 1995–, resolviendo una cuestión prejudicial promovida por la Audiencia Nacional española (21) declaró –en un caso de presunto Delito Monetario– que es contrario al Derecho comunitario el que un Estado miembro pueda someter la exportación de moneda a una autorización previa. ¿Por qué? Porque el sistema de “autorización previa –dice el Tribunal de Luxemburgo– representa que hasta que tal autorización no se conceda –si es que se concede– la divisa no puede salir del territorio, con lo que, de hecho, la circulación queda sometida a la discrecionalidad de la Administración. Con tal sistema, pues, una libertad –la de la libre circulación de capitales o de mercancía– se puede convertir en ilusoria.

Tal sentencia de Luxemburgo, sin embargo, no fue bien recibida por nuestro Tribunal Supremo, el cual, meses después, dictó la Sentencia de 17 de Julio de 1995 (ponencia de MONTERO) en la que se mantiene un criterio totalmente opuesto al del Tribunal de Luxemburgo, llegando

—curiosamente— a afirmarse (sin duda, para justificar la discrepancia) que “el Estado no puede encontrarse impotente ante la salida salvaje y tumultuaria de capitales guardados en maletines o bolsas de viajes u ocultos en los dobles fondos de los automóviles”. Así pues desestima el recurso, y mantiene la condena, al socaire —sostiene— de que, aun prescindiéndose del requisito de la “autorización previa” será necesaria por lo menos una “declaración” a la Administración, cuya ausencia —dice— tiene transcendencia penal (22).

Menos mal que, el legislador español, —dándose cuenta de que el estar en Europa conlleva unas exigencias ineludibles— ha promulgado muy recientemente el Real Decreto 1638/1996 de 5 de Julio (23) en el que se suprime la exigencia de “previa autorización” para la salida del territorio nacional de moneda, billetes de banco, etc.; dejándola sometida solo a una simple “declaración” cuando su importe fuere superior a 1.000.000 pesetas por persona y viaje; declaración, por otro lado, de carácter administrativo (carente de toda transcendencia penal).

X.- Consideración final.

Señoras y señores:

Antes de terminar y antes de que Vds. puedan escuchar la intervención del admirado y querido Prof. D. Gabriel Garcías —quien, por cierto, de todo esto sabe mucho más que yo— desearía hacer una reflexión: Una reflexión al hilo precisamente de los esfuerzos de la doctrina para dotar a Europa de unas estructuras eficaces de lucha contra la delincuencia económica internacionalizada.

No son suficientes —digámoslo claramente y enseguida— los métodos y las técnicas hasta ahora utilizados, que fueron establecidos por el Tratado de Maastricht.

Ni el sistema de la simple cooperación, ni el de la asimilación de normas, ni el de la armonización entre los distintos Derechos Europeos son suficientes para luchar eficazmente contra la delincuencia internacional.

Se requiere la unificación: La unificación aun a riesgo de que los Estados tengan que renunciar y abdicar de una parte de su soberanía, tengan que modificar a fondo su legislación (25) y tengan que renunciar a concepciones individualistas: Unificación que, —eso si— se ha de llevar a cabo sobre unas premisas dogmáticas totalmente seguras y perfectamente concordadas.

Premisas éstas, por cierto, que están, hoy, ya, muy elaboradas por eminentes expertos europeos como se aprecia, por ejemplo, en el libro

homenaje al Prof. Klaus Roxin que recoge las ponencias y las conclusiones del Congreso de COIMBRA de hace unos años.

Y... precisamente, en esta misma línea, es de destacar que, muy recientemente, tres de estos expertos europeos: Un alemán, Klaus Tiedemann; un español, Enrique Bacigalupo; y un italiano, Giovanni Grasso, coordinados por el Prof. Delmas-Martí, de la Soborna, han elaborado, no un nuevo estudio doctrinal sobre la cuestión –sobran los estudios doctrinales– sino un proyecto de “reglas” concretas, articuladas, a las que han denominado CORPUS IURIS, redactadas para ser adoptadas, ya, por todos los estados de la Unión Europea, para la protección de los intereses financieros de dicha Unión Europea.

La idea raíz/matriz del trabajo viene expresada en pocas palabras, muy precisas, y muy elocuentes, en la contraportada del libro publicado, en cuyo texto se dan a conocer tales “reglas” debidamente glosadas y comentadas.

La edición es bilingüe, en inglés y en francés.

Esta editada en París y su tinta está todavía fresca, pues salió a la calle hace sólo unas semanas. (25).

Voy a leerles a Vds. aquellas palabras en su versión francesa:

“Cet ouvrage propose une réponse radicalment nouvelle à l’absurdité dénoncée par tous, mais toujours tolérée, qui consiste à ouvrir largement les frontières aux délinquants pour les refermer aux organes chargés de la répression, au risque de transformer nos pays en véritables paradis pénaux. Il ne s’agit pas d’un code pénal ni d’un code de procédure totalement pénale européen ... mais d’un ensemble de règles pénales, qui constituent une sorte de corpus iuris, limité à la protection pénale des intérêts financiers de l’Union européenne, et destiné à assurer, dans un espace judiciaire européen largement unifié, une répression plus juste simple et plus efficace”.

El proyecto consta de solo 37 artículos:

Los 17 primeros destinados a describir los tipos de delito y las penas a imponer (todo ello con estricta sujeción a los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad); y los 18 restantes dedicados al procedimiento, desarrollando un modelo de proceso –con todas las garantías exigibles– proceso que está asentado –y éste es el “quid” de la cuestión– sobre la base de la creación de un espacio judicial único europeo (integrado por el conjunto de los territorios de los Estados miembros de la Unión Europea), espacio en el que un Fiscal General Europeo y los Fiscales Europeos Delegados del mismo en cada país y en cada capital que se estime

conveniente, llevarían la instrucción e investigación de los delitos comunitarios, para que, luego, en el Estado cuya jurisdicción resultara más apropiada para una buena administración de Justicia, los Jueces nacionales de dicho país procedieran a la celebración del Juicio y a dictar la sentencia correspondiente.

Un proyecto ambicioso –en cuyos detalles no podemos entrar–, que requerirá seguramente reformas constitucionales, pero que aporta un rayo de auténtica esperanza en esta candente cuestión.

Ahora bien: Señoras y Señores:

Con proyecto o sin proyecto, lo cierto es que los juristas europeos tienen ante sí –a punto casi de cambiar de milenio– un auténtico reto: Un reto esperanzador, un reto que debe ser abordado con ilusión y con confianza. Un reto que nadie podía imaginar cuando en 1985 España se adhirió a las Comunidades Europeas.

Nada más. Y muchas gracias.

Palma, Septiembre 1996

NOTAS

(1) Una excepción fue el Profesor Klaus Tiedeman quien desde siempre se ha preocupado por la cuestión: Véanse sus obras publicadas en 1974. Y confróntense los trabajos publicados bajo el título “Hacia un derecho penal económico Europeo”, con motivo de las “Jornadas de honor del Profesor Klaus Tiedeman” celebradas en Madrid en Octubre de 1992.

(2) En 1994 Margarita Mariscal de Gante, actual Ministra de Justicia y entonces vocal del C.G.P.J., formuló un Voto Particular en relación con el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 21 de Diciembre de 1994 aprobando el Anteproyecto del Nuevo Código Penal, voto en el que, entre otros extremos, expresó que “la situación penitenciaria continúa siendo extraordinariamente insatisfactoria: Ni reinserción para los internos ni seguridad para los ciudadanos en general...”. Y que “... la discusión mundial acerca de las diversas posibilidades de afrontar la delincuencia, así como los resultados de esa discusión no pueden tener valor decisivo para las opciones legislativas allí donde, como sucede en España, no existen los medios necesarios para hacer realidad esas alternativas”.

(3) Véase “Hasta dónde el control penal en una sociedad democrática” IX Congreso de Jueces para la Democracia. Alicante Octubre 1994.

(4) JESCHECK, Haus Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Traducción y adiciones de Derecho Español por Mir Puig y Muñoz Conde. vol. I, pg. 5 y 11.

(5) Cita tomada del estudio “Apuntes sobre el perfil del Juez Penal”. RUIZ VADILLO. Estudios de Derecho Procesal Penal 1995.

(6) RUIZ VADILLO, Enrique. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. 17 Junio 1996.

(7) Una encuesta realizada en Agosto de 1996 (véase el diario EL MUNDO del 12 Agosto 1996) refleja que una mayoría de los españoles cree que el cumplimiento de los requisitos de convergencia de Maastricht y la moneda única no merecen tantos sacrificios de recorte presupuestario y de ajuste social, necesarios para cuadrar cifras y rebajar el déficit en más de un billón de pesetas.

(8) Pueden verse los meritorios trabajos de ENRIQUE RUIZ VADILLO: “ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE UN POSIBLE DERECHO PENAL COMUN DE LA UNION EUROPEA” en la R.D.P. y C., 1994, n° 4; “LA RELACION ENTRE LOS ORDENAMIENTOS PENALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y DEL DERECHO PROPIO DE LA COMUNIDAD” en “Noticias de la Unión Europea”, 1995; “EL DERECHO COMUNITARIO Y EL TRATADO DE LA UNION EUROPEA”. Conferencia de Cáceres, 30 Abril 1992; “HACIA UNA REORDENACION DE LOS DERECHOS PENALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS CON VISTAS A UNA MEJOR PROTECCION DEL DERECHO COMUNITARIO”. Conferencia en ICADE-ICAI, Octubre 1992; ¿QUE PUEDE ESPERARSE RAZONABLEMENTE DE UN DERECHO PENAL EUROPEO COMUNITARIO?. “Actualidad Penal”, n° 34, 20-26 Septiembre 1993; “EL INCIPIENTE DERECHO PENAL COMUNITARIO”. Conferencia de Clausura en las Jornadas de Derecho Comunitario Europeo. Universidad de Alcalá de Henares. (Enero 1994); “EL DERECHO PENAL EN EUROPA”. Conferencia en Santander 1992; Asimismo pueden verse los profundos trabajos de ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER “POSIBILIDADES DE UNIFICACION DEL DERECHO PENAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS PARA LA PROTECCION DE LOS INTERESES DE LA COMUNIDAD”. C.P.C. 1990, n° 41; y “ESTUDIO COMPARATIVO DEL DERECHO PENAL DE LOS E.E.M.M. DE LA U.E. SOBRE LA REPRESION DEL RECICLAJE O BLANQUEO DE DINERO ILICITAMENTE OBTENIDO”; y otros de los mismos autores.

(9) La doctrina distingue entre los conceptos de aplicabilidad directa y efecto directo. La aplicabilidad directa propiamente dicha es exclusiva de los reglamentos. La cuestión es importante y es conveniente distinguir bien entre ambos términos: La aplicabilidad directa se predica de un tipo de norma en cuanto tal –reglamento– pero puede darse el caso yare un determinado precepto de un reglamento no posee las características que determinan el efecto directo, en cuyo caso no podrá ser invocable y por tanto no susceptible de crear derechos y obligaciones para los particulares. (Cfr. PELLICER ZAMORA. “Los caracteres del Derecho Comunitario”).

(10) Revista del Consejo General de la Abogacía Española. Junio 1996, pág. 29 y 31.

(11) Desde el punto de vista doctrinal, pueden verse los estudios de TIEDEMANN DANNECKER y SCHERLOCK7HARDING sobre la “Armonización del Derecho Penal en el interior de la Comunidad Europea. (Transcribo esta cita tomándola del libro de ADAN NIETO “Fraudes Comunitarios”).

(12) Puede verse el brillante estudio de BACIGALUPO “La protección de los intereses financieros de la Comunidad en el Derecho Penal español). C. P. C. 1990 n° 41 página 258 y siguientes.

(13) Véase “Fraudes Comunitarios” de ADAN NIETO MARTIN, Editorial Praxis, Página 3: “El Mercado Común como factor criminológico especial”.

(14) Hasta el punto de que la propia Comisión Europea ha creado un grupo de trabajo con el fin de simplificar la legislación.

(15) Referencia común de ambos sistemas o alternativas era, claro esta, la absoluta necesidad de evitar las disparidades legislativas entre los distintos Estados, tanto en cuanto a la protección de los intereses comunitarios como respecto a otros intereses del Derecho penal económico como son la protección del consumidor, del medio ambiente del mercado bursátil, de los derechos de los Trabajadores, de los accionistas, etc. Y todo ello por haberse detectado, de hecho, que numerosas empresas estaban prefiriendo instalarse en aquellos países comunitarios cuyos sistemas sancionadores eran –o son– más benévolos o más ineficaces a la hora de castigar aquellas infracciones.

(16) Sobre esta Directiva puede verse el estudio “El Insider Trading” de Jacobo López Barja de Quiroga, en el Anuario de Derecho Penal, Septiembre-Diciembre 1993, fascículo III.

(17) La expresión “cantidades que se deban ingresar” utilizada por el artº 306 no resulta demasiado lúcido, pues no es claro a qué “cantidades” se refiere. Desde luego no puede referirse a tributos comunitarios porque éstos están previstos en otro precepto (el artº 305.3 en relación con el artº 305.1) NIETO (obra citada, pág. 383), entiende que bajo la expresión “cantidades”, el legislador penal estima como conducta típica la de quien recibe una subvención a la que, en principio, tiene derecho, pero, posteriormente, por variar las circunstancias, ha de ser revocada; o, la de quien en caso de subvenciones que se concedan periódicamente, deja de tener derecho a su renovación o mantenimiento. La conducta típica consistiría, por tanto, bien en la violación de una obligación de comunicación o bien en suministrar declaraciones o documentos falsos, que impide a la Administración reclamar una subvención a la que ya no se tiene derecho, por variar las circunstancias o que provoca que dicha Administración siga abonando cantidades periódicamente, o renueve la misma subvención (subvenciones periódicas).

(18) Respecto a la concreción de las cantidades en ECUS, CARLOS VAZQUEZ IRUZUBIETA (“Nuevo Código Penal comentado” 1996. Editoriales de Derechos Reunidos) dice: “Este Código empezó a envejecer antes de entrar en vigencia: En la Cumbre de Madrid de 1995 se decidió que la moneda de la Unión Europea se denominaría “euro” y no “ecu”.

(19) NIETO (“Fraudes comunitarios” Editorial Praxis) propone que en casos como el apuntado, tanto las subvenciones que procedan del Erario español como de los comunitarios gestionados por la Administración española deben ser tutelados por el precepto que protege las subvenciones españolas (el artº 308) cuando el fraude globalmente considerando supere los 10.000.000 pesetas y ello cualquiera que sea la cantidad o el importe que en la subvención pertenezca a la Hacienda española o a la Hacienda Europea.

(20) Véanse artº 2 de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de Diciembre (B.O.E. 12 y 13 Diciembre) y comentario de Alfonso Breznéz en “Actualidad Aranzadi” nº 230.

(21) Asuntos acumulados BORDESSA (C-358/93) y MARI- BARNERO (C-416/93).

(22) Véanse al respecto, entre otros, los trabajos de Daniel Alvarez Pastor y Fernando Eguidazu: “La aparición de nuevos delitos monetarios” en la revista “Comunidad Europea Aranzadi”, Enero 1996, pgs. 37 y siguientes; y de Angel Calderón Cerezo: “Otra vez los delitos monetarios” en Actualidad Jurídica Aranzadi, Año V, nº 212, 14 Septiembre 1985; y de Angel Juanes Peces, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura: “La incidencia del Derecho Comunitario sobre el Derecho Penal” en la revista “Comunidad Europea Aranzadi”, Noviembre de 1995, pgs. 35 y siguientes.

(23) Publicado en el B.O.E. del 9 Julio 1996. En el preámbulo de dicho Decreto Ley se hace mención expresa de la referida sentencia de 23 de Febrero de 1995 dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al igual que de la de fecha 14 de

Diciembre de 1995 del mismo Tribunal, destacando que dichas sentencias “han declarado contrario al Derecho Comunitario el requisito de la autorización previa”.

(24) Es indudable que el artº 93 de la Constitución mediante el que se dio entrada al Derecho Comunitario en nuestro Ordenamiento provocó un supuesto de “autorruptura” constitucional, pues en su seno albergaba una serie de consecuencias que hacen necesario replantear el funcionamiento de los órganos y poderes constitucionales. En este sentido, la mayor incidencia, la presenta la hipervaloración de la función judicial. (Véase ALONSO GARCIA “La incidencia en el Ordenamiento constitucional español de la Ley Orgánica 10/95 sobre Adhesión de España a las Comunidades Europeas).

(25) Agradezco al Prof. Enrique Bacigalupo, Magistrado del Tribunal Supremo y experto conocedor de todos los Derechos, su gentileza de hacerme llegar tan interesante trabajo, en el que él –así me consta– ha tenido un relevante y decisivo protagonismo. (Ed. Economica, 49 Rue Héricart 75015 París).