

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.3

LAS SUBVENCIONES ANTE LA EUROPA DEL SIGLO XXI – EL EJE BRUSELAS-BERLÍN

JOSÉ MANUEL BARREIRO ESCUDERO

SUMARIO: 1. Fraudes comunitarios: 1.1 Tipología; 1.2 Factores criminológicos – 2. Derecho penal y economía de mercado – 3. Fraude de subvenciones: modelo francés versus modelo alemán – 4. La armonización legislativa en materia de subvenciones: 4.1 Integración positiva: las cuatro libertades en la Unión Europea; 4.2 Instrumentos legislativos; 4.3 Protocolos adicionales – 5. Conclusiones.

Resumo: O artigo aborda com grande oportunidade a grave questão das fraudes nas subvenções públicas. Para estimular o desenvolvimento económico, o Poder Público concede uma quantidade considerável de subvenções. Seja no momento de obtê-las, seja no momento de aplicá-las, pode haver fraude. Para incriminar essas fraudes existem, na Europa, dois modelos: o francês (que utiliza o tipo penal clássico do estelionato) e o alemão (que conta com um tipo especial – art. 264 do StGB). Nessa mesma linha: Portugal e Espanha. O autor propugna por uma harmonização legislativa europeia, na esteira da opção alemã, e entende que essa deveria ser também a opção no direito penal do Mercosul.

Palavras chave: Fraude – Subvenção pública – Harmonização legislativa – Direito penal comunitário – Europa e Mercosul.

1. Fraudes comunitarios¹

1.1 Tipología

En la actualidad el tema objeto del presente artículo adquiere una notoria importancia.

⁽¹⁾ Véase por todos: Allende Salazar. *La política comercial común autónoma de la CEE*, GJ de la CEE, 1986; Arroyo Zapatero. *Delitos contra la Hacienda Pública en materia de subvenciones*; Ascani/Cannata. *Il sistema sanzionatorio comunitario e i rapporti con il diritto interno*. Il Sole, 24 Ore, Milán, 1991; Capelli. *La direttive comunitarie*. Milán : Giuffrè, 1983; Coppi. "Apunti in tema de malversazione a danno dello Stato e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazione pubbliche". Studi in onore di Giuliano Valsalli. Milán, 1991. vol. I; Delmas Marty. *Criminalité des affaires et Marché commun*. París : Economica, 1992; Falcón Tella. *Introducción al derecho financiero y tributario de las comunidades europeas*.

Desde una perspectiva política los fraudes comunitarios están mermando ostensiblemente los pilares sobre los que se asienta la estructura institucional de la Unión Europea. En clave económica los datos suministrados por la Comisión no pueden ser más elocuentes. El fraude detectado en el ámbito de las operaciones financieras vinculadas a la ejecución de programas comunitarios arroja un saldo global de 2.943 millones de euros (unos 490.000 millones de pesetas) en los últimos seis años. A esta cantidad astronómica habría que añadir la incidencia del denominado "fraude sumergido", siendo éste un factor implícito en la estructura de las economías de mercado de los Estados miembros.²

Bajo estos parámetros los fraudes comunitarios presentan una doble tipología. Por un lado, aquellos cometidos respecto a los ingresos de la Unión Europea que se reconducen fundamentalmente a eludir los derechos de aduana y las exacciones agrícolas.³ Así, en aras a esbozar una política agraria común (P.A.C.) adecuada a los intereses supraestatales se articulan diversos mecanismos para proteger los precios de los productos del mercado común.

Es el caso de los "prêlevements" o aranceles de cuantía variable que tienen por objeto equiparar el precio de los productos extranjeros al precio fijado en el interior del mercado común. El fraude se produce al eludir los correspondientes aranceles aduaneros al ser considerados como productos comunitarios sujetos al régimen de libre práctica.⁴

Por otro lado, los fraudes relativos a la ejecución del gasto comunitario, en cuyo marco el instituto subvencional constituye uno de los ejes sobre los que gira el sistema financiero europeo. En este sentido, la amplitud en la oferta de subvenciones, subsidios o desgravaciones que se desprende de los distintos programas comunitarios, avalada por la dimensión que ha adquirido la actividad pública de fomento de iniciativas privadas permite constatar la existencia de un amplio elenco de maquinaciones fraudulentas.

Por tanto se hace imprescindible fortalecer el arsenal represivo enraizado al acervo comunitario. Sin embargo la Unión Europea carece de *ius puniendi* en sentido propio.⁵ Es decir no tiene potestad para crear o imponer sanciones

Madrid : Civitas, 1992; Martínez Pérez. "El fraude de subvenciones". *Comentarios a la legislación penal*. Madrid : Edersa, 1986, t. VII; Tiedemann. *Subventionkriminalität in der Bundesrepublik*. Hamburgo : Reinbek, 1974.

(2) Informe de la Comisión Europea relativo a la lucha contra el fraude, 1996. p. 1-10.

(3) Nieto Martín. *Fraudes comunitarios*, 1996. p. 4.

(4) El régimen de libre práctica está regulado en el art. 10 del TCEE, según el cual "se considerarán en libre práctica en un Estado miembro los productos procedentes de terceros países respecto de los cuales se hayan cumplido en dicho Estado miembro las formalidades de importación y percibido los derechos de aduana y cualesquiera otras exacciones de efecto equivalente exigibles siempre que no se hubieran beneficiado de una devolución total o parcial de los mismos".

(5) Esta cuestión no es baladí como lo demuestran las controversias habidas en diversos sectores doctrinales tanto a nivel nacional como comunitario. A modo de ejemplo

penales a los Estados miembros ya que no ha habido una cesión de competencias en materia penal por parte de éstos a la Unión Europea. De todos modos, la invocación al Derecho penal se produce como consecuencia de la famosa sentencia del "maíz griego".⁶ Esta sentencia marca un punto de inflexión con respecto a la jurisprudencia anterior ya que se establece por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la necesidad de establecer sanciones "eficaces, proporcionales y disuasorias", lo cual ha tenido plasmación legislativa en el art. 209⁷ del Tratado de Amsterdam a través del cual se amplía el mero principio de continuidad de intereses financieros entre los Estados miembros y la Unión Europea.⁸

1.2 Factores criminológicos

Según esta sentencia dos buques habían exportado en mayo de 1986 desde Grecia maíz yugoslavo declarando mediante la elaboración de numerosos documentos falsos que se trataba de maíz griego. Según el Tribunal de Justicia Europeo las autoridades griegas toleraron de forma intencionada esta actuación.

Este ejemplo da fe de la existencia de una delincuencia bien organizada que burla las fronteras, organiza redes, monta operaciones financieras, multiplica las ventajas y destruye las pistas, en particular recurriendo a numerosas empresas presentes de forma activa en el mercado europeo (depositarios, transportistas, transformadores, comerciantes...). Blanquean el producto de sus negocios a través de sociedades pantalla que utilizan redes bancarias diseminadas en numerosos centros financieros tanto dentro como fuera de la Unión Europea. El recurso a tales métodos viene marcado por un objetivo claro: instalar una serie de obstáculos que imposibiliten el trabajo al juez nacional.

encontramos diversos artículos en nuestro país: Martínez Pereda Rodríguez y Collado García-Lájara. "La protección jurídica de los intereses financieros de la Comunidad: derecho comunitario y derecho nacional". *Actualidad Penal* XXXVIII; Juana Peces. "Derecho comunitario y derecho nacional. El Tribunal constitucional como garante de la aplicación del derecho comunitario. Incidencia del derecho comunitario sobre las normas penales". *Actualidad Penal* XXX; Ruiz Vadillo. "El incipiente Derecho Penal comunitario". *Noticias de la Unión Europea* 119, diciembre de 1994; Ruiz Vadillo. "La relación entre los ordenamientos penales de los Estados miembros y del derecho propio de la Comunidad". *Noticias de la Unión Europea* 117, oct., 1994.

(6) STJE de 21 de septiembre de 1989, Rec. 89, p. 2.960.

(7) El artículo 209 A del Tratado de Amsterdam establece que los Estados miembros protegerán los intereses financieros de la Unión Europea con la misma intensidad que los suyos propios.

(8) Bacigalupo Zapater: "La protección de los intereses financieros de la Comunidad en el Derecho Penal español". CPC, 1990, n. 41.

En efecto, la manera en que las organizaciones delictivas fraccionan sus tareas dificulta seriamente la aprehensión global de los comportamientos ilícitos. La propia Comisión Europea ha reconocido expresamente esta dificultad al precisar que "la complejidad de estas operaciones, que mezclan actividades legales raramente deja entrever en su totalidad la estructura delincinencial, así como sus efectos".⁹

Desde una óptica criminológica Nieto Martín¹⁰ ha indicado como factor de primer orden la falta de espíritu comunitario por parte de las autoridades nacionales que puede ser corroborada a través de los informes anuales del Tribunal de Cuentas. Una explicación podría encontrarse en la sensación que revela la propia víctima, esa especial lejanía y artificialidad que provoca la Unión Europea y que pone de relieve el conocido fenómeno de neutralización de la víctima. Este autor destaca como víctimas de un buen número de fraudes los consumidores y el resto de los competidores perjudicados directa o indirectamente por este tipo de infracciones. Así, las denominadas *víctimas difusas*¹¹ tienden a acentuar este fenómeno.

2. Derecho penal y economía de mercado

La relación de correspondencia entre el Derecho y los fenómenos sociales tiene su sector más dinámico en el campo de las interrelaciones entre el Derecho y la Economía. No cabe duda de que la protección de los bienes jurídicos atacados por la criminalidad económica depende decisivamente del sistema económico y político, así como del momento histórico en el que se desenvuelven.

La cuestión que subyace a las directrices apuntadas se plantea de la siguiente manera ¿Cuál es la economía de mercado que el Derecho busca proteger? Una economía de mercado no puede ni debe implicar una ausencia total de la Unión Europea en el campo económico. Si bien se permite un amplio campo de acción a los agentes económicos (productores, distribuidores, consumidores...) para que de su accionar resulten las mejores condiciones de precios y productos para todos, el Estado tiene que dar las reglas del juego, es decir, encauzar el libre mercado. En caso contrario el sistema corre el peligro de ser destruido por sus propios agentes económicos.¹²

En consecuencia debe garantizarse mediante normas legales que la competencia se realice sin trabas (protección de la libertad de competir) y con medios leales (protección de la competencia leal). La actuación competitiva de los agentes económicos implica la utilización de una serie de instrumentos

⁽⁹⁾ Informe de la Comisión Europea relativo a la lucha contra el fraude de 1996, p. 8.

⁽¹⁰⁾ Nieto Martín. *Fraudes comunitarios*, op. cit., p. 19.

⁽¹¹⁾ García-Pablos. *Manual de criminología*. Tirant lo Blanch, 1999. p. 15-17.

⁽¹²⁾ Abanto Vasquez. *Derecho Penal Económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, 1997. p. 21.

económicos de la vida moderna (subvenciones) que deben ser reglamentados y protegidos para el buen funcionamiento del sistema.¹³

En el ámbito del Derecho penal económico la economía de mercado implica libre competencia, si bien es preciso dotar al ciudadano europeo de una regulación jurídica que evite disparidades punitivas y, por ende, no afecte a los factores de producción. Así, la armonización se erige en la columna vertebral sobre la que se contruye el largo y costoso proceso de convergencia europeo.

En este sentido, la Comisión y el Consejo están legitimados para armonizar las legislaciones penales nacionales con distintos fines, bien sea bajo el aspecto particular de la protección de los intereses financieros y de mercado de la Unión Europea, bien sea bajo el punto de vista mas general de crear condiciones uniformes en campos que son competencia de la Unión (por ejemplo la protección del trabajo según el art. 118.º del Tratado) o bien sea con el propósito de eliminar obstáculos y desigualdades existentes en el comercio transnacional.¹⁴ Es indudable que se han alcanzado notables cotas de éxito mediante las directivas comunitarias sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada de 13 de noviembre de 1989 y sobre prevención de utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales de 10 de junio de 1991.

No obstante, la diversidad de previsiones penales de los Estados miembros unida a la soberanía en las decisiones político-criminales dificultan seriamente los intentos de armonización impulsados desde las instituciones comunitarias. Se advierte de forma clara y manifiesta una bifurcación de intereses derivada de la participación activa de las propias instancias de control nacionales que cooperan en la comisión de fraudes comunitarios o, cuanto menos, se cuenta con la aquiescencia de las mismas con el fin de crear un complejo entramado de "intereses creados" que ni el propio Jacinto Benavente hubiera podido recrear en su obra.

Bajo el prisma de los Estados miembros se reflejan intereses atractivos para abonarse al fraude comunitario. Cuando en el marco de la ejecución del gasto se produce un pago indebido o no se recuperan fondos comunitarios por la actitud negligente de las Administraciones nacionales son éstas las que deben soportar las pérdidas procedentes del fraude. Igualmente, en el ámbito de los ingresos comunitarios el Estado miembro que no pone a disposición de la Unión Europea dentro de los plazos establecidos los recursos que debiera haber recaudado ha de abonarlos con intereses de demora, respecto de los cuales sólo queda exento en caso de fuerza mayor.¹⁵

En este marco de referencia los Estados miembros deben utilizar su Derecho sancionador con el fin de dar protección a los intereses financieros comunitarios.

(13) Abanto Vasquez, op. cit., p. 22.

(14) Tidemann. *Lecciones de derecho penal económico (común, español, alemán)*. Colex, p. 62.

(15) Nieto Martín. *Fraudes comunitarios*, op. cit., p. 19.

Esto no conlleva la necesidad de acudir al Derecho Penal. La valoración de la necesidad de tutela penal es lícita si bien obliga a atender la entidad del objeto de protección y a seleccionar las conductas que supongan los ataques más intolerables para aquél.¹⁶

3. Fraude de subvenciones: modelo francés versus modelo alemán

En lo que concierne al fraude de subvenciones no existe homogeneidad en el diseño de los instrumentos jurídicos por parte de los Estados miembros. Así, Francia, en el ámbito del *Droit Pénal des affaires*, carece de previsión específica y utiliza el tipo general de estafa como modelo de incriminación para este tipo de conductas. En concreto el art. 314 del *Codé Penal* sanciona a “el que haciendo uso de nombres falsos o cualidades falsas o empleando maniobras fraudulentas para persuadir la existencia de empresas falsas, poder o crédito imaginario o para nacer la creencia o esperanza en un hecho, accidente o suceso quimérico se haga remitir o librar o haya intentado remitir o librar fondos, bienes muebles u obligaciones, disposiciones (...) y haya por uno de estos medios defraudado o intentado defraudar la totalidad o parte de la fortuna de otro”.

El “modelo francés” ha tenido una poderosa influencia en otros ordenamientos jurídicos del entorno comunitario. Es el caso de Bélgica que, si bien permite incriminar penalmente el fraude de subvenciones mediante una ley específica (Arrête Royal de 31 de mayo de 1933), se remite al tipo general de estafa (*escroquerie*) del art. 496 del Código Penal¹⁷ Luxemburgo,¹⁸ Holanda.¹⁹

(16) Mir Puig. *Manual de derecho penal*, p. 23.

(17) El artículo 496 del *Código Penal* belga establece lo siguiente: “El que con la finalidad de apropiarse de una cosa perteneciente a otro se haga remitir fondos, bienes muebles, obligaciones, recibos o dispensa de deudas, sea haciendo uso de nombres o cualidades falsas, sea empleando maniobras fraudulentas para persuadir la existencia de empresas falsas, de un poder o crédito imaginario o para hacer creer en la esperanza o creencia en un hecho, accidente o cualquier otro suceso quimérico o para abusar de otro modo de la confianza o credulidad será sancionado con prisión de un mes a cinco años y multa de veintiséis a tres mil francos”.

(18) El art. 496 del *Code Pénal* en Luxemburgo es muy parecido a los que sancionan este fraude por las legislaciones belga y francesa y prevé penas de prisión de un mes a cinco años y multa de 2.501 a 300.000 francos.

(19) En Holanda, las sanción del fraude de subvenciones sólo encuentra acomodo en la regulación penal de la estafa contenida en el capítulo 25, sección 326 del *Weiboeck Van Strafecht*, holandés. Se sanciona a quien fraudulentamente y con la intención de beneficiarse ilegalmente logra la participación de la víctima en la entrega de ciertos bienes o cancelaciones de créditos, utilizando falsos nombres o falseando determinadas circunstancias, siendo de reseñar que no se alude a la prestación de servicios ni a la consecución de beneficios no materiales. La responsabilidad penal que se establece es la de prisión como máximo de tres años y/o multa de cien mil florines en el caso de las personas físicas y de un millón de florines en el caso de personas jurídicas.

Existen serias dificultades dogmáticas en construir el tipo general de estafa para atender la defraudación de subvenciones públicas, máxime al no tener en cuenta el carácter patrimonial del delito en cuestión. Un breve análisis del art. 314 soslaya ciertas deficiencias en la técnica legislativa empleada. El precepto objeto de análisis podrá aplicarse únicamente a los supuestos de obtención indebida de subvenciones pero no en casos de disfrute indebido de la subvención o en aquellos supuestos de utilización de las mismas para fines diferentes a los previstos sin observar las condiciones impuestas en la correspondiente normativa subvencional.²⁰

En contraposición al modelo de incriminación anterior, Alemania ha concebido el instituto subvencional como un relevante medio de dirección económica y social que justifica la dimensión supraestatal de las ayudas públicas. En consecuencia creó una figura específica de fraude de subvenciones (art. 264 StGB) coordinada con la Ley de subvenciones configurada como una ley penal en blanco que permite un alto grado de precisión acorde al principio de legalidad.²¹

El art. 264 del Código Penal alemán se constituye como modelo paradigmático a seguir. De hecho, ha tenido una influencia decisiva en otros ordenamientos del entorno comunitario. Es el caso de Portugal (*Decreto-lei 28/1984 de 20 de enero*) o España (art. 306 y 309 CP). El artículo objeto de análisis sanciona con pena privativa de libertad de hasta diez años o con penas de multa a el que:

“1. Para la obtención de una subvención para sí o para un tercero presente ante la autoridad competente para la concesión de la subvención, o ante cualquier cargo o persona designados a efectos de la tramitación de la subvención (otorgante de la subvención) datos falsos e incompletos sobre hechos relevantes para la subvención que sean ventajosos para sí o para un tercero;

2. No ponga en conocimiento del otorgante aquellos hechos que sean relevantes para la subvención, infringiendo la normativa establecida para la concesión de ésta.

3. Utilice, en la tramitación de la subvención documentos obtenidos, suministrando datos incorrectos o incompletos en relación a la justificación de la subvención o sobre hechos relevantes para la misma.”

La incorporación de este precepto vino motivada por una extensa investigación en la que se analizaron 850 expedientes disciplinarios y penales con el fin de examinarla fenomenología del fraude y los aspectos legales y procedimentales que favorecían la obtención fraudulenta de las ayudas, así como las dificultades para detectar y perseguir las irregularidades que se venían produciendo.²²

La regulación germana permite superar las dificultades dogmáticas del tipo general de estafa para atender la defraudación de las subvenciones públicas comunitarias.

(20) Asúa Batarrita y De la Mata Barranco, op. cit., p. 6.

(21) Idem, ibidem, p. 14.

(22) Idem, ibidem, p. 22.

Desde la concepción jurídico-económica de patrimonio dominante en el modelo francés la determinación de la lesión patrimonial en las prestaciones unilaterales se convierte en requisito superfluo.²³ Al quebrar el presupuesto de reciprocidad de contraprestaciones sobre el que operan las transacciones bilaterales, desde la concepción jurídico-económica del patrimonio cabría admitir la posibilidad de aplicar el tipo de estafa cuando concurra un engaño que motiva el acto de disposición, dado que también concurre una merma patrimonial. No obstante, si la estafa no protege frente a la mera lesión de la libertad de disposición sino frente a la lesión patrimonial derivada del engaño, cuando se trate de prestaciones unilaterales bastaría constatar el engaño idóneo para motivar el acto de disposición que por su propia naturaleza conlleva la disminución patrimonial consciente. El ámbito de aplicación de la estafa acabaría acogiendo los simples ataques a la libertad de disposición.²⁴

Bajo esta panorámica el criterio de la *frustración del fin social* emergería a la hora de determinar el daño patrimonial. El engaño relevante sería aquel que oculte la frustración del fin del disponente que decide su entrega confiado en alcanzar la finalidad acordada (ej. Subvenciones a la exportación o "restitutions"). Los engaños sobre la motivación que se proyecten sobre intereses de afección o sobre preferencias accesorias al fin convenido quedarían fuera del tipo general de estafa. La obtención del fin social o económico aparece como el equivalente ideal de la prestación y *sensu contrario* la frustración del fin permite afirmar la lesión patrimonial.²⁵

4. La armonización legislativa en materia de subvenciones

4.1 Integración positiva: las cuatro libertades en la Unión Europea

Un mercado común como fase ineludible de un proceso de integración económica se apoya en la eliminación de obstáculos a los factores productivos, ya sea de personas, capitales o mercancías. Esta concepción tiene plasmación legislativa en el art. 8.º a) del Acta Única Europea.

El mercado interior es un mercado sin fronteras y su realización se lleva a cabo mediante la culminación del proceso de instauración progresiva de las cuatro libertades del mercado común que se hayan en los tratados constitutivos. En este sentido el art. 2.º del Tratado Constitutivo de la Unión Europea estableció

(23) Asúa, "Estafa común y fraude de subvenciones: de la protección del patrimonio a la protección de la institución subvencional". *Hacia un derecho penal económico europeo*. Jornadas en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann, B.O.E., 1995.

(24) Asúa, "Estafa común...", op. cit. p. 128.

(25) Idem, ibidem, p. 130.

el mercado común como un medio para alcanzar los objetivos de la Unión. Según se establece se trata de un proceso dirigido a la eliminación de las restricciones de origen público y privado.

En primer lugar la libre circulación de mercancías se asegura mediante la supresión entre los Estados miembros de los derechos de aduana y de las restricciones cuantitativas a la entrada y salida de mercancías, así como de cualquier otra medida de efecto equivalente.

En segundo lugar, la libre circulación de personas está contemplada como la libre circulación para el ejercicio de un actividad económica en dos vertientes: la de los trabajadores por cuenta ajena y la del derecho de establecimiento. Se trata de los artículos 48 y 52 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, establecidos sobre la base de una noción fundamental en el sistema jurídico comunitario: el principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

En tercer lugar, la libre circulación de servicios comprende en el Tratado de la UE la libre circulación y residencia para el ejercicio de actividades económicas no contemplados en los ámbitos de la libre circulación de personas.

Por último la libre circulación de capitales. El art. 67 del Tratado de la UE establecía la supresión progresiva y "en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común" de las restricciones a los movimientos de capitales pertenecientes a las personas residentes en los Estados miembros, así como la discriminación en el trato por razón de la nacionalidad o residencia de las partes o del lugar de colocación de los capitales.

En este contexto, la idea de "integración positiva" adquiere amplia notoriedad. La integración positiva es básicamente ese conjunto de normas que han de adaptarse a la vez de los Estados miembros para armonizar las legislaciones nacionales. En el sistema comunitario el conjunto de directivas estaba previsto en el art. 100 del Tratado Constitutivo que es clave de la reforma.²⁶

4.2 Instrumentos legislativos

Ante esta tesitura, Bruselas aprobó el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de 26 de julio de 1995 con el objetivo de armonizar los tipos penales de los Estados miembros. Este instrumento legislativo, reforzado por el Reglamento Horizontal de 18 de diciembre de 1995 se erige en la piedra angular para la protección del presupuesto comunitario. El paralelismo con el modelo alemán a la hora de regular el instituto subvencional es evidente, máxime al incluir la conducta típica del desvío de fondos comunitarios.

En materia de gastos se considera que constituye fraude cualquier acción u omisión intencionada relativa a:

⁽²⁶⁾ Liñán Nogueras. "El mercado interior: las cuatro libertades", *Mercosur y comunidad europea*, 1995. p. 93.

1. "La utilización de declaraciones o documentos falsos, inexactos o incompletos que tengan por efecto la percepción o la retención indebida de fondos procedentes del presupuesto general de las Comunidades Europeas o por su cuenta.

2. El incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información que tenga el mismo efecto.

3. El desvío de esos mismos fondos con otros fines distintos a aquellos para los que fueron concedidos en un principio" (art. 1.1.a).

Así, en el apartado de gastos las ayudas tienen por objeto financiar la política agraria común, contribuir a la renovación de las estructuras en los sectores sociales, culturales o económicos, o bien fortalecer la cohesión de éstas en el seno de la Unión Europea. Por tanto el llamamiento expreso a los Estados miembros de adoptar una figura específica de fraude de subvenciones conlleva un avance cualitativo en las aspiraciones armonizadoras de los órganos comunitarios revelando cierta proximidad con otras parcelas del Derecho Penal económico donde la Comisión y el Consejo han arbitrado fórmulas dotadas de eficacia.

De todos modos, hubiera sido preferible articular una directiva comunitaria con el fin de ofrecer una visión de conjunto de la Hacienda Pública a los ojos del ciudadano europeo. Ahora bien, en el estado actual de la cuestión que abordamos conviene subrayar tres importantes deficiencias:²⁷

Es necesario incluir una cláusula general de fraude de ley con el fin de evitar la excesiva fluidez de conceptos que se entremezclan en el marco jurídico de los Estados miembros ya que en el concepto de simulación se incluyen comportamientos que en otros son considerados como fraude de ley.²⁸ De hecho la propia Comisión Europea reconoce que el concepto de irregularidad contenido en el Reglamento Horizontal de 18 de diciembre de 1995 es excesivamente amplio, ya que en él se incluyen tanto la mera omisión por error o negligencia, que pueda causar un perjuicio al presupuesto de la Unión Europea, como los comportamientos intencionados que, por su parte, corresponden al concepto más restrictivo de fraude, tal y como se recoge en el Convenio.²⁹ Además se advierte la necesidad de clarificar determinados elementos normativos del tipo, tales como los relativos a "subvención" o "tributo", con la finalidad de perfilar las disparidades normativas existentes. Por último sería adecuado incluir una cláusula general de arrepentimiento o desestimiento espontáneo como causa de exención de la pena para que determinados ordenamientos jurídicos, como el belga, pudiesen acogerla en su seno.

Conviene destacar el sistema sancionador diseñado por el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de 26 de julio de 1995, ya que no se

(27) Nieto Martín. *Fraudes comunitarios*, p. 369-380.

(28) Idem, ibidem, p. 38.

(29) Informe relativo a la lucha contra el fraude de la Comisión Europea, 1996. p. 8.

obliga a imponer sanciones penales, sean pecuniarias o privativas de libertad. La naturaleza y gravedad de la sanción se determina (art. 2) en atención al montante del fraude. En consonancia, se ha instaurado un triple baremo. Cuando la defraudación supera los 50.000 ECUs se considera fraude grave y la pena correspondiente será privativa de libertad de entidad suficiente para solicitar la extradición. Si la cuantía del fraude se sitúa entre esta cantidad y 4.000 ECUs los Estados miembros, aunque deben disponer de sanciones penales, éstas no tienen porqué ser privativas de libertad. El último baremo se sitúa entre en aquellas cantidades menores a 4.000 ECUs frente a las cuales, si no concurren circunstancias que aumenten la gravedad de acuerdo con el derecho interno puede optarse por sanciones no penales (administrativas).

4.3 Protocolos adicionales

Por último, y no por ello menos significativo, los intereses financieros de la Unión Europea están siendo amenazados por actos de corrupción perpetrados por funcionarios nacionales y comunitarios responsables de la percepción, desembolso o gestión de los fondos públicos sometidos a su control. En tales actos de corrupción pueden estar involucrados personas de nacionalidad diferente y al servicio de entidades u organismos públicos distintos. En aras a una actuación eficaz contra actos de esta índole que tengan ramificaciones internacionales es importante que exista en el Derecho Penal de los Estados miembros una apreciación convergente de su carácter reprobleable.

En base las directrices apuntadas vieron la luz tres protocolos adicionales al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de 26 de julio de 1995 cuya funcionalidad se aproxima a declaraciones de buenas intenciones y su contenido tiene escasa eficacia práctica.

El Primer Protocolo relativo a la lucha contra los actos de corrupción que atentan contra los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 27 de septiembre de 1996 aporta como novedades más significativas la definición de los conceptos de funcionario nacional y comunitario así como de corrupción activa y pasiva se invoca nuevamente el principio de asimilación, recogiendo las pautas marcadas por el Convenio, al requerir que en los casos de corrupción grave los Estados miembros incluyan penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición. El Segundo Protocolo de 26 de mayo de 1997 está encaminado a ordenar las normas específicas de cooperación judicial y dirigir las investigaciones concertadas en caso de fraude plurinacional. El Protocolo de 29 de noviembre de 1996 define el papel del Tribunal de Justicia en materia de protección de los intereses financieros. A tenor de este texto, los Estados miembros pueden introducir en sus derechos internos la posibilidad de recurrir al Tribunal, con arreglo a las modalidades de su elección para la interpretación prejudicial del Convenio.

5. Conclusiones

La protección eficaz del instituto subvencional queda vertebrada en torno al eje.

Bruselas-Berlín. El ordenamiento alemán ha sabido regular con rigor y claridad las obligaciones emanadas de las instituciones comunitarias mediante la utilización de una técnica legislativa correcta.

En cierta medida, las reflexiones efectuadas en el presente artículo podrían ser extrapolables al ámbito de Mercosur.

El 17 de diciembre de 1994 se aprobó el Protocolo de Ouro Preto, siendo parte integrante del Tratado de Asunción, suscrito por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay además de la representación de Chile y Bolivia. A través del mismo se hace preciso adoptar las medidas necesarias para ejecutar las Decisiones y fijar los programas de trabajo para alcanzar el objetivo del mercado común.

No obstante, la estructura institucional diseñada a partir de dicho protocolo no permite establecer un paralelismo con los órganos comunitarios de la Unión Europea, en especial con la Comisión. Esto es, una entidad supraestatal que ejerza un derecho exclusivo de iniciativa normativa; un poder de gestión de los fondos comunitarios; un control de la legalidad de las normas adoptadas por el Consejo y facultades de investigación de los fraudes cometidos por los Estados miembros.

En este sentido, sea o no necesario crear órganos paralelos a los existentes en la Unión Europea nos hallamos ante una problemática que inexorablemente afectará a Mercosur, máxime teniendo en cuenta la tendencia a la globalización de mercados que subyace a las políticas macroeconómicas de los Estados en cuestión.

Por tanto, con el fin de evitar que determinados países sean elegidos como centro de realización de operaciones financieras ilícitas proyectadas hacia el instituto subvencional, son razones de técnica jurídica las que aconsejan una regulación específica de las subvenciones acorde con la magnitud del problema objeto de análisis.

En definitiva, a la hora de abordar la labor de homogeneizar el Derecho Penal interno y, por ende, encontrar un punto de equilibrio entre el grado de equiparación necesario y el respeto a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros de Mercosur es preciso apuntar en una dirección concreta. El binomio *flexibilidad versus homogeneización*, característico al analizar los instrumentos jurídicos de Mercosur, debe solucionarse en pos de la segunda opción, con el fin de evitar disfuncionalidades en el correcto funcionamiento del mercado único.