

DR 29 189

¿Y por qué ahora es un delito y dentro de nada puede ser que no lo sea? ¿Cuál es la razón? Hay muchas razones. La principal es la incorporación de España al mercado común, que cambia totalmente el signo de valoración de este tipo de conductas. Desde que España se adhiere al Club Hoy de los Doce, que forman nuestro ámbito cultural y económico correspondiente a ese mercado común, repito, lo que constituía un concepto de infracción grave ha cambiado totalmente hasta el punto de que la libre circulación de capitales, como después veremos, no solamente no es malo o no es mala, sino que va a ser uno de los objetivos que fundamentan el propio mercado común.

Desde otro orden de cosas, en nuestro país se ha promulgado el 7 de noviembre de 1986 un decreto que sigue la línea liberalizadora de las inversiones de españoles residentes en el extranjero, residentes en España y que inviertan en el extranjero, que tiene una singular importancia. Y además, el Tribunal Constitucional acaba de pronunciarse, concretamente en noviembre el 11 y en diciembre el 16, sobre la inconstitucionalidad del precepto sancionador contenido en la Ley de Control de Cambios de 1979, la ley que venía determinando la tipificación de estas figuras hasta que aparece la de 16 de agosto de 1983, de tal suerte que forma, juntamente con esos otros dos factores, mercado común y decreto liberalizador, otro impacto en orden a despenalizar estas infracciones que es el tema fundamental de estas reflexiones. Bueno, pues si le parece vamos a ir explicando una a una estas razones.

La primera que ha dicho era la incorporación de España al mercado común. En efecto, como sabemos todos, en enero del 86 se produce este singular acontecimiento, de la incorporación de España al mercado común. Hay un acta de adhesión que tiene su importancia en este orden de cosas.

El mercado común se rige por el Tratado de Roma. En el Tratado de Roma se establecieron, hace ya muchos años, las bases de lo que habría de ser la libre circulación de personas, de servicios, de mercancías y de capitales en lo que se llama espacio interior europeo. Primero constituido por el espacio correspondiente a los 10 países que han fundado la Comunidad Económica Europea, con las adhesiones sucesivas, y después a los 12 con la incorporación de España y Portugal.

Hay que tener en cuenta también que hay países adheridos o asociados, como son Austria, Suiza, Suecia e Israel, y países terceros con los que se contrata en el bloque mercado común país tercero, que, mediante este tipo de acuerdos o de contratos bilaterales, se suman, en la medida de lo que convenga a los dos, a las propias directrices del mercado común. Después del Tratado de Roma se dan lo que se llaman directivas de la Comunidad Económica Europea que van a afectar favorablemente a la tesis desincriminadora de las infracciones monetarias. Y sobre todo lo que tiene una enorme importancia es que el día 17 de febrero de 1986 se firma, al poco tiempo de incorporarse España al mercado común, en Luxemburgo lo que se llama Acta Única Europea, de la que se habla mucho y de la que se sabe poco.

Algún medio de comunicación español denunció en su día, yo creo que con toda la razón, que siendo este documento tan importante, el Parlamento Español haya ratificado la adhesión de España al mismo, o la aceptación por parte de España del mismo, sin apenas oposición. Cuando, por ejemplo, en Francia fue menester toda una política persuasiva de Chirac para impedir que se volviese el Parlamento contra ese Acta Única Europea, cuando en Irlanda hay recursos de inconstitucionalidad interpuestos, cuando determinados grupos entendían que era una dejación de las soberanías nacionales que siempre ceden cuando hay estas ascripciones a un club de países, pero lo cierto es que nosotros nos adherimos al Acta Única Europea. Y en este Acta Única Europea hay un artículo 13, en el cual se dice que se va a modificar el 8A del Tratado de Roma, confiriendo al espacio interior europeo la posibilidad de que haya una efectiva circulación libre de capitales.

De tal manera que, igual que hay ahora un establecimiento libre, una libertad de establecimiento profesional, de mercancías, de trabajo, etc., antes del 31 de diciembre de 1992, esta cuestión, salvo excepciones mínimas, tiene que quedar liberalizada. Es decir, que ya no va a constituir delito en absoluto el que un español invierta fuera de las fronteras españolas con un dinero del cual aquí ha devengado sus impuestos. Puede haber una libertad absoluta en esa posibilidad de invertir, digo, por un nacional fuera del territorio nacional, siempre que hablemos dentro del mercado común.

Se ha dicho que Italia se ha transformado hoy en el quinto país industrial del mundo, y es importante el ranking, precisamente por permitir a sus ciudadanos el que inviertan fuera de sus fronteras y luego repatrien, mediante inversiones nacionales, lo que han legítimamente ganado en esas inversiones mucho más seguras, a las veces, que las propias que se puedan hacer en el país donde uno reside. Se tiende, pues, a que haya una libertad monetaria exactamente igual que las demás libertades. Lo que hoy es delito va a ser un hecho bueno, un hecho positivo, un hecho que contribuye a la unidad europea.

El acta única va a determinar, en este sentido, un rudo golpe, yo diría que definitivo, a la criminalización de las infracciones monetarias. Esta es una de las orientaciones que van a determinar, digo, con mayor influencia, la posibilidad de que este tipo de delitos ya no exista en el futuro en el ámbito del mercado común. Sí, otra de las razones a las que ha leído antes, para la posible despenalización de los delitos monetarios, era el decreto del 7 de noviembre del 86, sobre la liberalización de las inversiones.

En efecto, este decreto viene continuando una línea liberalizadora por parte de España. Téngase en cuenta que en el acta de adhesión de los países al mercado común, concretamente en la española, se dijo que se procurase ir liberalizando este tipo de inversiones. Y se distinguían varias, y se distinguen, las que consisten, por ejemplo, en inmuebles, las que consisten en valores mobiliarios, esto es, en acciones, en obligaciones, en cualquier tipo de valor de esta índole, con restricciones, siempre que sean sociedades que tienen establecimientos dentro de nuestro país, que no se controlen mediante esta adquisición de capital, y otro tipo de inversiones, que no son las típicas, diremos, como pueden ser las que

proviene de prestaciones de servicios, de la necesidad de atenciones médicas, de desplazamiento para asistir a congresos, o aquellas que sean inherentes a la libertad de establecimiento.

Se dice que si se permite el que un profesional, o un comerciante, o una industria, se establezca fuera de las fronteras, es legítimo que se le permita el que aporte los capitales necesarios para que esa efectiva implantación de sus servicios profesionales o industriales tenga lugar, y que no haya por qué tener que pedir permisos a transacciones exteriores para exportar el capital necesario para conseguir esa efectiva implantación, repito, del servicio de la industria en país ajeno al nuestro. Pues en este orden de cosas, el 7 de noviembre del 86, se liberalizan las inversiones españolas en el extranjero de una manera muy contundente, muy contundente hasta el punto de que en valores mobiliarios o en sociedades de cartera se permite, y no voy a matizar excepciones porque es prolija, la reglamentación del decreto donde se distingue entre autorización y verificación administrativa. Las primeras exigen una autorización efectiva, la segunda es una simple comunicación a las autoridades administrativas.

Se permite, digo, el que se realicen esas exportaciones siempre que no excedan de 5 millones de pesetas en las que están controladas, otras son absolutamente libres, o a que no excedan del 30% de la cantidad que se declara como para el impuesto extraordinario del patrimonio de las personas físicas como patrimonio en el momento de la declaración de la renta. Se establece así una especie de franquía en el sentido de que ese 30% podrá ser exportado libremente sin ninguna autorización administrativa previa y sin necesidad siquiera, repito, de la verificación administrativa, que son dos supuestos distintos, el segundo más suave que el primero. El concepto, pues, de control sobre las inversiones españolas fuera va desapareciendo paulatinamente, se amplía la posibilidad de exportar, repito, estos capitales fuera del ámbito nacional por residentes en España y se va creando ese ambiente liberalizador.

El decreto en cuestión, por lo tanto, tiene una singular trascendencia. Una duda, ¿esta liberalización de las inversiones en el extranjero no solamente está dentro del marco del mercado común, no? En principio dentro del marco del mercado común y repito que los países que se adhieren, como son los citados antes, Suecia, Suiza, Israel y Austria, pues tienen el mismo régimen al respecto, de modo que va a haber con ellos el mismo tratamiento que con los 12 integrantes en su estricto de la Comunidad Económica Europea. Bueno, y la última razón que aludió fue a dos sentencias del Tribunal Constitucional.

Sí, que son las que le indiqué antes y que, por no repetir las fechas, lo importante de las mismas es considerar que estiman inconstitucional las sanciones privativas de libertad establecidas en la Ley de Control de Cambios de 1969. Por entenderse que al establecerlas, sin ley orgánica, se conculcó o violó el artículo 17.1 de la Constitución, que exige unas determinadas garantías muy tasadas, muy precisas, para establecer precisamente este tipo de sanciones. Con lo que deja fuera de combate, digamos, el artículo 7, en su apartado primero de la Ley del 79, que naturalmente supondrá que esas sanciones, con ese periodo cronológico que va desde el 79 al 83, tengan que ser sustituidas por unas sanciones de carácter administrativo,

nada más sin ser sanciones penales, lo que evidentemente es un paso más hacia la despenalización.

Porque si las infracciones concretamente comprendidas en ese periodo de tiempo no pueden ser sancionadas con penas privativas de libertad, resultaría injusto que las posteriores sí lo sean porque la inseguridad jurídica que se crea es incompatible con el principio de certeza y de seguridad, que son uno de los fundamentos básicos del derecho penal. Y para finalizar, una última pregunta, como siempre nuestra falta de tiempo. ¿Cómo quedará esta materia de los delitos monetarios en el futuro? Pues creo, se lo acabo de indicar, que como materia relegada al ámbito administrativo, nada más.

Serán unas infracciones administrativas en los supuestos excepcionales en que se exija que los países controlen este tipo de actividades. Lo normal será que sean conductas absolutamente permitidas, lícitas, convenientes, y en casos excepcionales, nada más, por la singular estructura económica de algún determinado país, se podrá pedir permiso a la comunidad o ésta podrá autorizar para que tengan una sanción administrativa, una reglamentación administrativa, pero exclusivamente. Pues muchas gracias, profesor Estampa.

Nada más, muchas gracias. Gracias. Llegamos ya a los últimos minutos de Revista de Derecho.

Va a ocupar este tiempo la asignatura de Internacional Público. El profesor Puente Ejido comentará los casos prácticos de los pasados exámenes del mes de febrero. Vamos a dedicar el espacio radiofónico de hoy al comentario de los dos casos prácticos que fueron materias de examen en las pruebas del pasado febrero.

Ustedes saben desde el principio del curso que es propósito de esta cátedra reforzar la importancia del caso práctico en la enseñanza del derecho internacional y, por consiguiente, la importancia también como elemento de examen. Vamos, pues, con la exposición y comentario del primer caso. Como elementos relevantes de él, debemos retener las cuestiones siguientes.

El gobierno de un Estado federal ha concluido un tratado internacional de carácter cultural. Las materias reguladas en dicho acuerdo caen de lleno dentro de la competencia exclusiva de los Estados miembros de la Federación. Según la distribución competencial que la Constitución de ese Estado realizó.

En la fase de ejecución de dicho convenio, algunos Estados miembros tachan al acuerdo de inconstitucional porque, en el procedimiento de conclusión, dicen, no fueron debidamente consultados. Se nos añade que B introdujo una reserva de carácter federal y que A hizo valer, en consecuencia también, una cautela de cumplimiento recíproco. Sobre todo en este complejo se extiende la observación general de que la Constitución de este país respondía al modelo de Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

Pues bien, con todo ello, se nos dan elementos muy importantes para la adecuada contestación de las preguntas formuladas. Por lo demás, si siguen un poco el desarrollo constitucional de

nuestro país, habrán percibido que el problema de fondo que subyace en este caso tiene actualidad en las relaciones del Gobierno de la Nación y de los gobiernos autonómicos. A. Validez del tratado.

Para despejar toda confusión posible entre inconstitucionalidad y validez de un tratado, consideremos en primer lugar el problema de la validez. Aquí no puede ser otra que la validez o nulidad del acuerdo así concluido según el derecho internacional. Ésta puede depender tanto de los aspectos formales en el proceso de conclusión como de los aspectos materiales o de contenido.

Pero el aspecto formal no debe haber cuestión alguna. La referencia que se nos hace al modelo norteamericano federal nos indica claramente que la competencia para concluir tratados, el denominado Treaty Making Power, está claramente residenciada en los órganos federales y que, además, el tratado así concluido es ley suprema del país, es decir, que prevalece sobre cualquier ley federal y, por supuesto, local o particular de los Estados miembros, por amplia que fuere la autonomía legislativa de éstos. Desde el punto de vista material, no habría igualmente base alguna para estimar la nulidad.

La competencia exterior de los Estados no puede ser limitada desde contenidos materiales. Política o relación exterior de los Estados puede ser todo. Educación, transportes, economía, materia penal o civil, defensa, etc.

Sólo de modo muy excepcional las constituciones estatales imponen a los respectivos gobiernos determinados límites materiales en la contratación internacional. Así ocurre, por ejemplo, en la Constitución Española, con el artículo 13, declarando excluidos de extradición y, por lo tanto, de los tratados de extradición a los llamados delitos políticos. El Derecho Internacional General, salvo el caso hoy de la limitación que impondría la nueva noción del Jus Cogens, no impone a los Estados límite material alguno en la conclusión de acuerdos internacionales.

La primera conclusión, pues, sería que el acuerdo concluido era perfectamente válido, tanto desde el punto de vista formal como material. ¿A qué se puede querer aludir cuando se nos pregunta en el caso si se da quizás una causa de nulidad según el régimen general de la Convención de Viena en materia de tratados? El único precepto de este tratado que tiene relación con tal punto sería el artículo 46, cuando se alude en él al consentimiento manifestado en la conclusión de un acuerdo internacional y éste ha sido emitido en violación de una disposición del derecho interno referente a la competencia para concluir tratados internacionales. Según este artículo, será irrelevante dicha alegación a no ser que tal violación sea manifiesta y afecte a una regla de importancia fundamental.

Ahora bien, esta norma es aquí claramente inaplicable por varios conceptos. Primero, no hubo infracción de norma alguna de derecho interno. Segundo, no es el Estado que contrató, esto es, el Estado federal, sino algunos Estados miembros de la Unión quienes aducen la tacha de inconstitucionalidad.

Y, sobre todo, tercero, la norma del artículo 46 de la Convención de Viena está pensada para la relación interestatal. De lo que en nuestro caso se trataba era de una alegación de inconstitucionalidad en el marco de la propia Constitución federal y no de la validez o nulidad en el plano internacional del referido acuerdo. B. Medios que el gobierno federal de B posee.

El gobierno federal tendrá los que le otorgue la Constitución en el marco de las relaciones entre órganos federales y Estados miembros y a buen seguro que se los otorga, como ocurre en el derecho constitucional español entre el gobierno de la nación y los entes autonómicos. Sobre ello debemos tener en cuenta A. Que la competencia para ligar al país globalmente mediante tratado internacional corresponde claramente a los órganos federales. B. Que con la misma claridad corresponde a los Estados miembros, es decir, a cada uno de ellos dentro de su respectivo ámbito competencial, la adopción de las correspondientes medidas de ejecución del tratado.

C. En tercer lugar, es inconsistente el argumento aducido. Lo más seguro es que la respectiva Constitución o el desarrollo ulterior de ese hipotético derecho constitucional, de ese Estado, no conceda a los Estados miembros un derecho formal a ser consultados previamente por el Ejecutivo federal a la vista de la conclusión de esa clase de acuerdos. Ustedes saben que este no es precisamente el caso para el derecho español, en donde los respectivos gobiernos autonómicos tienen asegurado, por los diferentes estatutos de autonomía, un derecho a ser informados por el gobierno central del acuerdo internacional que les afecte directamente.

Más aún, si la alegación hecha fuera entendida como una exclusión total de los Estados miembros de ese Estado federal, del procedimiento de conclusión del referido acuerdo cultural, eso no sería tampoco del todo pues exacto, ya que en los tratados concluidos en forma solemne de acuerdo con la Constitución norteamericana, y este es nuestro modelo, se exige que antes de la ratificación por el Ejecutivo federal norteamericano, el tratado sea aprobado por una mayoría de dos tercios en el Senado. El Senado norteamericano es precisamente esa Cámara de Representación Territorial de los Estados miembros de la Unión. El eventual recurso al Tribunal Constitucional declararían infundada la alegación, dejando eso sí, en la competencia de los Estados miembros, la adopción de las medidas de ejecución del tratado, pero también imponiéndoles la obligación de adoptarlas.

C. Objeción de A sobre el incumplimiento del acuerdo. La base de reciprocidad que en principio domina toda obligación convencional entre Estados, autorizaba ya al Gobierno de A a suspender el cumplimiento del tratado, sin más, en tanto no se clarificara en B la situación constitucional. No necesitaba, por lo tanto, haber formulado la reserva de cumplimiento recíproco, pero con mayor razón tiene fuerza aquí este argumento, habiendo hecho una mención expresa a esta exigencia de reciprocidad.

En el caso de la segunda semana, se contenían como elementos relevantes los siguientes. Se solicitaba por el Gobierno de A al de B la entrega de un presunto delincuente. En la fase judicial del procedimiento de extradición seguido en B, aparece que en la legislación penaltificadora de

los delitos, que fueron recogidos también en el tratado de extradición, ha habido en la legislación de B, primero una ley ordinaria y después una orgánica, en donde se recogían, en ambas leyes, los mismos tipos delictivos.

El hecho se explica porque la Constitución de A, según se dice expresamente, exigía esta clase de leyes orgánicas para todas las medidas legislativas que afectaren a la libertad de los ciudadanos. La persona reclamada, X, poseía la nacionalidad de B y de C, un tercer país. Según la legislación de A, los hechos delictivos constituían un delito continuado, pero la cadena de actos se situaba en el territorio de A y de C. Una vez más tenemos que insistir con ocasión de la solución de estos casos en la necesidad de que ustedes hagan siempre una lectura comprensiva del libro en la preparación de los problemas teóricos del programa y además traten de poner en juego todos los conocimientos jurídicos adquiridos en otras disciplinas.

El derecho internacional público es un derecho positivo y como tal debe ser tratado. Aquí concretamente entran en juego conocimientos del derecho constitucional y penal además del derecho internacional. Por lo que al derecho internacional se refiere, parece claro que si la Constitución exigía ley orgánica y no se conformaba con la ley ordinaria, hay lugar a considerar como inconstitucional la primera ley.

Por lo tanto, sólo podrían ser considerados como actos delictivos, constitutivos o no de un delito continuado, eso es otro problema, aquel o aquellos realizados dentro del ámbito temporal cubierto por la nueva ley. ¿Por qué razón este es un elemento esencial? Pues muy sencillo, porque de acuerdo con el principio de la doble incriminación que ustedes conocen por el derecho penal, sólo serían susceptibles de extradición los delitos cubiertos por la ley orgánica, no los anteriores. El principio de especialidad exigiría además que los tribunales de A contrajeran su enjuiciamiento a esos hechos delictivos.

Una cuestión complementaria en la que aquí no nos podemos detener es el modo de hacer relevante y por lo tanto alegar ante los tribunales de B la ya declarada o simplemente presunta inconstitucionalidad de la primera ley ordinaria de A según su respectiva constitución. No crean que esta es una cuestión simplemente teórica, sino eminentemente práctica y con esa intención además se le planteaba a ustedes como caso. No hace muchas semanas el Tribunal Constitucional Español ha declarado inconstitucional una ley penal ordinaria y por consiguiente ha liberado de responsabilidad penal a personas a las que inicialmente se le imputó la Comisión de Actos Delictivos durante la vigencia de una ley ordinaria que tenía que haber sido desde el primer momento ley orgánica por la razón aludida.

Por lo que respecta a la doble nacionalidad de X, lo siguiente. La doble nacionalidad de X es irrelevante y lo es todavía más teniendo en cuenta la razón que se nos dice de que la de B es por nacimiento y la de C es adquirida. En el supuesto normal de extradición la nacionalidad es efectivamente un obstáculo insalvable a la entrega del presunto delincuente.

Pero según la práctica iniciada ya en el derecho moderno de la extradición los estados pueden hacer objeto de extradición a sus propios nacionales y así lo pactan en los tratados respectivos.

Este es nuestro caso. Tercero.

Los hechos imputados habían sido cometidos en el territorio de A y C. La competencia de los tribunales de A para enjuiciar hechos cometidos en A no parece ofrecer duda alguna. Puede en cambio surgir algún problema respecto de los realizados en el territorio de B. Obstáculo a la extradición no lo es necesariamente si tenemos en cuenta que todos los estados extienden más o menos su acción represiva más allá de sus propios territorios o por razón del sujeto activo o pasivo del delito o por razón del fin protegido. Esta diferente localización de la cadena de actos en el territorio de los estados de A y de C no es obstáculo a la existencia de un delito continuado cuando los elementos objetivos y subjetivos que están en la base de este se den con toda claridad.

Muchas gracias. Gracias, profesor Puente Gido. Y con la asignatura de Derecho Internacional Público finalizamos esta noche la revista.

Pero como siempre, antes de cerrarla un breve resumen de los contenidos. Comenzamos con Administrativo 1 y la segunda parte del tema la privatización del orden público por el profesor Diego Cámara. Siguió el profesor Pablo de Diego de Hacienda Pública con comentarios a los exámenes de febrero y el impuesto sobre la renta.

Jesús María Álvarez Carballo de Civil 2 habló sobre el Real Decreto Ley 2 barra 85 del 9 de mayo. En la entrevista con el profesor Estampa Brown de Penal 2 nos comentó los delitos monetarios. Y hemos finalizado con los comentarios a los casos prácticos de los exámenes de febrero de Internacional Público por el profesor Puente Gido.

Os recordamos que la próxima y última emisión de Revista de Derecho dedicada a tercer curso será el viernes 22 de mayo. Nosotros volveremos la semana que viene con más temas de derecho pero esta vez dedicados a cuarto curso de carrera. Será como siempre a partir de las 8 y 10 de la noche hasta las 9 y media.

Hasta entonces, gracias por vuestra atención y feliz fin de semana a todos.