

EL FRAUDE DE SUBVENCIONES EN LA UE Y EN EL CP

Luis Arroyo Zapatero

Catedrático de Derecho penal de la UCLM.

Adán Nieto Martín

Profesor Titular de Derecho penal de la UCLM

INTRODUCCIÓN

Como es de todos conocido, la política de “pequeños pasos” ha sido esencial en la creación de la Comunidad Europea, primero, y de la Unión Europea, después. Esta estrategia es probablemente tan imprescindible en los terrenos de la negociación política, como enojosa y desesperante cuando lo discutido se quiere plasmar en instrumentos jurídicos o cuando después se intenta explicar su evolución o contenido. La política criminal supranacional referente a la protección de los intereses financieros de la Comunidad participa de esta característica genética del Derecho europeo. Y la primera parte de este artículo tiene como cometido intentar exponer su emponzoñada evolución y la encrucijada en la que actualmente se encuentra. Puesto que los autores de este trabajo se han ocupado ya en otras ocasiones de estos asuntos¹, se hará breve resumen de lo ocurrido en los primeros años, esto es, desde el 89 (caso del “maíz”²) hasta finales de los años 90 (el fin de la UCLAF y la aparición de la OLAF), para a continuación centrarnos en los aspectos más actuales: la creación del Fiscal General Europeo o la implantación progresiva del Corpus Juris. Esto en lo tocante al aspecto “supranacional” de la cuestión, pues la segunda parte se dedica a analizar la protección de los intereses financieros desde el ángulo interno. Aquí se trata, fundamentalmente de abordar las complejas relaciones entre el art. 308 del CP y los delitos de estafa y

¹ Arroyo Zapatero, Delitos contra la Hacienda pública en materia de subvenciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987; Nieto Martín, Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo. Praxis,. Barcelona, 1996 (a); del mismo La lucha contra el fraude a la Hacienda Pública comunitaria: de la asimilación a la unificación, en C. Martínez-Bujan Pérez (dir), I Congreso hispano italiano de Derecho penal económico, A Coruña, 1988 (b).

² STJCE de 21-9-89, Rec. p. 2859 ss.

fraudes comunitarios y de examinar las consecuencias que la implicación de funcionarios públicos trae consigo en los supuestos de fraude³.

I. La evolución del derecho comunitario en la “lucha contra el fraude”.

A) La primera década (1989-1999)⁴.

Dejando de lado precedentes lejanos, que se remontan a la mitad de los años 70⁵, la sentencia del “maíz griego” marcó el punto de inflexión en lo político y en lo jurídico. El diseño era el siguiente. De un lado, el estrictamente penal, la asimilación: los países miembros habrían de proteger la Hacienda de la Comunidad de forma similar a sus respectivos intereses nacionales y en cualquier caso de manera efectiva, disuasiva y proporcionada. La CE confiaba de este modo a los Estados la protección de sus bienes jurídicos, lo que jurídicamente se sustenta en el principio de buena fe (art. 10 del TCE) que los Estados cuando firman un Convenio deben acatar, de igual modo que los particulares cuando firman un contrato. Y de otro lado, en el aspecto preventivo, o administrativo: la cooperación y la coordinación, tarea que sería realizada por un nuevo organismo, dependiente de la Comisión, que nace también en esos días y fruto de la misma euforia: la UCLAF. Esta estrategia, en todos sus aspectos, se plasma al más alto nivel. En el Tratado de Maastricht (1992) se introduce el actual art. 280 del TCE (antiguo 209 A) con el – entonces - siguiente tenor literal:

“Los Estados miembros adoptarán las mismas medidas para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad que las que adopten para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financiero.”

³ Acerca de otros problemas prácticos que afectan al fraude de subvenciones vid. últimamente Terradillos Basoco (coord.), Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea. Trotta, Madrid, 2001.

⁴ En lo que sigue y con ulteriores referencias Nieto Martín (1 b).

⁵ Vid. Grasso, Comunidad Europea y Derecho penal, (trad García Rivas), Ediciones de la UCLM, Cuenca, 1993, p. 225 ss.

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, con la ayuda de la Comisión, una colaboración estrecha y regular entre los servicios competentes de sus administraciones”.

Él hasta aquí descrito constituye el tronco principal de la protección de los intereses financieros en los primeros años 90. Existen, sin embargo, dos nuevas ramas que es preciso mencionar para conocer el árbol al completo y entender su evolución posterior. La primera tiene que ver con los aspectos punitivos de la lucha contra el fraude. La Comisión muestra su intención de crear un cuerpo de sanciones administrativas comunitarias que actúen como complemento de las sanciones penales nacionales, desempeñando el papel de mínimo sancionador común⁶. Los problemas para llevar adelante este empeño eran varios. Unos políticos: Alemania plantea por aquellos años un recurso ante el TJCE con el fin de que declare que la Comisión no tiene competencias para establecer este tipo de sanciones⁷. Las únicas, según el gobierno alemán, sanciones comunitarias posibles dentro del TCE son las ya previstas en materia de prácticas restrictivas de la competencia. Y otros, dos, jurídicos. Primero: la creación de sanciones administrativas, presupuesta la existencia de competencias, por un órgano como la Comisión o el Consejo resultaba dudosa desde el punto de vista del principio de legalidad entendido como *nulla poena sine lege parlamentaria*. Segundo: no estaba del todo claro cuál era la naturaleza jurídica de las sanciones que pretendía introducir la Comisión. Estas no eran multas sino sanciones sui generis (*mojorations*, interdicciones, cauciones etc) y esto traía consigo el que ni los Estados miembros ni el propio TJCE supieran muy bien cuales eran los principios que habían de regir su imposición. El panorama era complejo, pues las divergencias a la hora de aplicarlas podían provenir tanto del hecho de que la administración estatal encargada de su imposición las considerase o no equivalentes a las sanciones administrativas, como del hecho de que aún si así hiciera no en todos

⁶ Vid. recientemente Nieto Martín, El derecho sancionador administrativo comunitario, Justicia Administrativa, número especial dedicado al Derecho administrativo sancionador, 2001, p. 259 ss

⁷ Proceso que da lugar a la STJCE de 27-12-92, Rec., p. 5383 ss.

los ordenamientos el derecho sancionador administrativo respondía a idénticos principios. Es más algunos ordenamientos las sanciones administrativas eran incluso desconocidas⁸. Estos problemas fueron paulatinamente superados. El TJCE no otorgó la razón al gobierno alemán y declaró la competencia de la Comisión, inserta en sus poderes de ejecución, para establecer sanciones administrativas destinadas a sancionar el fraude. En 1996, tras varios Propuestas y borradores, el Consejo promulga el Reglamento 2988/95 relativo a la protección de los intereses financieros. Este texto constituye una suerte de “ley marco” de las futuras sanciones administrativas destinadas a reprimir las irregularidades que afecten o puedan afectar a al “presupuesto general de las Comunidades o a los presupuestos administrados por estas” (art. 1). El citado Reglamento contiene además una Parte general con los principios básicos del derecho sancionador administrativo, que habrán de respetar las administraciones nacionales o en su caso comunitarias en la imposición de estas sanciones.

La segunda rama a la que antes me refería concierne a la prevención e investigación del fraude. La Comisión no se contenta con “coordinar” las investigaciones nacionales, lo que incluye aspectos como decidir la frecuencia o los tipos de controles que han de realizar, y con operar como una base de información, sino que decide también incrementar sus poderes de investigación, con el fin tanto de intervenir en aquellas investigaciones que realicen las administraciones nacionales, como de realizar investigaciones independientes. Al igual que ocurría con las sanciones administrativas, esta pretensión no era nueva en el derecho comunitario. Desde los años 60 la Comisión venía realizando “investigaciones propias” en materia defensa de la competencia en virtud del Reglamento. 17/62. De esta experiencia y de la jurisprudencia del TJCE se nutre el Reglamento del Consejo 2185/96 relativo a los controles financieros de las Comunidades Europeas contra los fraudes e irregularidades, cuyo objetivo radica en establecer

⁸ A esta época y a estos empeños corresponden el estudio patrocinado por la Comisión *The system of administrative and penal sanctions in the member states of european communities*, 2 Vol. Bruselas-Luxemburgo, 1994 y también libro de E. Bacigalupo, *Sanciones administrativas. Derecho español y comunitario*, Colex, Madrid, 1991.

las disposiciones generales de los controles y verificaciones *in situ* efectuados por la Comisión (art. 1) a “aquellos operadores económicos a los que se puedan aplicar las medidas o las sanciones administrativas” previstas en el Reg. 2988/95 (art. 5.1).

En consonancia con el principio de subsidiaridad, las verificaciones y controles de la Comisión sólo resultan posibles bien en caso de “irregularidades transnacionales”, bien en caso de que el Estado por su situación concreta “exija el refuerzo de los controles o verificaciones para mejorar la eficacia en la protección de los intereses financieros” y garantizar así “un nivel de protección equivalente”, bien cuando lo solicite el Estado interesado (art. 2). Los poderes de investigación que se confieren a la Comisión tienen como objeto la documentación contable y comercial de la empresa, así como otros que atienden a la verificación del cumplimiento de la actividad subvencionada (art. 7). Dentro de esta exposición, sumaria e incompleta, conviene no obstante subrayar que el ordenamiento del país en el que se realiza el control resulta complementario, sobre todo en lo tocante a las garantías, de las disposiciones del derecho comunitario (art. 6.1 tercer párrafo). Ello implica, por ejemplo, que en las investigaciones realizadas en nuestro país cuando exista oposición a la realización de un control o verificación para acceder a sus locales de una empresa será necesario que los inspectores de la Comisión soliciten autorización judicial (art. 9)⁹. Igualmente no conviene perder de vista que los controles e investigaciones que hasta ahora se han atribuido a la Comisión, y que son desempeñados por la UCLAF, son externos, no afectan y no se pueden realizar *ad intra*. No es posible, de este modo, investigar eficazmente irregularidades que hayan podido cometer funcionarios o agentes de los distintos organismos e instituciones comunitarias. En otras palabras: son absolutamente ineficaces contra la corrupción interna.

⁹ Sobre estas cuestiones Vervaele, Community Regulation and Operational Application of Investigative Powers, the Gathering and Use of Evidence with Regard to the Infringement of EC Financial Interest, en J.A.E. Vervaele (ed), Transnational of the Financial Interest of the European Union. Developments in the Treaty of Amsterdam and the Corpus Iuris, Utrecht, 1999.

Pero la evolución no se detiene en este punto. La asimilación, como principio rector sobre el que articular las relaciones con el derecho penal de los países miembros, muestra pronto sus deficiencias¹⁰. Los grados de disparidad entre los diferentes países a la hora de sancionar las conductas de fraude resultan considerables, lo cual no sólo crea desigualdades difícilmente soportables, sino que también dificulta la cooperación judicial y policial. A partir de estas reflexiones en Bruselas se planea una nueva vuelta de tuerca, que en síntesis consiste en lo siguiente: superación de la asimilación y apuesta por la armonización de los derechos penales nacionales y mejora de la cooperación judicial, superando el marco que aún sigue siendo básico y que se asienta sobre los distintos convenios del Consejo de Europa. El *new deal* se plasma en el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de 1995 y en sus dos Protocolos de 1995 y 1997.

En el terreno material CPIF y sus protocolos pretenden que todos los Estados dispongan de descripciones similares relativas al fraude tanto en materia de ingresos (delito fiscal) como en materia de gastos (fraude de subvenciones) y que sancionen estas conductas con penas privativas de libertad lo suficientemente grave como para permitir la extradición cuando la cuantía del fraude supere los 50.000 ecus. Los Protocolos persiguen, el primero, extender los delitos de cohecho de cada país de modo tal que en ellos se incluya el cohecho activo y pasivo de funcionarios comunitarios, así como el del funcionarios de otro país miembro y, el segundo, ampliar el delito de blanqueo de capitales a los procedentes de los delitos de fraude y de corrupción activa y pasiva grave, tal como habían sido definidos por el CPIF y su primer protocolo. Existen también, sin salirnos del terreno sustantivo, otro objetivo que ha de resaltarse: la necesidad de que los Estados miembros sancionen, penal o administrativamente, a las personas jurídicas cuando los comportamientos descritos en los distintos protocolos han sido cometidos en su beneficio por un dirigente de la misma o bien cuando la realización del hecho delictivo se ha visto facilitada por la falta de vigilancia o control del dirigente.

¹⁰ Esencial en este punto Delmas Marty, La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté: Bilan et perspectives depuis le séminaire de Bruxelles de 1989. Comisión des Communautés Europeennes. Bruxelles, les 25 et 26 novembre 1993.

En el espacio de la cooperación judicial, o mejor dicho del derecho internacional penal, los objetivos residen en, primero, extender el ámbito de competencias de cada país de tal modo que sea de aplicación el principio de personalidad activa, en caso de que no se acceda a la extradición de nacionales. Y, segundo, que la competencia territorial se establezca por el mero hecho de que el resultado o alguno los comportamientos se haya realizado, incluso parcialmente, en el interior del país, ya sea éste comportamiento de autoría o de participación y ya se enmarque el comportamiento dentro de un delito en grado de tentativa o consumado¹¹. Como esta extensión de competencias puede dar lugar a la apertura de varios procesos simultáneos, tanto en el Convenio como en los protocolos, se recoge el principio de non bis in idem y se apunta la posibilidad de que los Estados miembros puedan negociar entre sí con el fin de centralizar la totalidad de diligencias judiciales y el juicio en un único Estado. Es cierto que las disposiciones en materia de cooperación judicial y extradición que contienen los Convenios no son excesivamente espectaculares, pero no debe olvidarse que la mejora de la cooperación judicial y policial es objetivo de todo el “tercer pilar”. Y que aquí, aparte de todo el acervo Schengen hoy ya integrado en los Tratados, se han elaborado Convenios en materia de extradición o de cooperación aduanera.

Conviene apuntar alguna cosa más en relación a estos Convenios y es, precisamente, su ubicación dentro del “tercer pilar”, esto es el no comunitario. Ello implica una significativa escisión de la normativa europea antifraude: controles y sanciones administrativos estarían residenciados en el art. 280, esto es dentro del primer pilar, y lo penal y judicial dentro del tercer pilar. Este reparto tiene una evidente lectura política, pues significa una derrota de los centros de poder propiamente comunitarios (TJCE, Comisión, Parlamento Europeo) y una victoria de los Estados, en cuanto que la ubicación de lo

¹¹ Estos criterios resultan distintos en la I Protocolo relativo a la corrupción en perjuicio de los intereses financieros de la Comunidad, donde por razones obvias se prefiere que cada estado establezca las medidas pertinente para juzgar a sus funcionarios, ya sean estos nacionales o comunitarios.

específicamente penal dentro de este tercer pilar les permite llevar con más comodidad las riendas del asunto. Jurídicamente, tal como se puso entonces de manifiesto, no estaba en absoluto claro que la armonización de los derechos nacionales en esta materia no pudiera hacerse a partir de una directiva y sobre la base del tercer pilar.

En cualquier caso, y como en seguida vamos a comprobar, ni la Comisión, ni el PE han dado la batalla por perdida y persisten en su empeño de ubicar la lucha contra el fraude en el primer pilar. Esta nueva pretensión se fundamenta en la nueva redacción que en el Tratado de Amsterdam se le otorga al art. 280. En esta reforma a los dos párrafos que ya conocemos se le añaden tres más. Aquí interesa especialmente el siguiente y concretamente su inciso final(art. 280.4):

“El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el art. 251 y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de 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 la justicia”.

Este hermético pasaje final ha sido objeto de diversas interpretaciones que se expondrán con posterioridad, al igual que las razones que empujan a la Comisión y el PE a plantear la comunitarización de la lucha contra el fraude. No obstante, y orillando por ahora esta cuestión, conviene avisar al lector profano en asuntos comunitarios que Amsterdam trajo importantes mejoras dentro del tercer pilar, motivadas por la decepción generalizada - en tan sólo cinco años - acerca de su funcionamiento¹². Por lo que aquí interesa conviene informar que a partir de la entrada en vigor de este Tratado los Convenios celebrados no necesitan la ratificación por parte de todos los Estados para su entrada en vigor (art. 34.2.d), que además se facilita considerablemente que el TJCE sea designado como autoridad competente para interpretar las normas promulgadas dentro de este

¹² Vid por ejemplo Labayle, L’application du Titre VI du Traite sur l’Union européenne et la matière pénale, Revue du Science Criminelle et Droit pénal comparée, 1991, p. 815 ss.

pilar (art. 35). Y que, sobre todo, en materia de aproximación (armonización) de legislaciones se aumenta la capacidad de propuesta de la Comisión y se establece un nuevo instrumento para la aproximación de legislación en materia penal: las decisiones marco, que vienen a ser las directivas del tercer pilar en cuanto que obligan a los “Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios” (art. 34.2 b).

Hasta aquí el estado de la cuestión hasta 1999, sobre el que conviene hacer balance, advirtiendo que la mayoría de estas observaciones siguen siendo hoy actuales. Y éste como reconocen y proclaman Comisión y Parlamento europeo resulta bastante negativo. Pese a que los Convenios y Protocolos tiene ya un lustro de vigencia aún no están en vigor pues no han recibido las ratificaciones necesarias y no se acierta tampoco a determinar el día en que esto puede ocurrir. Por tanto, y en el marco del derecho penal sustantivo no se ha avanzado substancialmente desde la época de la asimilación. Tampoco los éxitos han sido mayores en lo referente a la cooperación y asistencia judicial, marco en el que a grandes rasgos el escenario sigue siendo fundamentalmente el de los Convenios del Consejo de Europa. Por lo que se refiere a los aspectos administrativos, y especialmente a las sanciones administrativas *ex Reg. 2988/95*, lo cierto es que la Comisión no ha incrementado significativamente su número e igualmente se carecen de datos - los informes anuales de la Comisión nada dicen sobre este asunto - acerca de si son efectivamente aplicadas por los Estados. Pero esto no es todo. En 1998 se produce un gran escándalo político que afecta a buena parte de los miembros de la Comisión. La materia del escándalo como es conocido es que o bien algunos de ellos estaban directamente implicados en asuntos de corrupción relacionados con el fraude o bien que habían sido negligentes en su control. Las acusaciones salpican incluso a miembros de la UCLAF. Desde el punto de vista de la protección de los intereses financieros este hecho significó políticamente un revulsivo tan importante como en su día fue la “sentencia del maíz”. En su toma de posesión, Romano Prodi, el nuevo presidente de la Comisión, anuncia la “tolerancia cero contra la corrupción y el fraude”. Como puede apreciarse, se prepara

desde entonces otra nueva vuelta de tuerca, que tiene como uno de sus principales impulsos un documento oficioso denominado Copus Juris (1997). La nueva estrategia político criminal sitúa los acentos más en los aspectos procesales que en los sustantivos (armonización o unificación de los tipos penales). El principal empeño en esta nueva fase radica en crear la figura del Fiscal general europeo, ya configurada en sus rasgos esenciales por los autores del Corpus Iuris. Esta autoridad "federal" supone enterrar la época de la cooperación judicial, para dar paso a un verdadero espacio común de justicia. Pero vayamos por partes.

B) La aparición de la OLAF (1999)

El escándalo político en el que se ve envuelta la Comisión europea, durante la aprobación de la gestión del presupuesto de 1998, en el que se constataron numerosas irregularidades puso de manifiesto dos importantes carencias del que desde 1988 había sido el órgano administrativo encargado de lucha contra el fraude: la UCLAF. Este organismo era enteramente dependiente de la Comisión europea y este hecho hacía complejo que pudiera reformarse a fin de cumplir con el control interno del fraude y la corrupción. La OLAF, creada por Decisión 1999/352 CEE, de 28 abril, nace con el fin de superar esta situación¹³.

En efecto, a diferencia de la UCLAF, la OLAF ha de ejercer sus "competencias de investigación...con total independencia", lo que supone que su Director no debe "solicitar ni aceptar instrucciones de la Comisión, de ningún Gobierno ni de ninguna otras institución, órgano u organismo" (art. 3). La autonomía de un órgano es generalmente una simple declaración de principios si no se acompaña de una serie de garantías. En el estatuto de la OLAF estas son: la forma en que es elegido su Director general, el tiempo de duración de su mandato y las condiciones bajo las que puede apartarse del cargo; las competencias necesarias para iniciar una investigación por iniciativa propia; la capacidad para realizar su política de contratación de personal; cierta

¹³ Realmente la OLAF no comenzó sus actividades hasta el 1-3-2000, fecha en que tomó posesión su primer Director general.

autonomía financiera, que la dota de independencia frente a la Comisión; y, finalmente, la creación de un Comité de Vigilancia compuesto por personalidades independientes cuya misión es controlar “periódicamente la ejecución de la función de investigación de la Oficina” (art. 4).

Los cometidos de la OLAF pueden sintetizarse de este modo. De un lado recoge las competencias de investigación y control externo (art.2.1) que desempeñaba la UCLAF y que, como hemos visto, están reguladas en el Reg. 2185/96. Y de otro, y ésta como apuntaba es la novedad, se le atribuyen competencias para efectuar “investigaciones administrativas internas” (art. 2.2). Pero en este punto nos encontramos con algunos problemas significativos, pues como es sabido los controles internos suenan siempre a “caza de brujas” y tampoco ha de olvidarse que los asuntos de corrupción constituyen una importante arma arrojada en la contienda política.

El marco competencial para realizar las investigaciones *ad intra* no coincide estrictamente con las conductas que, para entendernos, entran del marco conceptual del fraude de subvenciones, del delito fiscal o de las infracciones aduaneras, tal como ocurre en los controles externos. Las investigaciones internas pueden realizarse sobre cualquier actividad realizada por un agente o funcionario comunitario que vaya en detrimento de los intereses comunitarios y, en general, cualquier hecho grave, ligado, al desempeño de sus actividades provisionales, que pueda dar lugar a responsabilidad penal o disciplinaria (art. 2.1 b). Esto es, las investigaciones pueden centrarse sobre conductas que recorren toda la gama de delitos de funcionarios públicos y, por lo que se refiere a la protección de los intereses financieros, suponen un entendimiento más amplio que comprendería por ejemplo conductas relativas a adjudicación fraudulenta de contratos o de malversación de caudales públicos.

La composición del escenario jurídico en el que han de realizarse las investigaciones internas está resultando una compleja tarea¹⁴. El

¹⁴ Una completa información en relación a este y otros aspectos de la OLAF puede encontrarse en los Informes de actividades del Comité de Vigilancia de la Olaf, pertenecientes al periodo julio de

Reglamento 1999/1073, de 25 de mayo¹⁵, establece poderes de investigación en términos sensiblemente más amplios al Reglamento 2185/96. Además de la capacidad para acceder, “sin previo aviso ni plazo”, a locales de las instituciones y órganos comunitarios, para recabar cualquier tipo de documento e información o examinar su contabilidad, la OLAF tiene competencia para interrogar a los funcionarios y agentes comunitarios. El resultado de estas investigaciones puede permanecer en “secreto absoluto” en beneficio de la propia investigación, lo que significa la posibilidad de estar siendo investigado en secreto durante un tiempo ilimitado de tiempo. Se imponen además importantes deberes de colaboración a los funcionarios y agentes comunitarios y nacionales que habrán de informar inmediatamente de cualquier información relativa a posibles casos de fraude corrupción, o cualquier otra actividad ilegal¹⁶. Finalmente se dispone que con toda la información que la OLAF recabe – tanto en investigaciones externas como internas - habrá de elaborar un informe que “incluirá los hechos comprobados y, en su caso, el perjuicio financiero, y las conclusiones de la investigación”. Este informe, que habrá de ser elaborado “teniendo en cuenta los requisitos de procedimiento previstos por la legislación nacional”, constituirá un elemento “de prueba admisible en los procedimientos administrativos o judiciales del Estado miembro en que resulte necesaria su utilización, en los mismos términos y condiciones que los

1999- julio 2000 (a) y de julio del 2000-septiembre 2001 (b), e igualmente en los dos informes que hasta ahora ha realizado la propia “oficina”, 1 de junio de 1991-31 de mayo del 2000 (a) y 1 de junio del 2000 al 31 de mayo del 2001 (b). Vid. también Vervaele, *Towards an independent European agency to fight fraud and corruption in the EU?*, en *European journal of crimen*, 1999, nº 3, p. 331 ss.

¹⁵ DOCE nº L 136 de 31/5/1999, p. 1 y ss; en el mismo número se encuentra también publicado el Reglamento nº 1074/1999, que atribuye idénticos poderes de investigación en el marco de EURATOM.

¹⁶ Vid. la Decisión del Consejo 1999/394/CEE, EURATOM, del consejo de 25 de mayo de 1999, relativa a las condiciones y las modalidades de las investigaciones internas en materia de lucha contra el fraude, la corrupción y toda actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses de las Comunidades (DPCE nº L 149 de 16-6-1999, p. 36 ss y la Decisión de la Comisión 1999/396/CE,CECA, EURATOM, de 2 de junio de 1999, relativa a las condiciones y las modalidades de las investigaciones internas en materia de lucha contra el fraude, la corrupción y toda actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses financieros de las Comunidades (DOCE nº L 149 de 16-6-1999, p. 57 ss).

informes administrativos redactados por los inspectores de las Administraciones nacionales”.

No es de extrañar que sobre todo en lo tocante a las investigaciones internas los poderes de investigaciones conferidos a la OLAF estén generando numerosas objeciones, que se visualizan en el recurso presentado por un numeroso grupo de Parlamentarios europeos y por la negativa, acompañada también de sendos recursos, de instituciones como el Banco Central o del BEI quienes alegan no estar bajo el marco de acción de la OLAF¹⁷. A mi juicio, el problema que afecta a la OLAF es en síntesis el siguiente: los amplios poderes de investigación que se le han otorgado, unidos al estatuto de independencia, o al modo en que es elegido su Director General, consiguen que esta institución se perciba como una suerte de embrión o primer esbozo del Fiscal General Europeo y que las personas, sobre todo en el marco de los controles internos, que son investigadas consideren que están siendo objeto de una investigación penal, pero realizada dentro de un cuadro jurídico menos garantista.

Desde luego, no puede negarse que ciertamente en el Reg. 99/1073 existen aspectos muy preocupantes desde el punto de vista de las garantías como que la investigación de la OLAF pueda transcurrir ilimitada, secreta y paralela a un proceso penal en el que súbitamente puede aparece el informe final con la pretensión de constituirse en un “medio de prueba” en los términos vistos. Resulta por ello criticable que no se haya establecido la obligación, al igual que ocurre con los servicios de inspección, de dar obligatoriamente noticia al juez penal en cuanto existan sospechas de que los hechos investigados pueden ser constitutivos de delito¹⁸. Otro aspecto problemático de las investigaciones internas, cuando afectan a políticos nacionales, que a su vez son Parlamentarios o Europarlamentarios, es su compatibilidad con el sistema de inmunidades parlamentarias. En este sentido reparen, por ejemplo, en que la autorización que el Reg. 99/1703

¹⁷ Vid. Asuntos C 11/00 (DOCE C nº 102 de 8-4-2000, p. 8 (Banco Central Europeo), Asunto C15/00 DOCE nº C 102, de 8-4-2000, p. 9 (BEI) T17/00, DOCE nº C 122 de 19-4-2000, p. 30 (recurso interpuesto por 71 Parlamentarios europeos).

¹⁸ Vid. en este sentido Informe del Comité de Vigilancia de la OLAF (not. 15 b), p. 26.

otorga para acceder sin previo aviso a los locales de los organismos comunitarios, incluye entre ellos las oficinas y despachos parlamentarios. El que esta facultad se haya de efectuar dentro de lo dispuesto por el Protocolo de privilegios e inmunidades no tranquiliza del todo, en cuanto que la inmunidad e inviolabilidad parlamentaria se hacen valer ante procedimientos penales, pero no ante investigaciones *sui generis* que no van unidas a ningún tipo de proceso sancionador. Obsérvese además que mientras que en las investigaciones in situ externas realizadas en conformidad con el Reg. 2185/96, el ordenamiento del país en que ésta tiene lugar implementa las disposiciones de este texto sobre todo en lo tocante a las garantías, en el plano interno no está tan claro cuál es el ordenamiento interno que debe cumplir esta tarea¹⁹. Esta falta de garantías como es evidente se traduce además en una falta de eficacia en cuanto que puede dar lugar a nulidad de pruebas. Afortunadamente tanto el Comité de Vigilancia de la OLAF como su Director se han percatado con rapidez de la situación que acaba de describirse y han recomendado y realizado un atinado *self restraint* que encuentra su plasmación en el “Manual de actuaciones la OLAF”, cuya primera edición se efectuaba el 15-2-2001. En este documento, por ejemplo, se incrementa la transparencia a la hora de decidir qué pasos y criterios han de seguirse para iniciar una investigación. En general, y para ello basta con leer los dos informes emitidos hasta ahora por el Comité de Vigilancia, los temores varios que causó la implantación de “la oficina” van superándose, a la par que se clarifican algunos de los problemas apuntados.

Pese a todo, lo que la OLAF pone de manifiesto es la imposible ir más allá por el camino de la intensificación de los controles administrativos. Con la creación de este organismo se ha “tocado techo” en lo concerniente a los poderes de investigación que puede atribuírsele a un órgano administrativo, por muy independiente que sea. Nuevos poderes exigirían la intervención de un juez y con ello la

¹⁹ Ejemplo: un funcionario español es sospechoso de haber recibido en Bruselas una prima con el fin de adjudicar un contrato de obras, a realizar en Grecia, por parte de una empresa alemana. Y pregunta: ¿qué sistema jurídico ha de servir de referencia a los agentes de la OLAF?.

En el Informe de actividades de la Olaf (not. 15 a), p. 51, esto se expresaba con una claridad meridiana: “ante quince derechos penales diferentes es difícil o imposible hacer respetar el principio de una protección de los intereses financieros comunitarios de forma eficaz”.

OLAF se habría convertido en un auténtico Ministerio fiscal. Igualmente el funcionamiento de esta institución revela que por eficaces y garantistas que sean las investigaciones administrativas, éstas no solucionan el problema de la lentitud y complejidad de la cooperación judicial. Es decir, aunque la OLAF puede y debe coordinar a las distintas administraciones nacionales - por ejemplo, planificando una investigación coetánea en distintas empresas en distintos países -, esta coordinación, aunque parezca paradójico se dificulta en cuanto se procede a la apertura de un proceso penal en algún país miembro. Pues a partir de aquí, lo único que puede hacer la OLAF es intentar cooperar - "con la venia" - con las autoridades judiciales y obviamente menos posibilidades existen aún en lo tocante a la "coordinación" de fiscales y jueces de instrucción²⁰. Igualmente por grande que sea la diligencia y probidad de los agentes de la OLAF en la realización de investigaciones y elaboración de "informes", el que finalmente estos puedan ser utilizados con provecho en los procesos penales resulta complicado pues no dejan de ser actuaciones procedentes de una instancia administrativa foránea que además ha tenido probablemente que vérselas con distintos sistemas jurídicos a la hora de abordar la legalidad de sus actos²¹. Ante estas circunstancias no debe sorprender que la propia OLAF se sienta más cómoda investigando pequeños casos de fraude o simplemente irregularidades administrativas que supuestos graves con relevancia penal.

Este conjunto de reflexiones empieza a hacer evidente el porqué del empecinamiento de la Comisión y el Parlamento en la creación del Fiscal General Europeo, figura que también es apoyada y recomendada por el Comité de Vigilancia de la OLAF siempre que tiene ocasión para ello²². Y es que, como acabamos de indicar, por mucho que perfeccione

²⁰ La situación no ha cambiado substancialmente a la descrita en Nieto Martín (not. 1 a), p. 26 ss.

²¹ En el Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires ete la création d'un Procureur européen, Comisión des Communautés européennes, Bruxelles, le 11-12-2002 COM (2001) 715 final, p. 15-16, la Comisión se queja también des escaso valor que los Tribunales nacionales dan a las investigaciones de la OLAF.

²² Vid. especialmente el Dictamen 5/99 del Comité de Vigilancia de la OLAF sobre las consecuencias de una posibles aplicación del Corpus Iuris, en (not. 15 a), p. 59 y ss en donde se indica expresamene que "la OLAF se ha concebido como una solución transitoria para resolver un problema urgente, en espera de una solución más global y definitiva que requiere la aplicación de procedimientos más lentos". Vid. igualmente su Dictamen 3/2001, relativo a la posible creación de

la investigación y el control administrativos, esto sirve de poco si no se avanza en el terreno de la cooperación judicial.

C) El Proyecto de directiva relativa a la protección de los intereses financieros y la potencialidad del art. 280 del TCE.

Ya se ha advertido de la escasa fortuna que hasta el momento han tenido el CPIF y sus Protocolos adjuntos. Igualmente fueron apuntadas las razones probablemente más políticas que jurídicas que llevaron a situar estos textos en el tercer pilar, en contra de la opinión del Parlamento y de la Comisión, que estimaban suficiente como base jurídica el art. 280 del TCE en su redacción de Maastricht. Pues bien, de lo que se trata ahora es de determinar el significado del art. 280.4 en la redacción de Ámsterdam, y en concreto de su última frase, que recuerda que las medidas necesarias para la aprobación y lucha contra el fraude no pueden referirse “a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia”. La cuestión, más allá del entretenimiento académico que puede proporcionar, tiene enorme importancia en estos momentos. El art. 280.4 se considera por parte de algunos autores e instancias comunitarios la punta de lanza para la introducción del Corpus Juris y el Fiscal General europeo²³. Por otro lado y recientemente la Comisión ha realizado una propuesta de Directiva relativa a la protección de los intereses financieros cuya finalidad es llevar al primer pilar el derecho penal sustantivo del CPIF y sus protocolos. Las razones son expuestas de este modo por la Comisión: “Casi seis años después del establecimiento del convenio PIF hay que rendirse a la evidencia de que, hoy por hoy, no se ha conseguido el objetivo de la armonización y el ámbito de la protección de los intereses financieros comunitarios sigue padeciendo de la

la función del fiscal general europeo competente en materia de investigaciones internas (not. 15 b), p. 59 ss.

²³ En este sentido el informe de la europarlamentaria Sra. Theato, en el que se hace pública la toma de posición del PE indicando que el art. 280 podría ser la base “para un Reglamento en el que se contenga los tipos penales, las penas y los principios de derecho penal previstos en el Corpus Iuris”. En igual sentido la mayoría de los informes que sobre este precepto se recogen en Delmas Marty/Vervaele (éds), *La mise en oeuvre du corpus juris dans les Etats membres*, vol I, Intersentia, Antwerp-Groningen-Oxford, 2000, p. 387 ss.

inexistencia de una normas mínimas de protección penal efectivamente aplicables en toda la Unión Europea”²⁴.

Una primera interpretación de la expresión final del art. 280.4 sería contraria a las pretensiones de la Comisión²⁵. Tanto en Ámsterdam como después en Niza ha quedado claro que todo lo “penal” y “judicial” es materia del tercer pilar donde se incluye expresamente la lucha contra el fraude (art. 29 TUE). Desde este punto de vista, el objetivo perseguido con el art. 280.4 habría sido crear una base jurídica clara que permita adoptar disposiciones administrativas en el terreno de la prevención y la represión (sanciones) del fraude. Ha de recordarse en este sentido que, por ejemplo, tanto el Reglamento 2186/95 relativo a las verificaciones in situ, como el propio Reglamento 2988/95 de protección de los intereses financieros tuvieron que adoptarse a falta de una base más clara sobre el socorrido art. 235 del TCE. El que las normas generadas a partir de este precepto hayan de hacerse por el procedimiento de codecisión (art. 251) incrementa además su legitimidad, lo que es particularmente significativo a la hora de generar nuevas sanciones administrativas. La coda final quiere decir por tanto que ni el derecho penal nacional, ni la administración de justicia pueden verse afectada por estas disposiciones.

Una segunda interpretación, más incisiva, del art. 280.4 es la propuesta por Tiedemann²⁶. Este precepto permitiría adoptar normas penales que servirían para completar el derecho penal nacional relativo

²⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a las protección penal de los intereses financieros de la Comunidad (presentada por la Comisión), Bruselas, 23-5-2001, COM (2001) 272 final. En concreto la directiva supondría la introducción de un delito de fraude (art. 3), corrupción (art. 4), blanqueo de capitales (art. 6), responsabilidad de los jefes de empresa (art. 8), de las personas jurídicas (art. 9), además de establecer alguna disposición relativa a la cooperación con la Comisión (art. 13).

²⁵ En este sentido Nieto Martín, (1 b), p. 183 ss; una completa información bibliográfica acerca de las interpretaciones del art. 280.4 puede encontrarse en Satzger, *Die Europäisierung des Strafrechts*, Heymanns, Köln, 2001, p. 138 ss, quien mantiene una interpretación rigurosamente fundamentada y coincidente con la que aquí se propone.

²⁶ AGON, Nr. 17, 1999, p. 12 ss y algo más matizadamente en Delmas Marty/Vervaele (éds.) (not. 23), p. 404 ss. En concreto Tiedemann (op ult. cit p. 4) estima que el art. 280 no sirve como fundamento para establecer el Fiscal europeo “pues la creación de nuevos principios de procedimientos y la creación de nuevas instituciones procesales afectarán sin duda alguna al procedimiento nacional y a su organización judicial”.

a la protección de los intereses financieros con el fin de generar una protección equivalente. Ejemplo: si las instancias comunitarias consideran que el fraude de subvenciones ha de sancionarse en su modalidad imprudente, pueden establecer un tipo de estas características que se aplicaría en ausencia de disposición nacional. De este modo, la famosa frase final lo que quiere señalar es que la Comunidad no puede intervenir en la aplicación del derecho penal nacional creando normas penales comunitarias, que en virtud del principio de efecto directo, desplacen a las nacionales, en cuanto que esto supondría interferir en la aplicación del derecho nacional. Nada impide por el contrario la creación de tipos complementarios.

La Comisión tiene también, por supuesto, una interpretación bien definida del art. 280.4 in fine, y más avanzada que la propuesta por Tiedemann. En cuanto, que además de afirmar que la “lucha” puede plantearse desde el primer pilar, no estima que la intervención comunitaria ha de ser complementaria de la de los Estados. En concreto y por lo que se refiere a la polémica coda, su opinión es la siguiente: “conviene observar que dicha opinión no se refiere al Derecho penal de modo general y en su totalidad, sino que se refiere exclusivamente a dos aspectos específicos, a saber “la aplicación de la legislación penal nacional” y “la administración de la justicia de los Estados miembros. El apartado 4 del artículo 280 se refiere en principio a cualquier medida en el ámbito de la prevención y de la lucha contra el fraude y, en este contexto, la segunda frase establece un régimen de excepción que, habida cuenta de los objetivos de este artículo, debe considerarse de estricta interpretación”²⁷.

Ninguna de estas dos interpretaciones resulta, en nuestra opinión correcta, pues el argumento de base: la creación de auténticos preceptos comunitarios paralelos o complementarios a la legislación penal, pero en modo alguno concurrentes, no resulta del todo

²⁷ Vid. Propuesta de Directiva (not. 24), p.5 s. En la doctrina mantienen también una interpretación cercana a la de la Comisión, Bacigalupo (p. 387 ss), Delmas Marty (p. 392 ss) y Delmas Marty/Vervaele (not. 23). El argumento central de estos autores puede resumirse del siguiente modo: en cuanto que el sistema del Corpus Juris es paralelo (en vez de) al derecho penal nacional no puede decirse que interfiera en su administración de justicia ni en la aplicación de la ley penal.

convinciente. Si no es posible influir en la aplicación del derecho penal *a maiorem* tampoco resulta posible legislar en derecho penal. Cuando el legislador interno decide sancionar sólo el fraude de subvenciones en su modalidad dolosa, decide a la vez que no desea sancionar los comportamientos imprudentes, por lo que un tipo penal europeo complementario o sustitutivo está sin duda afectando a la aplicación del derecho penal nacional. Por otro lado, y si se cree conveniente recurrir a la voluntad de los “padres reformadores” de los Tratados: lo lógico hubiese sido la mención expresa en el art. 280 de una competencia tan importante como “la armonización de la legislación penal de los Estados miembros en el ámbito de la lucha contra el fraude”. Obsérvese en este sentido que en el Consejo europeo de Niza, conocida la polémica se tuvo oportunidad de aclarar este pasaje, a lo que daba pie la propuesta de la Comisión para crear el Fiscal europeo. A parte de todas estas consideraciones centradas en el art. 280.4 TCE, sigue existiendo un argumento político constitucional importante: una armonización fuerte del derecho penal resulta incompatible con el principio de legalidad en cuanto *nullum crimen sine lege parlamentaria*. Y es que el Consejo, por mucho que actúe en el marco del proceso de codecisión no es un órgano con representación popular directa.

Por otro lado, y en cuanto se refiere a la propuesta de Directiva en sí, resulta sumamente valorable en cuanto gesto político de la Comisión a modo de denuncia de la desidia estatal, pero desde un punto de vista estrictamente práctico tampoco su promulgación conseguirá alterar significativamente el estado de cosas actual. Primero, porque en caso de que algunos Estados miembros siguieran mostrando un grado de “insumisión” o dejadez semejante al actual, que les lleva a no ratificar el CPIF y sus Protocolos, los preceptos de la Directiva obviamente no podrían tener efecto y directo²⁸. Es cierto, que en este caso la Comisión podría plantear un recurso por incumplimiento contra los países “rebeldes”, pero esta decisión podría

²⁸ Sobre la no existencia de efecto directo de las directivas cuando ello sirve para agravar o fundamentar la responsabilidad penal Nieto Martín (not. 1), p.259 ss.

tomarla ahora²⁹ y en virtud de las razones que sean no se estima conveniente. Por otro lado, y situándonos en el mejor de los mundos, la hipotética traslación puntual de la directiva por parte de los Estados miembros, tampoco supondría un avance substancial. La Propuesta de directiva se limita a la parte material del CPIF y los Protocolos, pero no contiene por ejemplo las disposiciones que se refieren a la extensión de la competencia de la administración de justicia de cada Estado para juzgar los distintos comportamientos lesivos, las reglas tendentes a mejorar los procesos de extradición, sobre la colaboración judicial etc. La parte más innovadora del CPIF y los Protocolos queda fuera de la Propuesta, por lo que seguirá siendo necesaria su ratificación para una protección eficaz. Finalmente, y desde el punto de vista de la estrategia jurídica a seguir en la lucha contra el fraude la armonización es probablemente un camino que haya de dejarse atrás. La creación de un Fiscal General Europeo, la apuesta fuerte de la Comisión, no se compagina con un derecho armonizado, sino con uno unificado. Desde este punto de vista la armonización habría de entenderse como una suerte de “mientras tanto”, que probablemente y a la luz de cuanto a continuación va a referirse puede ser bastante largo.

C) El Fiscal General europeo y la introducción del “Corpus Juris”.

El Corpus Juris constituye el norte políticocriminal de la Comisión Europea y del Parlamento Europeo³⁰. Como es conocido esta propuesta supone la creación de una justicia federal dentro de la Unión, con unas figuras delictivas comunes, acompañadas de la correspondiente Parte General, que serán de aplicación directa en la totalidad de los países en el marco de un proceso cuya instrucción se confía al Fiscal general europeo y cuyos actos de investigación que

²⁹ En cuanto que los Estados que no ratifican el CPIF y sus protocolos están impidiendo una protección eficaz de los derechos comunitarios, lo que supone violar el principio de buena fe contenido en el art. 10 y 280.1 del TCE.

³⁰ Como es conocido la versión original del Corpus Juris. (Delmas Marty (dir) Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, Economica, 1997) ha sido reelaborada en lo que se conoce como la “versión de florencia” (vid. su texto en <http://www.law.uu.nl/wiarda/corpus/index1.htm>). Sobre el Corpus Juris vid. el estudio de Choelan Montalvo, Hacia la Unificación del Derecho penal comunitario. El Corpus Juris, La Ley, v. 18 y 19, 1998.

afecten a derechos fundamentales habrán de ser autorizados por un juez de garantías designado por cada Estado. El juicio oral se realizará en el país que determine el Fiscal, con recurso de apelación ante un Tribunal superior de ese mismo Estado y con recurso de casación posterior ante el TJCE.

Pese a las poderosas razones que empujan a la Comisión a apoyar este proyecto³¹, esto no significa que en el corto plazo se aspire a su introducción global. La envergadura de esta propuesta exige notables modificaciones en la mayoría de los Estados miembros, incluso en muchos de ellos de carácter constitucional³². Y ello sin contar con las adaptaciones de cultura jurídica que requerirá en los operadores de muchos Estados. La política de los “pequeños pasos” parece que se impone también en este punto y, de este modo, del conjunto del Corpus Juris el aspecto que más le interesa a la Comisión es la introducción de la figura del Fiscal General europeo. El resto de aspectos materiales y procesales del texto habrán de introducirse en cuanto que sean funcionalmente necesarios para la correcta actuación del Fiscal. Pero esta estrategia política se impone también porque el apoyo con que cuenta el Proyecto por parte de los Estados no es todo lo entusiasta que cabría esperar.

De hecho, la presentación oficial del FGE que realizó la Comisión ante los Estados miembros en la conferencia de Niza³³ se saldó con la no discusión de la propuesta por falta de tiempo y con la creación de Eurojust. Figura que supone profundizar en el campo de cooperación judicial y no en la dirección de la unificación, que en última instancia es lo que representa la creación del Fiscal³⁴. En cualquier caso, y aunque no es posible entrar aquí en las posibles relaciones entre Eurojust y el

³¹ Aparte de las que aquí ya se han expuesto, es muy aleccionador el caso práctico que la Comisión plantea como anexo al Livre Vert (not. 21), p. 94 ss.

³² Vid. los completos resúmenes nacionales que se contienen en los volúmenes II y III de la obra *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les Etats membres* (not. 23).

³³ Comunicación de la Comisión, Contribución complementaria de la Comisión a la Conferencia Intergubernamental sobre las reformas institucionales. La protección penal de los intereses financieros de la Comunidad y el Fiscal Europeo, Comisión de las Comunidades europeas, Bruselas, 29-09-2000, COM (2000) 608 final.

³⁴ Sobre el papel de Eurojust vid. la posición de la Comisión en, Comunicación de la Comisión. Sobre la creación de Eurojust, Bruselas, 27-11-2000, COM (2000) 746 final.

FGE, estas figuras, como la propia Comisión admite son compatibles: pues mientras que Eurojust dentro de la cooperación judicial habría de ocuparse de los delitos dentro de la Unión, la figura del fiscal atendería a los delitos contra los bienes jurídicos propios de la Unión o de la Comunidad³⁵.

Lo ocurrido en Niza no ha significado tampoco la retirada del Proyecto. Recientemente la Comisión ha generado dos documentos de gran importancia. En el primero de ellos se lanza la idea de establecer un Fiscal General con el fin de que se ocupe de la protección de los intereses financieros en relación a conductas que provengan de los propios funcionarios o agentes comunitarios³⁶. La propuesta obedece, como podrá adivinarse, a las dificultades que la OLAF está encontrando en la realización de controles internos. La instauración del Fiscal en este reducido ámbito, aparte de servir de ensayo general, supondría un marco más garantista y eficaz con el que combatir la corrupción interna. El segundo documento, aún más reciente, es el “Libro verde para la protección de los intereses financieros de la comunidad y la creación de un Fiscal Europeo”³⁷. Mediante este trabajo la Comisión a la par que formula con mucho más detalle que lo hizo en Niza la figura del FGE, pretende, en una iniciativa encomiable, abrir un diálogo abierto a todos los que deseen participar acerca de los aspectos claves en su conformación. En lo que sigue se abordarán sucintamente tres aspectos, a mi juicio, claves para la configuración del FGE.

La primera cuestión tiene carácter “constitucional”: ¿cuál es la base legal que proporcionan el TUE para la introducción del FGE y, en caso de que no existiera ninguna, que fórmula habría de elegirse para su introducción?. Para un sector doctrinal y el PE, conforme veíamos anteriormente, el art. 280 incluso en su actual formulación podría ser la piedra a partir de la cual edificar no sólo la institución del Fiscal sino en general todo el Corpus Juris³⁸. Por las razones expuestas

³⁵ Livre Vert (not. 21), p. 67.

³⁶ Vid. Informe del Comité de Vigilancia de la OLAF citado en la not. 22.

³⁷ Vid. (not. 21).

³⁸ Vid. infra not. 27.

anteriormente no compartimos esta opinión. La Comisión Europea estima que efectivamente el lugar ha de ser el art. 280, pero que la introducción de esta figura requeriría una modificación del precepto. Y esto fue precisamente la “propuesta de Niza” en la que se proponía incluir un art. 280 bis³⁹. Esta solución plantea nuevamente inconvenientes de orden constitucional. Conforme a la propuesta de la Comisión una vez definidos genéricamente los rasgos del Fiscal Europeo, después será el Consejo quien tenga en sus manos el diseño final del estatuto del fiscal, las figuras delictivas, las penas, las reglas de prueba etc. Es cierto que esta competencia la ejerce conjuntamente con el PE en el marco de un procedimiento de codecisión, pero también debe recordarse que en este iter legislativo lo único que tiene el PE es capacidad de veto, por lo que su intervención no satisface las exigencias del principio de legalidad⁴⁰. Ello, más allá de argumentos coyunturales como que el principio de legalidad debe interpretarse según la estructura de la comunidad, supone una importante regresión y nos sitúa a una peligrosa “pendiente resbaladiza”. Si la protección de los intereses financieros, a decir de expertos tan

³⁹ Art. 280 bis: “Con el fin de contribuir a la realización de los objetivos del apartado 1 del art. 280 el Consejo, pronunciándose a propuesta de la Comisión por mayoría cualificada y previo dictamen favorable del Parlamento Europeo, nombrará por un período de seis años no renovable a un Fiscal Europeo. El Fiscal Europeo tendrá como misión investigar, acusar y enviar a juicio a los autores o cómplices de infracciones que afecten a los intereses financieros de la Comunidad y ejercer ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros la acción pública relativa a estas infracciones en el marco de las normas previstas en el apartado tercero.

2. El Fiscal Europeo será elegido entre personalidades que ofrezcan todas las garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio en sus países respectivos de las más altas funciones judiciales. En el cumplimiento de su tarea no solicitará ni aceptará ninguna instrucción- En caso que ya no cumpliera las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones o si hubiera cometido una falta grave podrá ser destituido por el Tribunal de Justicia, a petición del Parlamento, el Consejo o la Comisión. Con arreglo al procedimiento establecido en el art. 251, el Consejo establecerá el estatuto del Fiscal Europeo.

3. El Consejo, con arreglo al procedimiento contemplado en el art. 251, fijará las condiciones del ejercicio de las funciones de Fiscal Europeo adoptando:

- (a) un Reglamento que establezca los elementos constitutivos de las infracciones penales relativas al fraude y a cualquier otra actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Comunidad así como las penas aplicadas a cada una de ellas;
- (b) las normas de procedimiento aplicables a las actividades del Fiscal Europeo y las normas por las que se controlará la admisibilidad de las pruebas;
- (c) las normas aplicables al control jurisdiccional de los actos de procedimiento adoptados por el Fiscal Europeo en el ejercicio de sus funciones.”.

⁴⁰ Vid. Nieto Martín (not. 1 a), p. 78 ss.

cualificados en la política europea en esta materia como Tiedemann⁴¹, no es sino el embrión de un futuro derecho penal económico común, resultará que a la postre los ejecutivos de los países de la Unión tendrán en sus manos las riendas de la política criminal en el sector más expansivo del derecho penal contemporáneo.

Por estas razones resulta preferible que la inclusión del FGE y las tipificaciones y reglas comunes que ello entrañan se efectuasen a través de la confección de un Convenio internacional que habría de formar parte, no del tercer pilar, sino del derecho originario. Este procedimiento es además semejante al que en su día se siguió al instaurar los estatutos del TJCE en los que por cierto figuran también disposiciones de carácter penal directamente aplicables⁴². Constitucionalmente ello permite que los Parlamentos nacionales intervengan en la creación del FGE lo que incrementa la legitimidad de la figura. Atendiendo a la conformación de un “espíritu europeo” no debe despreciarse tampoco los mayores efectos simbólicos que tendría esta vía.

Aspecto esencial en la conformación de la figura del Fiscal es, por supuesto, garantizar su independencia. La propuesta de la Comisión plasmada en el art. 280 bis. 2 resulta satisfactoria, tanto por el proceso de elección, como por la duración de la misma, que es superior al periodo de mandato de las instituciones que intervienen en su elección, como por el régimen de responsabilidad que se establece. Ahora bien, la independencia no sólo debe estar garantizada en el caso del FGE sino también en los fiscales delegados con que cuenta en cada país y que en la práctica son los que realizarán la instrucción. En relación a los mimos, y dentro de las distintas propuestas que baraja la Comisión en el Libro verde debe apostarse por la que mejor garantiza su independencia: la dedicación exclusiva a la fiscalía europea y la salida durante el tiempo que dure su mandato del ámbito jerárquico del Fiscal nacional⁴³.

⁴¹ Le frode alle sovvenzioni: origini di un diritto penale europeo, RTDPE, 1999, p. 560 ss.

⁴² Vid. Grasso (not. 5), p.188 ss.

⁴³ Livre Vert (not. 21), p. 30 s.

La tercera cuestión se refiere a los delitos que habrán ser competencia del FGE y del grado de uniformidad que se requiere en su tipificación. En relación a esta última cuestión, la Comisión se plantea en el “Libro verde” la posibilidad de que para el funcionamiento del fiscal quizás sea suficiente con un derecho penal nacional cuyos delitos destinados a tutelar a la Hacienda comunitaria se encuentren armonizados; de ahí quizás el interés del Proyecto de directiva que antes comentábamos⁴⁴. Esta opción no resulta adecuada. La creación de la figura del Fiscal es inescindible de unos delitos comunes con penas comunes e incluso con la unificación de ciertas figuras de la PG (autoría y participación, tentativa y error, fundamentalmente). Y ello no sólo porque facilite la cooperación, sino, y sobre todo, porque la armonización puede dar lugar a consecuencias tremendamente injustas⁴⁵. Esto puede evidenciarse con el siguiente ejemplo: A y B realizan como coautores un fraude de subvenciones en dos países distintos de la Comunidad, el FG decide centralizar el procedimiento en el país de A. Como B realizó el delito en su país no existe otra posibilidad que aplicarle el precepto allí vigente en el que se establecen penas considerablemente menores, que hacen posible la suspensión de la pena. Observen que incluso la no unificación puede dar lugar a consecuencias tan aberrantes como que en alguna ocasión el cómplice, juzgado por ejemplo de acuerdo con un ordenamiento (vgr. Dinamarca) en el que está vigente un modelo unitario de autor, reciba una mayor pena que el autor. Finalmente un derecho simplemente armonizado supondría que el Tribunal nacional ante el que se ha decidido concentrar el caso de fraude transnacional tiene que manejar “enteros” distintos ordenamientos jurídicos. Lo cual resulta extremadamente complejo por mucho que se instauren sistemas de asesoramiento. En suma: no creo que sea preciso insistir más en que unificación y FGE son sendas comunes.

⁴⁴ Livre Vert (not.21), p. 34 ss.

⁴⁵ Al menos para el grado de sensibilidad jurídica de los europeos, pues es cierto que en estados federales como los EEUU no resulta chocante, por ejemplo, que en unos Estados castiguen determinados delitos con pena de muerte y otros no.

Con lo hasta aquí expuesto se ha pretendido explicar la compleja evolución que durante más de una década (1989-2001) ha experimentado la política criminal comunitaria en relación a los intereses financieros. Desgraciadamente el debate hasta ahora ha sido demasiado tecnocrático y muy lejano no ya sólo para el ciudadano normal, sino incluso para la casta de los juristas. Como es fácil entrever de cuanto se ha expuesto se adivinan dos modelos: el de la cooperación, asentado en el tercer pilar, y el de la unificación que encuentra acomodo solo en Proyectos más o menos oficiosos como el del Corpus Juris y en las propuestas de la Comisión. Pues bien, sería un error pensar que la elección de uno u otro modelo es un aburrida cuestión técnica, pues tiene mucho que ver con las garantías. Profundizar en el camino de la cooperación hasta las últimas consecuencias, tal como se insiste tras los acontecimientos de Septiembre, supone recorrer un camino mucho más peligroso, ya que en definitiva supone desmontar todos los mecanismos de revisión que existen en un ordenamiento a la hora de dar validez a los actos o a las peticiones de otro (en materia de extradición, de admisión de pruebas, de reconocimiento de sentencias judiciales etc.). Esto es significa “tener que cerrar los ojos y taparse la nariz” en aras a la eficacia o a la “lucha” contra la criminalidad y implica que a la postre acabe por prevalecer el “mínimo de garantías común”. Frente a esto, el modelo de la unificación – que por ejemplo es el que representa en un contexto mucho más global la creación del Tribunal Penal Internacional- permite establecer una mayor transparencia y controlar más abiertamente el sistema de garantías, entre otras cosas porque proporciona un marco legal más claro y pone nombre y apellidos a las personas situadas en la cúspide del sistema.

II. El fraude de subvenciones: problemas doctrinales y prácticos.

El CP de 1995 aportó como principal en el Título de los delitos contra la Hacienda pública la tutela de los intereses financieros de la Comunidad. El empeño y buena voluntad que el legislador puso en este intento fue tan notable como los defectos técnicos en que

incurrió⁴⁶. Por ello sería más que conveniente que el ordenamiento español terminara de acomodarse a lo dispuesto en el CPIF y sus Protocolos, momento que de paso podría aprovecharse para solventar los defectos que en los art. 306 y 309 ha denunciado la doctrina. Técnicamente la reforma resulta sencilla. Se trata únicamente de asimilar las subvenciones comunitarias a las nacionales estableciendo un régimen punitivo común, elaborado, no a partir de las conductas del art. 308, sino de las obligaciones que supone la ratificación del CPIF⁴⁷. Ahora bien, una vez manifestada la necesidad de reforma, la ratificación del CPIF, conjuntamente con el principio de asimilación (art. 208 TUE), exige una reinterpretación de *lege lata* del derecho vigente conforme con sus disposiciones. De ello vamos a ocuparnos a continuación, proponiendo una reordenación de los fraudes comunitarios y nacionales, no sólo conforme con el Convenio y el principio de asimilación, sino que también establezca un régimen punitivo coherente en lo tocante a las desquiciadas relaciones que estos delitos mantienen con la estafa.

a) Fraudes comunitarios y nacionales: propuesta de una “reordenación”.

El examen de la jurisprudencia recaída sobre la controvertida relación entre la estafa y el fraude de subvenciones pone de manifiesto una enorme disparidad de criterios poco acorde los más elementales parámetros de seguridad jurídica⁴⁸. La doctrina por su parte se ha esforzado en acuñar soluciones razonables a lo que en verdad no es sino fruto de una equivocación legislativa y que nos obliga a habitar en un complicado mundo al revés: sancionar el fraude de subvenciones con una pena inferior al delito de estafa. Esta transmutación no es fruto, con toda seguridad, de sesudas cavilaciones legislativas acerca

⁴⁶ Al respecto Nieto Martín (not. 1), p. 369 ss y recientemente Asua Batarrita, *Incongruencias del sistema dual de incriminación del fraude de subvenciones en el Código penal español de 1995: ¿armonización europea versus principio de asimilación?*, en Quintero Olivares y F. Morales Práts (coords), *Estudios penales en memoria del profesor Valle Muñiz*, Pamplona, 2001.

⁴⁷ A estos efectos la reforma legal podría tomar como base la definición de las conductas típicas efectuada por el art. 1 del Corpus Juris. Es verdad que este precepto tiene dos aspectos políticamente discutibles, como es la incriminación de la imprudencia grave y su configuración como delito de peligro, pero la descripción en sí de las conductas típicas resulta acertada.

⁴⁸ Vid. la reseña de jurisprudencia realizada por Ruíz Rodríguez en (not. 3), p. 76-83.

de la relación entre el fraude de subvenciones y la estafa, sino simplemente de haber atendido las peticiones que solicitaban un incremento de pena en relación al delito de estafa, olvidándose de coordinar el nuevo marco punitivo con otras disposiciones del Código⁴⁹.

En un sistema coherente de incriminación específica del fraude de subvenciones, esta figura ha de recibir una mayor penalidad que la estafa, cuya función, tal como acaece en el ordenamiento alemán, es la de servir de tipo de recogida para los supuestos menos graves o que por razones de política criminal el legislador no ha tenido a bien reconducir a la figura específica. Esta relación estafa-fraude de subvenciones resulta correcta además con independencia del bien jurídico que se mantenga. Ahora bien, trasladar este esquema teóricamente correcto al derecho positivo español conduce no ya a resultados políticocriminalmente desacertados, sino incluso escandalosos, pues posibilita que un fraude de subvenciones de más de 10 millones se sancione en un marco punitivo más benévolo que una estafa de 50.000 pts y ello no sólo por la quantum de la pena, sino también por instituciones como la prevista en el art. 308.3. Ante esta situación lo único que cabe hacer, dejando de lado posicionamientos previos es buscar soluciones lo más acordes posibles con la justicia material o, más exactamente, con el principio de proporcionalidad.

A estos efectos, lo primero quizás que convenga recordar es que la tipología de las conductas irregulares relativas al fraude de subvenciones, pueden situarse en la siguiente escala de gravedad:

- Conductas que suponen desconocer requisitos a los que está sometida la concesión de la subvención, su mantenimiento, revocación o el modo en que ha de cumplirse la actividad subvencionada pero que están desconectadas del fin primario de la subvención.

⁴⁹ Otro ejemplo de los desajustes valorativos que ha provocado el incremento de las penas en la estafa es el que emborrona las relaciones concursales entre el delito de apropiación indebida y la administración desleal, sólo que en este caso es fruto de una curiosa carambola legislativa provocada por la remisión penológica que el delito de apropiación indebida realiza a la estafa.

- Conductas que frustran el fin de la subvención como consecuencia de infringir alguna de las condiciones o requisitos a los que su concesión o disfrute está sujeta.

Hasta ahora, y sobre todo en relación a la regulación del CP anterior, la doctrina más solvente en esta materia viene señalando que la zona de actuación del delito de fraude de subvenciones era la citada en último lugar. Para ello o bien se partía directamente de una concepción patrimonial del bien jurídico protegido (la frustración del fin)⁵⁰ o bien, aún admitiendo una configuración más amplia – institucional –, después se efectuaban sobre ella una serie de restricciones que lograban acotar la “zona penal” del delito de fraude de subvenciones a los supuestos en los que el incumplimiento de la condición se anudara a la frustración del fin⁵¹. Esta construcción resulta teóricamente correcta, pero resulta difícil de mantener a la vista de la relación de penas existente entre el fraude de subvenciones y la estafa pues nos conduce directamente al mundo al revés del que antes se hablaba.

⁵⁰ Vid. sólo Martínez Buján Pérez, Derecho penal económico. Parte Especial. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 387 s, donde se puede encontrar un elenco de los autores que mantienen posiciones “patrimonialistas” y Gómez Rivero, El fraude de subvenciones, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, quien probablemente ha desarrollado de modo más completo la construcción de esta figura desde un punto de vista patrimonial.

⁵¹ Esta es la posición mantenida por Asua Batarrita, Estafa común y fraude de subvenciones: de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional, en Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p.125 ss, especialmente p. 144 y 145: “aquellos otros requisitos de acceso que no se conecten con el fin subvencional serían irrelevantes penalmente” o más adelante “el aspecto patrimonial constituye un referente a tomar en cuenta para evaluar la idoneidad de la conducta para afectar la menos en abstracto tales intereses”.

Martínez Buján (not. 50), p. 385 y 420 otorga a mi juicio un grado menor de importancia que la citada autora a los aspectos patrimoniales. Sin embargo, y si no me equivoco, en la interpretación que él propone del art. 308 éste comprendería (tutelaría) también aspectos patrimoniales, en cuanto que el delito de estafa (presupuestos el resto de los requisitos) no comienza a actuar desde que se produce la frustración del fin, sino tan sólo – manejando un criterio de distinción cuantitativo entre ambas figuras -: “en aquellos casos en que el perjuicio causado por el agente aparece *completamente desconectado* de los fines de la subvención” (las cursivas son mías). Ello quiere decir que existirán supuestos en los que será de aplicación el art. 308 pese a que se produzca el perjuicio patrimonial (frustración del fin). En cualquier caso, la opinión que aquí va a mantenerse coincide básicamente con la mantenida por este autor, e igualmente resulta tributaria de las aportaciones de Asua Batarrita.

A partir del “caso de la colza” el TS⁵² admitió la teoría personal del patrimonio en el delito de estafa. Como es sabido esto implica la admisión de criterios objetivo individuales, entre ellos la frustración del fin, a la hora de apreciar el perjuicio patrimonial. De ello se sigue que éste particular tipo de lesión no sirve para justificar actualmente en nuestro ordenamiento un figura de fraude de subvenciones y mucho menos la existencia de un delito en la que se dispone una penalidad inferior a la estafa. Esta afirmación será compartida, con más razón si cabe, por aquellos que mantengan una concepción institucional del bien jurídico en la que otorgue relevancia a la frustración del fin como criterio limitador. Y es que la lesión de la libertad de disposición por tener lugar precisamente en el marco de la administración pública tiene una mayor legitimidad como bien jurídico protegido y una mayor necesidad de protección que la privada.

La conclusión que hay que extraer de todo esto es que siempre que se produzca el perjuicio patrimonial característico del fraude de subvenciones - la frustración del fin - y además - y obviamente - el resto de los requisitos de la estafa será de aplicación éste delito y ello con independencia de la cuantía de la subvención. El fraude constitutivo de estafa puede sancionarse por tanto como delito cuando las subvención alcance las 50.000 pts. Político criminalmente este resultado no me parece desacertado, en cuanto que no encuentro razones de peso en virtud de las cuales la lesión del patrimonio privado deba sancionarse con mayor contundencia que la del patrimonio público.

Pero aún hay más. Tradicionalmente se había indicado que el delito de estafa no servía para sancionar los casos de “malversación de la subvención” y que por tanto existía aquí una laguna punitiva. Esta afirmación quizás haya de revisarse. En primer término, no es seguro que la estafa sea tan inservible en los terrenos de la malversación. Pues cuando la norma que otorga la subvención impone al tomador la obligación de poner en conocimiento de la administración aquellos hechos nuevos que obligarían a devolver la ayuda una vez obtenida,

⁵² STS de 23-4-92, FJ 9. Vid. De la Mata Barranco, Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución económicamente evaluable) y delito de estafa, PJ nº 34

puede plantearse razonablemente la estafa en comisión. El beneficiario se encuentra a estos efectos en una posición de garantía establecida por una norma jurídica (art. 11) y su silencio equivale a afirmar que los hechos que llevan a la revocación, total o parcial de la subvención, no se han cumplido. Repárese, en este sentido, que en el derecho alemán la modalidad de malversación sólo se ha incluido expresamente en el § 264 StGB en 1998. Hasta este instante se entendió mayoritariamente que estos casos podían ser abarcados sin problemas por la conducta consistente en “no poner en conocimiento del otorgante aquellos hechos que sean relevantes para la subvención, infringiendo la normativa para la concesión de ésta”. A decir de la doctrina más cualificada, la nueva modalidad de malversación tiene un cometido residual: sancionar aquellos supuestos en los que el beneficiario que ha malversado la subvención no tenía obligación alguna de comunicar⁵³.

Pero, y por otro lado, en aquellos supuestos en los que la estafa no sea de aplicación tampoco resulta absolutamente descabellado plantear la aplicación del delito de apropiación indebida a los supuestos de malversación. Como es sabido, desde mediados de los años 90 esta figura ha experimentado una notable ampliación jurisprudencial, al incluir los comportamientos de “gestión desleal de sumas de dinero”⁵⁴. Los supuestos de malversación allí cuando se frustra el fin de la subvención contienen una estructura similar a la gestión desleal, pues se hace un uso de los fondos consignados contrario a su finalidad. Es verdad, no obstante, que además de esta identidad, en lo tocante al bien jurídico y al núcleo de la conducta típica, la aplicación del delito de apropiación indebida requeriría que la relación entre el tomador de la ayuda y la entidad otorgante pudiese ser incluida dentro los títulos característicos del este delito. Pero a estos efectos debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el que la concesión de la subvención transmita la propiedad no es obstáculo para apreciar la existencia de esta figura, pues esta circunstancia es

⁵³ Al respecto Tiedemann, LK, § 264, marg. 1, (33 Lieferung), 2000. La reforma del derecho alemán ha venido motivada por la ratificación del CPIF que incluye como conducta expresa (art. 1) “el desvío de los fondos”.

⁵⁴ Vid. Silva Castaño, El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno, Dykinson, Madrid, 1997.

común a gran parte de los supuestos de gestión desleal de dinero. Igualmente, y en segundo lugar, ha de repararse que a diferencia de lo que ocurre en la *Untreue* (§ 266 StGB), el art. 252 no incorpora una relación de salvaguarda patrimonial y tampoco es *conditio sine qua non* que exista una especial relación de confianza como nota común a todos los títulos⁵⁵. Por otro lado, tampoco sería erróneo afirmar que la administración establece con el tomador de la subvención una particular relación jurídica, que funcionalmente, y dentro del contexto de masificación del sistema de subvenciones, equivale a las relaciones de confianza características de los contactos bilaterales personificados. Finalmente y, ahora desde el punto de vista del tenor literal del art. 252, la subvención, en cuanto que donación modal, implica también la obligación de entregar o devolver si se incumple la carga, requisito éste que es el único que textualmente se exige en el delito de apropiación indebida a “los otros” títulos no nominados expresamente. En suma, y si se acepta esta propuesta, se habrá conseguido otorgar un marco punitivo único para los fraudes de subvenciones más graves: aquellos en que se produce la frustración del fin⁵⁶, ya se cometan estos en el momento de la concesión o en el uso de los fondos.

Es cierto, en cualquier caso, que esta interpretación puede parecer algo forzada y resulta sencilla de rebatir desde las construcciones “puristas” del delito de apropiación indebida⁵⁷. Ahora

⁵⁵ Cfr. Perez Manzano, en Bajo Fernandez (dir), Compendio de derecho penal (Parte Especial), vol.II, Ceura, 2000, p. 485.

⁵⁶ No se ha insistido por ser ello casi obvio que el concepto de patrimonio es común a todos los delitos patrimoniales, lo que quiere decir que cuando en la apropiación indebida se admite como bien jurídico el patrimonio en los casos de gestión desleal de sumas de dinero, éste tiene idéntico contenido al que posee en la estafa y por tanto admite, conforme a la teoría personal, los casos de frustración del fin como daño. Como es conocido De la Mata Barranco (Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación, PPU, Barcelona, 1994) ha interpretado ya esta figura desde la teoría personal.

⁵⁷ Esencialmente a esta interpretación se le puede criticar que la obligación de entregar o devolver característica de los títulos del delito de apropiación indebida “forma parte del débito y no de la responsabilidad por incumplimiento” (Perez Manzano (not. 55), p. 484. Aunque también ha de tenerse presente que una vez incorporada la modalidad de gestión desleal en ésta la obligación de entregar o devolver tampoco juega un papel relevante, pues precisamente abarca supuestos en los que la víctima no desea que se le “devuelvan” sus fondos, sino que se le otorgue un destino específico. La jurisprudencia hasta ahora no ha determinado la relación que ha de existir entre la víctima, los fondos y el autor y lo cierto es que tampoco existe apoyo en el texto del art. 252 para hacerlo en un sentido más o menos amplio. La “anomía” en la que actualmente se encuentra la

bien, parece claro que las propuestas “teóricas” más estrictas, tal como muestra el proceso de flexibilización hermenéutica a que ha sido sometida esta figura, no han tenido demasiado éxito en la jurisprudencia española. Además y a estos efectos también convendría recordar que en la delincuencia patrimonial clásica disfrutamos con frecuencia de acrobacias interpretativas mucho más sorprendentes.

Llegados a este punto, es decir, si admitimos que el perjuicio patrimonial – la frustración del fin – ya queda cubierto por el delito de estafa (o la apropiación indebida), las explicaciones para dar autonomía y sentido a la figura del fraude de subvenciones son únicamente dos. La primera consiste en entender que el bien jurídico del art. 308 continúa siendo el incumplimiento de las condiciones vinculadas al fin de la subvención (por sí sólo, modulando o junto a la protección de la institución), de tal modo que la función del delito consistiría en sancionar conductas merecedoras de pena pero que no pueden ser encajadas dentro de la estructura del delito de estafa.

La segunda posibilidad pasa por admitir que en el delito de fraude de subvenciones el bien jurídico protegido no se articula en torno al perjuicio patrimonial. La función del art. 308 consistiría en tutelar el programa normativo de la subvención, en cuanto que expresión de la capacidad de planificación y dirección económica del Estado (o de la UE) a través de la institución de la subvención pública. Y ello con independencia del perjuicio patrimonial cuya existencia no resulta abarcada (desvalorada) por los delitos de fraude de subvenciones (306, 308, 309 y 628). Desde el punto de vista de la subvención como institución de derecho público tan relevante puede resultar el “fin primario” de la subvención, cuya frustración daría lugar al perjuicio patrimonial, como el modo en que éste a de

apropiación indebida en su modalidad de gestión desleal es la que permitiría dar entrada a los supuestos de malversación de subvenciones. En general, y a modo de reflexión colateral, lo que pone de manifiesto todo esto es lo criticable de la situación actual en la que como fruto de procesos por todos conocidos se abrió una línea jurisprudencial muy poco acorde con el principio de legalidad.

conseguirse o las condiciones necesarias para acceder a disfrutar la subvención o su mantenimiento⁵⁸.

Ciertamente, la primera de las dos posibilidades apuntadas parece *prima facie* razonable. Abundando en lo que se señalaba anteriormente la función del fraude de subvenciones consistiría en sancionar aquellas conductas que producen una frustración del fin de la subvención, pero en las que es inoperante el delito de estafa por no acomodarse a la estructura típica de este delito. Esto es, y básicamente, se trataría de sancionar los supuestos en que es imposible demostrar una relación causal entre engaño y error, ya sea porque la administración actúa creyendo que “todo esta en orden”, con lo cual el engaño, no genera error alguno que influya en el acto de disposición (la concesión de la subvención), ya sea porque el funcionario o autoridad encargada de conceder la subvención es parte de la trama. Esta interpretación, sin embargo, no resulta acorde con el marco valorativo. La razón es sencilla: no creo que estos comportamientos supongan un merecimiento y necesidad de pena menores a los casos de fraude de subvenciones que pueden sancionarse como estafa (o apropiación indebida), sobre todo si se piensa que sólo van a resultar punibles en subvenciones o ayudas que superen los 10.000.000 de pts.

Así las cosas, solo es imaginable una explicación coherente del actual panorama legislativo español, la cual pasa por una lectura no patrimonial del delito de fraude de subvenciones, en la línea que anteriormente se comentaba. Lo que supone que el fraude de subvenciones (art. 308) será de aplicación en los siguientes supuestos:

(a) En la modalidad descrita en el art. 308.1 al incumplimiento de aquellos requisitos o condiciones que regulan la concesión de la

⁵⁸ Esta interpretación del bien jurídico absolutamente desvinculada de lo patrimonial es la propuesta por Tiedemann en relación al § 264, vid. *Wirtschaftsbetrug*, Berlin-New York, de Gruyter, 1999, § 264, marg. 11 y 14, en donde señala expresamente que la “frustración del fin es superflua” en el art. 264 y que el único bien jurídico protegido por este delito es la soberanía de planificación que tiene la administración sobre las finanzas públicas (“Planungshoheit in Bezug auf öffentlichen Finanzmittel). Ahora bien, en el derecho penal alemán a la vista de que la pena del fraude de subvenciones es igual a la de la estafa, que además este supone un delito de peligro y que además no existe cuantía alguna puede mantenerse coherentemente que el §264 es un delito especial y que la relación entre ambos preceptos es la del concurso de normas.

subvención pero que lesionen el resto de fines del programa subvencionador o simplemente supongan un menoscabo de los principios de objetividad y concurrencia que se expresan en la norma legal que fija la subvención. De este modo, quedarían abarcados, los casos en los que el autor pese a cumplir con el fin de la subvención no reúne otros requisitos que son necesarios para su obtención.

(b) Asimismo el art. 308.1 habrá de aplicarse también a los supuestos en los que se frustra el fin de la subvención pero no puede sancionarse a través del delito de estafa por no cumplir con alguno de sus requisitos típicos. Ciertamente, estos supuestos habrían de sancionarse con una penalidad mayor a los anteriores, pero en el marco de la regulación actual, el mayor merecimiento de pena sólo puede tenerse en cuenta en el momento de la determinación de la pena.

(c) Por lo que se refiere a los supuestos previstos en el art. 308.2, el delito de apropiación indebida, en su modalidad de gestión desleal de sumas de dinero, o la estafa en comisión por omisión serán de aplicación preferente cuando la malversación implique un perjuicio patrimonial (frustración del fin). El marco de actuación del art. 308.2 viene determinado por una reinterpretación del término “fines” que aparece en esta modalidad de acuerdo con el bien jurídico propuesto. Por fines habrá que entender aquellos objetivos marcados por la norma que establece la subvención distintos al fin principal de la subvención. De este modo uno de los ámbitos de aplicación de este supuesto se produciría en aquellos casos en los que pese a haber cumplido con el fin de la subvención, lo ha realizado de forma diversa a como estaba previsto en su programa normativo.

La interpretación que se propone de la modalidad de malversación estimo que tiene especial virtualidad en relación a un grupo de casos que hasta ahora tenían difícil encaje en la modalidad de malversación. Se trata de aquellos supuestos en los que el autor ha obtenido lícitamente la concesión, pero después dejan de darse las concesiones necesarias para su mantenimiento o para su renovación, en casos de que sean subvenciones periódicas. La redacción del art.

308.1 que se refiere exclusivamente a la “concesión” impide la inclusión de estos casos dentro de su radio de acción. De acuerdo cuanto se lleva dicho, si el disfrute indebido de la subvención lícitamente otorgada, pero que habría de ser revocada o no renovada, supone tras su disfrute la frustración del fin, serán de aplicación el delito de apropiación indebida o el de estafa. En aquellos supuestos en el que la pérdida del derecho a seguir disfrutando de la subvención no afecte a su fin principal, pero sí que lesione otras condiciones del programa de la subvención será de aplicación el art. 308.2. No obstante, para que esto sea posible y puesto que esta modalidad requiere el “incumpliendo las condiciones establecidas” será preciso que la norma que concede la subvención imponga entre sus condiciones la obligación de notificar aquellos hechos que deban poner fin a la condición de beneficiario de la subvención.

Pero aún existen más repercusiones de esta reinterpretación que han de considerarse:

En primer lugar, dotan de coherencia a la relación entre los delitos de fraude de subvenciones, estafa y apropiación indebida pues atienden, como ha quedado expuesto, a bienes jurídicos diversos. En aquellos casos en que se produzca el perjuicio patrimonial (frustración del fin) y además se lesionen, en subvenciones mayores a 10.000.000, otros aspectos del programa normativo de la subvención será de aplicación un concurso ideal de delitos. Cuando únicamente se haya producido la frustración del fin será de aplicación únicamente el delito de estafa (o la apropiación indebida), si bien el juez debe tener presente en la medición de la pena que a su vez ha sido vulnerado, pues ello resulta inmanente, el bien jurídico característico de los fraudes de subvenciones.

Una segunda consecuencia de la interpretación propuesta es que permite una interpretación conforme al CPFÍ y además permite articular coherentemente las relaciones entre los fraudes comunitarios (art. 306, 309 y 627 y 628 del CP). En efecto, tal como está redactado el art. 1 del CPFÍ el bien jurídico establecido se acerca más a la configuración que acaba de desarrollarse. Este precepto interpretado

literalmente exige considerar como fraude “la percepción o la retención *indebida* de los fondos procedentes del presupuesto general de las Comunidades...” presupuesto general de las Comunidades...”. La expresión *indebida* abarca más supuestos que aquellos en que se produce una frustración del fin, pues también cuando se incumplen otros requisitos del programa legal de la subvención se estaría percibiendo o reteniendo indebidamente fondos europeos. Si esta comprensión resulta correcta la interpretación que aquí se mantiene no resultaría ya sólo razonable, sino también obligada como consecuencia de la ratificación del Convenio por el Estado español. A esta conclusión no se le puede objetar que el art. 308 se refiere exclusivamente a subvenciones nacionales. Pues como ya se ha puesto de manifiesto en otro lugar el art. 308 funciona como precepto común, por exigirlo ahora el principio de asimilación, cuando la subvención comunitaria supera los 10.000.000 de pts⁵⁹. En otras palabras: el art. 308 conjuntamente con los fraudes comunitarios tendrían un mismo bien jurídico y una idéntica extensión típica⁶⁰, residiendo la virtualidad de los art. 306 etc. en proporcionar una tutela, ya sea como delito ya como falta, de los fraudes de subvenciones comunitarias inferiores a 10.000.000 pero superiores a 4.000 ecus. Fraudes que en cuanto supongan un perjuicio patrimonial (frustración del fin) habrán de ser sancionados por el delito de estafa o apropiación indebida, pues el que los delitos contra el patrimonio amparen también el patrimonio de la UE es consecuencia obligada del principio de asimilación⁶¹.

Un tercera implicación importante afecta a lo que a mi juicio resulta otro de los problemas claves de las relaciones entre la estafa (y ahora también apropiación indebida): el que hace referencia a la excusa absolutoria del art. 308.3. La interpretación patrimonialista del delito de fraude de subvenciones, aparte de no aclarar bien las relaciones concursales con la estafa, se encuentra ante un grave problema a la

⁵⁹ Nieto Martín (not. 1), p. 389 ss.

⁶⁰ Conforme a la interpretación propuesta se concilia también la extensión típica del primer apartado del art. 306

⁶¹ Esta interpretación resuelve también el problema de la falta prevista en el art. 628 (Nieto Martín (not.1), p. 407, cuya penalidad era más benévola que la prevista en las sanciones administrativas, y ello porque a partir de ahora puede ser de aplicación el delito de estafa y, es su caso, al igual que ocurre con las subvenciones nacionales, en concurso ideal con la correspondiente falta.

hora de explicar por qué en los casos de frustración del fin que van a ser sancionados como fraude de subvenciones tiene operatividad la excusa absolutoria y no en aquellos otros a los que les es de aplicación el delito de estafa. A partir de la interpretación aquí propuesta resulta coherente que la excusa absolutoria se reserve exclusivamente para los casos de menor gravedad previstos en el art. 308, pero no para aquellos que ocasionan un perjuicio patrimonial efectivo. Políticamente criminalmente no resulta admisible tratar mejor al autor de un voluminoso fraude de subvenciones constitutivo de estafa que al autor del “timo de la estampita”. Es más, dado que los delitos de fraudes comunitarios, según lo expuesto, constituyen una unidad con el art. 308 que sólo por una cuestión de técnica legislativa se han ubicado en preceptos diferentes no existe inconveniente alguno en aplicar la excusa absolutoria a los supuestos de fraude de subvenciones comunitarias no constitutivas de estafa.

Como es lógico el bien jurídico propuesto tiene otras implicaciones importantes en la interpretación del tipo. Existen dos que resultan evidentes. De un lado, las diferentes cuantías previstas en los art. 306, 308, 309 y en el art. 628 han de interpretarse en el sentido que se refieren a la cuantía de la subvención obtenida y no al perjuicio patrimonial penalmente relevante⁶², como propone un sector doctrinal⁶³. Esta conclusión es obligada pues la intención del legislador es proteger penalmente la ejecución del programa normativo de subvenciones superiores a la cuantía señalada. El bien jurídico defendido, sin embargo, no arroja nuevos argumentos acerca de si la cuantía ha de considerarse parte del tipo o constituye una condición objetiva de punibilidad, en cuanto que deja intacto el argumento principal de esta última tesis; esto es: que el incumplimiento del programa de la subvención es una conducta antijurídica independientemente de la cuantía de la subvención y que la cuantía supone una restricción del ámbito típico⁶⁴.

⁶² Se trata de la doctrina mayoritaria, por todos Arroyo Zapatero, (not. 1), p. 100 ss; Martínez Bujan, (not. 50), p.399.

⁶³ Cfr. Gómez Rivero (not. 50) p. 172 s.

⁶⁴ Arroyo (not. 1), 102. Ahora bien, debe reconocerse que desde el momento en que el CPIF exige la sanción de la tentativa (art. 2) y la consideración de la cuantía como condición objetiva de punibilidad excluye su castigo. Debe reconocerse que una interpretación del tipo conforme al

La segunda consecuencia que se deriva del bien jurídico tutelado radica en que únicamente entrarían dentro del radio de protección de la norma aquellas subvenciones o ayudas cuyos requisitos resultan regulados por una norma jurídica, pues obviamente sólo en estos supuesto puede violarse el programa normativo de la subvención. De este modo las denominadas “subvenciones paccionadas”⁶⁵, aquellas cuyas condiciones se establecen a través de un contrato entre el ente subvencionador y el beneficiario, quedan fuera del ámbito de protección de los delitos de fraude de subvenciones. Y ello por mucho, que en atención al principio de legalidad presupuestaria, deban estar previstas en los correspondientes presupuestos (nacional o comunitario, donde, por cierto son relativamente frecuentes)⁶⁶.

b) Funcionarios públicos y fraude de subvenciones.

En la fenomenología práctica del fraude de subvenciones se pone de manifiesto como es relativamente frecuente la intervención de funcionarios públicos tanto nacionales como comunitarios. Fruto de esta constatación es sin duda el I Protocolo al CPIF en el que se requiere de los estados firmantes que establezcan disposiciones tendentes a sancionar tanto la corrupción pasiva como la activa cuando ello “cause o pueda causar perjuicio a los intereses financieros de las Comunidades europeas” (art. 2). Esta infracción, al igual que la contenida en el 3 del Corpus Juris, contiene un doble bien jurídico: la

Convenio y al art. 280 del TCE – protección eficaz – constituyen argumentos importantes para considerarla parte del tipo.

⁶⁵ Ejemplos de subvenciones paccionadas son los contratos programas con empresas públicas o privadas (art. 91 TRLGP) o los conciertos educativos con centros privados (art. 45 ss de la Ley Orgánica 8/1985 del Derecho a la Educación; sobre estos y otros ejemplos vid. Sesma Sánchez, Las subvenciones públicas, Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 591 ss. En cuanto que a decir del art. 81 de la LGP la forma general para acceder a este tipo de subvenciones es el “concurso público” no cabe descartar la aplicación del art. 262 del CP.

⁶⁶ En el mismo sentido en relación al parg. 264 StGB, Tiedemann, LK parg. 264, marg. 5. En cuanto que esta restricción típica afecta a las subvenciones paccionadas comunitarias y nacionales no se violaría el principio de asimilación del art. 280 del TCE. Cuestión distinta es la relativa al cumplimiento de lo dispuesto en el art. 1 del CPF que exige la incriminación del fraude en relación a cualquier tipo de “fondo” procedente de los presupuestos comunitarios. En cualquier caso, la posibilidad de aplicar los delitos de estafa y apropiación indebida puede servir para cumplir con las exigencias del convenio.

imparcialidad de los funcionarios públicos y la Hacienda pública comunitaria. Existen ordenamientos, singularmente el alemán, en el que el fenómeno de la corrupción y sus imbricaciones con el fraude de subvenciones se abordan no desde la perspectiva del funcionario, sino del autor. De este modo el § 264 StGB considera casos especialmente graves de fraude los supuestos en los que: a) el autor abuse de sus competencias o de su posición como funcionario público y b) cuando el autor se aproveche de la colaboración de un funcionario público que abusa de sus competencias o de su posición. Las penas en este caso pueden abarcar desde los seis meses hasta los seis años. La razón político criminal de fundamentan la mayor penalidad resultan evidentes: la situación de desamparo en la que se encuentra la administración en estos supuestos es considerablemente superior y por tanto también se ven incrementados el merecimiento y la necesidad de pena⁶⁷.

En lo que sigue se analizará las implicaciones que el derecho español tiene la participación de un funcionario público, encargado de la gestión de las ayudas, en el fraude de subvenciones. Y ello con la intención de examinar tanto las posibles carencias que el CP puede presentar en este punto, como el régimen punitivo de este grupo de casos.

Comenzando por el apartado de carencias, la primera de ellas radica en lo imperfecto de nuestro derecho penal internacional. De este modo, y por ejemplo, el procesamiento en nuestro país de un funcionario comunitario de nacionalidad española que ha participado en un fraude de subvenciones fuera de nuestro país representa una tarea bien compleja, pues coloca al juez ante una disyuntiva nada acorde con el principio de legalidad. No existe precepto alguno que le indique cuál habrá de ser el ordenamiento a aplicar: si el del país desde el cuál realizó el acto de participación o el ordenamiento español. Y este mismo problema, pero a la inversa, existe en el caso de que se quisiera juzgar en nuestro país a un funcionario español o comunitario pero con nacionalidad española que desde nuestro territorio ha

⁶⁷ Cfr. Tiedemann, (not.57) § 264, marg. 148 ss.

colaborado en un fraude realizado en otro Estado miembro. Resulta injustificable que un contexto donde la criminalidad transnacional cada vez es más importante el CP o la LOPJ no contenga una cláusula similar al § 9 del StGB en el que se regulan los supuestos de participación desde el extranjero en un hecho que tiene lugar en el interior del territorio alemán y aquellos en los que se participa desde éste territorio en un delito cometido en el extranjero. La segunda dificultad es aún más llamativa y mucho más sencilla de explicar: funcionarios a los efectos del CP español únicamente son los nacionales, en el art. 24 no tienen cabida ni los comunitarios, pese a que tengan nacionalidad española, ni mucho menos los de terceros países⁶⁸. Algunas de las deficiencias que acaban de señalarse cesarán cuando entren en vigor el CPFI y el I Protocolo que contienen disposiciones de derecho penal internacional tendentes a evitar problemas como los que acaban de exponerse.

Una vez conocidas las limitaciones, conviene poner de manifiesto los distintos modos de participación del funcionario en el fraude. En este sentido resulta aconsejable distinguir entre aquellos supuestos en que el funcionario encargado de la gestión de subvenciones interviene en el momento de la concesión, esto es lo que sería el haz de conductas pertenecientes al art. 308.1 y 309 (segunda parte), de aquellos otros en los que la conducta afecta al momento del control de una subvención ya asignada, conductas que afectan al art. 308.2 y 306. En la primera variante la conducta más grave que puede realizar el funcionario encargado de la subvención es su concesión a sabiendas de que el solicitante - o el mismo, si directa o indirectamente, va a ser el beneficiario - no reúne los requisitos necesarios⁶⁹. En la segunda

⁶⁸ De otra opinión Acalé Sánchez (not. 3), p. 67, el que el art. 24 mencione a los Parlamentarios europeos no constituye un argumento decisivo en cuanto que se estaría refiriendo exclusivamente a los Parlamentarios de nacionalidad española. De nuevo en este aspecto resulta modélico el derecho alemán que a través de la Ley contra el cohecho comunitario (EUBestG) promulgada el 21 de septiembre de 1998 ha acomodado este ordenamiento a las obligaciones del I Protocolo equiparando expresamente a los funcionarios y jueces alemanes los de otros estados miembros y los Comunitarios (vid. para más detalles Wassmer, RP nº 3, enero 1999, p. 123 s).

⁶⁹ Dejo de lado, por tanto, conductas que pueden realizar un funcionario distinto a aquel competente para la concesión de la subvención, como puede ser la emisión de documentos, declaraciones o certificados falsos o la influencia en el funcionario que ha de conceder la subvención. En estos casos el funcionario habrá de ser considerado partícipe (generalmente

alternativa, la conducta más relevante es la que hace referencia a supuestos en los que la subvención habría de ser revocada, cosa que no ha tenido lugar porque el funcionario encargado de la vigilancia ha omitido comunicar a la autoridad responsable una serie de circunstancias que hubieran llevado a la revocación de la misma o porque él mismo, si es competente, no procede a su revocación constándole que no se dan los requisitos para el mantenimiento de la ayuda.

Lo que sorprende del tratamiento punitivo que el Código penal español otorga a estas conductas es que el primer grupo (aquellas que se refieren a la fase de concesión) resulta sancionado de un modo mucho más severo que las que afectan al control de la subvención. En efecto, la concesión irregular de una subvención es constitutiva en nuestro ordenamiento de un delito de malversación de caudales públicos, precepto que opera como ley principal frente al fraude de subvenciones (art. 308.1 o 309)⁷⁰. La calificación como malversación no ofrece dudas: los fondos en el momento del acto de la concesión son públicos y el funcionario encargado los tiene “por razón de sus funciones”. Este tratamiento trae consigo un régimen punitivo mucho más severo tanto para el funcionario, como para el particular que habrá de ser considerado generalmente inductor del delito de malversación⁷¹. La mayor severidad que se manifiesta en tres notas distintas: una penalidad mucho más elevada, existencia de delito con independencia de la cuantía de la subvención e imposibilidad de recurrir a la excusa absoluta (art. 308.3).

Frente a esta situación la respuesta del CP ante el funcionario encargado del control, y en su caso revocación de la subvención, resulta mucho más benévola, en cuanto que su comportamiento no pasará de ser un acto de cooperación en el fraude de subvenciones (o

necesario) en el delito de fraude de subvenciones (o estafa) cometido por el particular y además incurrirá en posibles delitos de funcionarios, como la falsedad documental o el tráfico de influencias.

⁷⁰ En estos casos obviamente es imposible que exista delito de estafa puesto que no puede existir “error” alguno.

⁷¹ Sobre las relaciones entre malversación y fraude de subvenciones vid. ya Arroyo Zapatero (not. 1), p. 48 y 132.

apropiación indebida) realizado por el particular. Y ello porque obviamente los fondos han dejado de tener el carácter de públicos desde el momento que se han incorporado al patrimonio del particular⁷². La cuestión es más grave aún en aquellos casos en los que el beneficiario de la subvención se encuentra, por ejemplo, en una situación de error (malinterpreta una disposición de la norma subvencionadora) y el funcionario encargado del control silencia este extremo. El principio de accesoriedad de la participación y el hecho de que el fraude de subvenciones – sobre todo en la modalidad de malversación – constituya un delito especial impide cualquier tipo de responsabilidad. Un ejemplo basta para ilustrar de la desigualdad con que se tratan estos supuestos: mientras que el funcionario público que concede irregularmente una subvención “nacional” de nueve millones de pesetas resulta sancionado con una pena de prisión de seis a tres años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años (art.432), el mismo funcionario que descubre con posterioridad a la concesión de la subvención que no se están cumpliendo los requisitos necesarios y silencia este extremo resultará impune (claro está, salvo que exista un delito de cohecho etc., pero aquí no se estaría tutelando el patrimonio público).

Esta situación, que contraviene los más elementales criterios de justicia material, puede solventarse por vía interpretativa, aunque probablemente requiera una intervención expresa del legislador en el sentido que después se apuntará. La jurisprudencia relativa al delito de malversación de caudales públicos ha señalado en alguna ocasión que basta con un “derecho expectante” para que un determinado bien se considere “caudal público”⁷³, sin necesidad tan siquiera de éste se encuentre en posesión de un funcionario que deba proceder a la

⁷² O al propio patrimonio del funcionario, si el es el beneficiario mediato o inmediato de la subvención. Este supuesto tiene importancia en aquellos casos en los que el funcionario-beneficiario en un primer momento cumple con los requisitos de la subvención pero posteriormente la aplica a “fines” distintos a los previstos en el programa subvencionado o dejan de existir con posterioridad los requisitos necesarios para su mantenimiento. En los supuestos en que la subvención es periódica o renovable y el funcionario sabiendo que ya no está en posesión de los requisitos se autoconcede la subvención la figura de la malversación aparecerá nuevamente en escena.

⁷³ Vid. Roca Agapito, El delito de malversación de caudales públicos, Barcelona, Bosch, 1999, p.141 ss.

incorporación definitiva del bien en las arcas de la administración. En cuanto que la subvención concedida irregularmente o aquella cuyo beneficiario no reúne con posterioridad a su concesión los requisitos necesarios o la que se ha malversado, en todo o en parte, han de ser reintegradas a la administración, podría plantearse la posibilidad de considerarla como un caudal público y con ello nada impediría sancionar por malversación al funcionario encargado de la gestión que, silenciando determinados hechos o omitiendo dictar el acto de revocación, permite que el particular siga disfrutando de su subvención.

Admitir esta interpretación supondría, de un lado, sancionar de igual modo las conductas del funcionario encargado de la concesión que las de aquel al que se le encomienda el control, pero de otro y fundamentalmente, traería consigo un importante replanteamiento de la respuesta punitiva ante el fraude de subvenciones. Pues de hecho supondría, que siempre que exista participación por parte de funcionarios público - ya sea en fase de gestión o de control - el régimen punitivo a aplicar sería el del delito de malversación, que desplazaría a las disposiciones relativas al fraude de subvenciones, la estafa y el delito de apropiación indebida. Es decir, de hecho, una respuesta penal absolutamente diferente del fraude de subvenciones según intervengan o no en él funcionarios públicos encargados de la gestión de la subvención y que lógicamente resultará más estricto en los casos de "intervención", en cuanto que existiría delito con independencia de la cuantía y sin posibilidad de regularización.

Las posibilidades - o incluso la bondad - de esta interpretación son, sin embargo, relativamente escasas y ello pese a que político criminalmente no sea desacertada. La línea jurisprudencial extensiva que antes se indicaba se produjo sólo en relación a un grupo de casos específicos que acaecieron a principios de los años sesenta y que desde entonces no se ha vuelto a utilizar. Sus apoyos doctrinales son pocos, por no decir nulos, y además puede ser cuestionada desde el punto de vista del principio de legalidad⁷⁴. Por otro lado, tampoco debe

⁷⁴ Vid. con ulteriores referencias Roca Agapito (not. 73), p. 144.

desconocerse que durante la tramitación de la Ley del Tribunal de cuentas se discutió expresamente la posibilidad de que los fondos de una subvención constituyeran caudales públicos aun después de su concesión, opción que se rechazó finalmente⁷⁵.

De este modo, estimo que la solución más eficaz sería de carácter legislativo, pues como antes apuntaba las razones político criminales que amparaban la interpretación propuesta resultan más que razonables, sobre todo si se repara en que en la aparición del fraude de subvenciones la participación de funcionarios públicos no constituye en absoluto un hecho aislado, aparte de afectar a supuestos extremadamente graves. De este modo podría ampararse una solución legislativa consistente en lo siguiente:

- a) Primero: sancionar, en el marco de los delitos de prevaricación, y con idénticas penas a las que contempla este delito, la conducta del funcionario público encargado del control de la subvención que silencie la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que regulen las subvenciones públicas o bien los términos del acto administrativo de concesión de la subvención en aquellos supuestos en los que el conocimiento de estos hechos por parte de la administración deba dar lugar a la retirada total o parcial de la ayuda. Con iguales penas se habrá de sancionar al funcionario o autoridad competente para la revocación de la ayuda (o su renovación) que conociendo estas circunstancias no procede a su retirada⁷⁶. Esta figura delictiva habrá de ser de aplicación con independencia de la responsabilidad del particular beneficiario de la subvención con el fin de que fuera de aplicación en aquellos

⁷⁵ Cfr. Arroyo Zapatero (not. 1), p. 48.

⁷⁶ Una figura delictiva similar se proponía ya en Nieto Martín (not. 1), p. 23, not. 81. A esta propuesta, mejorándola, se ha sumado Acale Sánchez en (not. 3), p. 57.

supuestos en los que éste carece de responsabilidad (por ejemplo, por no actuar dolosamente).

- b) Segundo: dentro de los delitos de fraude de subvenciones, nacionales y comunitarias, debería incluirse una agravación con el fin de sancionar con mayor dureza al particular que en su fraude se sirve de la complicidad del funcionario público. Este lugar, probablemente, sería el adecuado para incluir el delito de corrupción activa en perjuicio de los intereses financieros de la Comunidad al que obliga el I Protocolo al CPIF. En estos supuestos, la mayor dureza punitiva quizás no tenga porqué afectar decisivamente a la cuantía de las penas, bastaría con que fuese sancionado el fraude con independencia de su cuantía y además sin posibilidad de “regularización”. Por otro lado, estas agravaciones constituirían ley especial en relación a los actos de complicidad (vgr. inducción) del particular en el delito de malversación realizada por el funcionario público. Con ello los delitos de fraude de subvenciones recobrarían su centralidad, pérdida como se ha visto ante los delitos de malversación, cuando se encuentran implicados funcionarios públicos encargados de la gestión de la subvención.