

# **La transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social en el Derecho penal español**

Rosa Ventas Sastre

Doctora en Derecho penal

Profesora Universidad Rey Juan Carlos

Sumario:

I. Introducción

II. ¿Es necesario la tipificación penal del despilfarro público?

1. Premisa

2. La responsabilidad contable

3. La nueva respuesta del ordenamiento jurídico-penal ante el uso irresponsable del dinero público

III. El delito de malversación

IV. Principales modificaciones del Código penal introducidas por LO 7/2012

1. La responsabilidad penal de Partidos políticos y Sindicatos

2. El nuevo delito de malversación del artículo 433 bis CP

V. Conclusiones

## **I. Introducción**

Basta con una rápida lectura a los principales titulares de prensa de los últimos meses para considerar que la malversación de caudales o efectos públicos se ha convertido en algo inherente a un alto porcentaje de la clase política. De hecho, en los últimos estudios del Centro de Investigaciones Sociales (CIS) se recoge como tercer problema que más preocupa actualmente a los españoles

“los políticos, en general (11.1%)”, después del “paro (58%)” y los “problemas de índole económica (13.1 %)”<sup>1</sup>.

Este grave problema que asola a la sociedad española no sólo afecta al delito de malversación, hecho delictivo tipificado en el art. 432 y ss. del Código penal español (en adelante, CP), sino que también atañe al despilfarro en el manejo de los fondos públicos, para lo que no existe una tipificación específica como delito.

España tiene una larga trayectoria en invertir ingentes cantidades de dinero público en proyectos que finalmente han resultado ser un fracaso o están infrutilizados. Han sido muchos los políticos que en los últimos años, de una forma absolutamente irresponsable, han llevado a cabo proyectos en obra pública sin ningún tipo de utilidad, algo que habría resultado inviable en la mayoría de los países de nuestro entorno jurídico.

El despilfarro de dinero público con apenas control por parte de las instituciones competentes ha sido una constante en nuestro país. Son numerosos los ejemplos de la pésima gestión del manejo de fondos públicos por parte de la clase política<sup>2</sup>: la Ciudad de las Artes y las Ciencias<sup>3</sup>; la Ciudad de la Cultura<sup>4</sup>; la Caja Mágica<sup>5</sup>; la Exposición Internacional de Zaragoza<sup>6</sup>;

---

<sup>1</sup> Estudio nº 2.976. Barómetro de enero de 2013, disponible en <http://www.cis.es>

<sup>2</sup> Todos los casos de despilfarro de dinero público expuestos a continuación pueden verse, en <http://www.periodistadigital.com/economia/instituciones/2012/03/03/el-despilfarro-espanol-proyectos-que-costaron-millones-y-fracasaron.shtml>

<sup>3</sup> A finales de los años 90, la Generalitat Valenciana ideó un megaproyecto cultural y lúdico llevado a cabo por el cuestionado arquitecto Santiago Calatrava, cuyos honorarios ascendieron a 94 millones de euros. Aunque el complejo tenía un presupuesto inicial de 308 millones de euros, el Gobierno de Francisco Camps finalmente desembolsó 1281 millones de euros, lo que supuso un gasto extra de casi 1.000 millones.

<sup>4</sup> La historia de la Ciudad de la Cultura de Santiago de Compostela es otro ejemplo de despilfarro de dinero público. El proyecto empezó a idearse en 1999 con Manuel Fraga como presidente de la Xunta de Galicia. El presupuesto inicial era de 108 millones de euros y fue diseñado por el arquitecto estadounidense Peter Eisenman. El proyecto, que ya ha alcanzado un coste de casi 400 millones de euros, no se terminará. La Xunta ha decidido paralizarlo definitivamente.

Fórum de Barcelona<sup>7</sup>; 'Setas de la Encarnación'<sup>8</sup>; 'Ciudad del Circo'<sup>9</sup>; la Ciudad de la Luz<sup>10</sup>; línea AVE Toledo-Cuenca-Albacete<sup>11</sup>; aeropuertos como el de Castellón, Huesca etc.<sup>12</sup>

---

<sup>5</sup> Fue uno de las obras estrella de Alberto Ruiz-Gallardón, en su fallida apuesta para que Madrid albergase los Juegos Olímpicos. El presupuesto era de 120 millones de euros y la factura final terminó ascendiendo a 294 millones. Ha tenido un sobrecoste de 174 millones de euros, dos veces y media más de lo presupuestado.

<sup>6</sup> El evento de 2008, que giró en torno al agua y al desarrollo sostenible, ha sido uno de los proyectos de mayor inversión y sobrecoste de los últimos años. Duró tres meses, costó 2.250 millones de euros y presentó sobrecostes como los del pabellón puente (34 millones), el del Pabellón de Aragón (15 millones), el de la Torre del Agua (13 millones). El más destacado ha sido el del Palacio de Congresos, que alcanzó 36 millones de euros. El montante total se repartió en 700 millones de euros de inversión directa y 1.550 millones en infraestructuras. En total, dejó unas pérdidas de 502 millones de euros, según el informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas.

<sup>7</sup> La Ciudad Condal acogió en 2004 el Fórum Universal de las Culturas, un evento que dejó un impresionante legado arquitectónico y una elevada factura económica para las arcas públicas. Inicialmente se cifró el precio de las obras en 2.190, pero finalmente el Ayuntamiento de Barcelona reconoció que la inversión final fue de 3.270 millones, más de 1.000 millones más.

<sup>8</sup> El proyecto conocido popularmente como las 'Setas de la Encarnación' debido a su ubicación en la plaza sevillana de la Encarnación, fue adjudicado al alemán Jürgen Mayer en 2004 por un presupuesto inicial de 33 millones de euros. La cantidad fue creciendo poco a poco debido a modificaciones y retrasos hasta alcanzar los 123 millones de euros.

<sup>9</sup> El despilfarro de dinero público alcanza un grado superlativo con el Centro de Artes de Alcorcón (CREAA), más conocido como 'Ciudad del Circo'. El proyecto del alcalde socialista Enrique Cascallana, que incluye un auditorio, un circo estable y un área de congresos, entre otros, se presupuestó en 120 millones de euros y las obras, aún no finalizadas, acumulan ya un sobrecoste del 40%.

<sup>10</sup> El complejo industrial de cine alicantino pretendía convertirse en una especie de "Hollywood español". Eduardo Zaplana fue el ideólogo de un proyecto que hoy en día está en venta. El objetivo era invertir 100 millones de euros, pero su coste final alcanzó los 350 millones, según ha reconocido la propia Generalitat Valenciana.

<sup>11</sup> La rentabilidad es un concepto que no se puede asociar hoy en día a la alta velocidad española, ya que no existe suficiente demanda por parte de los usuarios para amortizar el alto coste de las infraestructuras. España, con más de 3.000 km, es el segundo país del mundo con mayor implantación de alta velocidad, solo superado por China. Sin embargo, la línea de AVE Toledo-Cuenca-Albacete, ya suprimida, constituye un verdadero despilfarro. Cada día se subían a esa línea directa solo nueve viajeros de los

## II. ¿Es necesario la tipificación penal del despilfarro público?

### 1. Premisa

Una de las cuestiones actuales que suscita un serio debate político y jurídico, dado el ingente derroche de dinero público de los últimos años, es si resulta necesario tipificar en el Código penal un nuevo delito de despilfarro en el uso o manejo de los fondos públicos o si, por el contrario, basta con el Derecho administrativo y las últimas modificaciones introducidas en el Código penal por la LO 7/2012 para prevenir y sancionar conductas que constituyen una de las principales causas de la grave crisis económica que sufre nuestro país.

Para dar respuesta a esta pregunta analizaremos, en primer lugar, si los mecanismos de los que actualmente dispone nuestro derecho, concretamente la denominada responsabilidad contable, son suficientes, o si también es conveniente reforzar penalmente la respuesta del ordenamiento jurídico ante el uso irresponsable del dinero público por parte de autoridades y funcionarios, tipificando un nuevo delito de despilfarro público.

### 2. La responsabilidad contable

Una primera aproximación a la definición de responsabilidad contable se recoge en el artículo 38.1 de la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas: *“el que por acción u omisión contraria a la ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados”*.

---

2.190 potenciales para ambos sentidos. El coste del servicio suponía para las arcas del Estado unos 18.000 euros al día.

<sup>12</sup> Como ha ocurrido con la alta velocidad, la proliferación de aeropuertos en los últimos años en España, cuya cifra alcanza los 48, ha provocado la construcción de muchas instalaciones sin utilidad pública. Es el caso de varios aeródromos como el de Burgos, el de Badajoz, el de Castellón o el de Huesca.

Posteriormente, esta definición de fue desarrollada por el artículo 49.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas: *“la jurisdicción contable conocerá de las pretensiones de responsabilidad que, desprendiéndose de las cuentas que deben rendir todos cuantos tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, se deduzcan contra los mismos cuando, con dolo, culpa o negligencia graves, originaren menoscabo en dichos caudales o efectos a consecuencia de acciones u omisiones contrarias a las Leyes reguladoras del régimen presupuestario y de contabilidad que resulte aplicable a las entidades del sector público o, en su caso, a las personas o entidades receptoras de subvenciones, créditos, avales u otras ayudas procedentes de dicho sector”*.

De la anterior definición se puede extraer tres requisitos que conforman la responsabilidad contable: 1) un elemento objetivo, que se identifica con la existencia de un menoscabo evaluable económicamente de unos determinados bienes patrimoniales públicos (los caudales o efectos públicos); 2 ) un elemento subjetivo, consistente en que el sujeto activo, político o funcionario, realice una acción u omisión dolosa o imprudente, que vulnere las normas presupuestarias y de contabilidad; y 3) un nexo causal entre la acción u omisión infractora y el menoscabo producido.

En definitiva, la responsabilidad contable es aquella a la que están sujetos quienes gestionan o manejan los caudales o efectos públicos. En realidad constituye una categoría especial de responsabilidad, ya que comporta una serie de características propias que la diferencian sustancialmente del Derecho administrativo sancionador. De hecho, constituye un sistema específico para la indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales causados a la Administración pública.

### **3. La nueva respuesta del ordenamiento jurídico-penal ante el uso irresponsable del dinero público**

La necesidad de incluir en el Código penal un nuevo delito de despilfarro público fue propuesto por la Defensora del Pueblo, ante el Pleno del Congreso de los Diputados, en la presentación del informe correspondiente a la gestión

de la institución durante 2010<sup>13</sup>. En esta comparecencia, la Defensora del Pueblo advirtió que la tipificación del delito del despilfarro contribuiría a “evitar que se malgaste el dinero de todos obtenido por las Administraciones públicas de los impuestos que gravan la renta o el consumo de millones de personas”, e instó a que “sea obligatorio incluir en el presupuesto de cada proyecto de infraestructura pública todas las partidas previstas hasta su conclusión”, considerando además imprescindible que “antes de realizar una nueva infraestructura se evalúe su uso social”. En este contexto, expresó que “el ánimo de lucro no es lo que merece el reproche de los ciudadanos en este tipo de conductas, sino los excesos, bien por no existir partida presupuestaria suficiente, bien por la naturaleza del gasto, que provoca escándalo”. En su escrito al Ministerio de Justicia, la Defensora del Pueblo advirtió que el Derecho penal debe ser reservado a conductas merecedoras del máximo reproche social, por lo que solicitó que “se refuercen los controles y las sanciones de orden administrativo en este ámbito” y que las “conductas particularmente graves tengan una específica respuesta penal”.

Esta petición se apoyaba en el argumento de que el rigor en el manejo de los fondos públicos “debe ser superior al del tratamiento del uso de los fondos privados por particulares”, considerando, por último, que la consecuencia jurídica más importante de estos comportamientos debería ser la “inhabilitación para cargo o función pública”.

La iniciativa de la Defensora del Pueblo fue asumida por el Gobierno del Partido Popular en comparecencia de la Vicepresidenta en la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, de fecha 24 de enero de 2012<sup>14</sup>, donde anunció que el Gobierno presentará una Ley Orgánica complementaria a la de Buen Gobierno, que modificará el Código Penal para tipificar como delito las infracciones más graves en la gestión de los recursos públicos, de acuerdo con criterios de intencionalidad (dolo) e imprudencia grave en el ejercicio de las funciones públicas, sobre la base de que “la mala gestión de los recursos

---

<sup>13</sup> La comparecencia pueden consultarse en [www.defensordelpueblo.es](http://www.defensordelpueblo.es)

<sup>14</sup> Documento disponible en <http://www.lamoncloa.gob.es>

públicos no puede seguir perjudicando únicamente a quien paga, sino que tiene que generar consecuencias a quien malgasta. Aquellos que irresponsablemente causen perjuicios a los ciudadanos en su gestión, aquellos que gasten más allá de lo razonable, que hipoteque el futuro de las generaciones siguientes, aquellos que lleven a cabo una gestión deficiente, han de responder ante los ciudadanos. Y, si es necesario, ante la justicia”.

Reproduciendo las palabras de la Vicepresidenta del Gobierno, los objetivos que debe reunir una Ley de transparencia<sup>15</sup> engloban “una mayor disciplina del control público, incrementando la transparencia. Además “no sólo recogerá el estilo de un Gobierno abierto, sino también las obligaciones de un buen Gobierno. Estas obligaciones se extenderán a los responsables de todas las Administraciones Públicas, exigiendo austeridad en sus comportamientos individuales, y responsabilidad en el manejo de asuntos y recursos públicos...cuando se incumplan estas obligaciones en la gestión de los recursos económicos. La respuesta debe ser contundente para quienes incumplan los límites de déficit y endeudamiento que fijará la Ley de estabilidad presupuestaria, para quienes contraigan compromisos de gasto o asuman obligaciones sin crédito suficiente para su financiación, para quienes eludan el reflejo contable de las obligaciones asumidas...para quienes no colaboren o aporten la documentación requerida por los órganos de fiscalización contable o los Tribunales de justicia. Para todos ellos habrá consecuencias no sólo administrativas, sino incluso penales”.

En definitiva, esta reforma se enmarca en la tendencia mundial de promover una mayor transparencia y responsabilidad de los gestores públicos, plasmada en la iniciativa internacional para la creación de una Sociedad de Gobierno Abierto promovida por Barack Obama y Dilma Rousseff en julio de

---

<sup>15</sup> También algunos grupos parlamentarios del Congreso presentaron Proposiciones de Ley de transparencia y acceso a la información pública, como la 122/000010 del PSOE (BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 10-1, de 13 de diciembre de 2011), finalmente rechazada tras su tramitación.

2010, a la que ya se han adherido más de cincuenta países, entre ellos España.

Como resultado de todo lo anterior, el 7 de septiembre de 2012 se aprobó el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen Gobierno<sup>16</sup>, actualmente en tramitación.

Asimismo, unos meses más tarde, se promulgó la LO 7/2012, de 27 de diciembre<sup>17</sup>, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. Sin embargo, llama la atención que no se haya aprovechado esta Ley de modificación del Código penal para incluir el delito de despilfarro público, tal y como había sido anunciado por el Gobierno. Ello pone en duda su posterior tipificación. De hecho, la referida LO 7/2012, tan sólo hace referencia a una mejora en la eficacia de los instrumentos de control de los ingresos y del gasto público.

En suma, según se desprende de la Exposición de motivos de la LO 7/2012, los criterios que han inspirado esta reforma se corresponden solamente con un reforzamiento en la transparencia de la actividad de la Administración, como es claro ejemplo la modificación del Código penal para exigir responsabilidad penal a los Partidos políticos y Sindicatos<sup>18</sup>.

### **III. El delito de malversación**

El Capítulo VII, Título XIX, Libro II del Código penal, bajo la rúbrica “De la malversación”, recoge las diferentes modalidades de este delito cuando la autoridad o funcionario público: 1) sustraiga con ánimo de lucro, los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo, o consienta que lo haga un tercero (art. 432 CP); 2) destine a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos

---

<sup>16</sup> BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 19-1.

<sup>17</sup> BOE, núm. 312, de 28 de diciembre de 2012.

<sup>18</sup> *Vid. ut infra* apartado IV.1.

públicos que tenga a su cargo (art. 433 CP); 3) dé una aplicación privada, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, a los bienes pertenecientes a cualquier Administración.

Como puede observarse, el tipo admite tanto la conducta activa, cuando es la autoridad o funcionario quien sustrae los caudales o efectos públicos, como la omisiva, si éste consiente que un tercero los sustraiga.

En cuanto a las consecuencias jurídicas derivadas del delito, las penas aplicables a los diferentes tipos de malversación varían entre la multa, para los supuestos menos graves, y la prisión hasta un máximo ocho años, para los más graves y, en todos los casos, inhabilitación absoluta, o especial, o bien suspensión de empleo o cargo público.

En principio, en todos los casos el sujeto activo del delito es la autoridad o funcionario público que tenga a su cargo, por razón de sus funciones, los caudales o efectos públicos. No obstante, el art. 435 CP hace extensivas las anteriores modalidades delictivas de malversación a quienes no ostentan la condición de autoridad o funcionario público, pero estén encargados, por cualquier concepto, de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas, así como a los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos, y a los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

Lo determinante es acreditar la relación entre el sujeto activo y el objeto material<sup>19</sup> del delito. Como ha declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en

---

<sup>19</sup> La expresión “caudales o efectos públicos” se viene interpretando por la doctrina y jurisprudencia en el sentido de integrar todo valor de relevancia económica (dinero, títulos valores, efectos negociables convertibles en dinero, tales como letras de cambio, bonos, cheques, pagarés etc.). No obstante, también se ha apreciado por un sector de la doctrina que el objeto material, para ser considerado como tal, además de medirse en términos dinerarios debe tener una aptitud de idoneidad. Cfr. QUINTERO OLIVARES,

Sentencia de 27 de enero de 1996<sup>20</sup>, “para que exista malversación de caudales públicos es preciso que el sujeto activo tenga a su cargo o a su disposición los fondos”, de lo contrario no se podría apreciar delito de malversación, ya que no se darían los elementos objetivos del tipo.

Por último, el bien jurídico protegido es, en nuestra opinión, el deber de fidelidad<sup>21</sup> exigible a quienes tienen a su cargo, por razón de sus funciones, caudales o efectos públicos. Por ello, para que el delito se considere consumado no es necesario acreditar un perjuicio real o daño a la Administración pública, siendo suficiente con que se haya producido una sustracción o disposición no autorizada de los caudales o efectos públicos. Ahora bien, si además la malversación revistiese especial gravedad, atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño ocasionado a la Administración, entonces resultaría de aplicación el subtipo agravado del art. 432.2 CP, que prevé penas más graves, alcanzando concretamente la pena de prisión de cuatro a ocho años de duración.

#### **IV. Principales modificaciones del Código penal introducidas por LO 7/2012**

Entre las nuevas reformas introducidas en el Código penal por LO 7/2012, reviste especial enjundia la inclusión dentro del régimen general de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los Partidos políticos y Sindicatos, hasta ahora excluidos.

##### **1. La responsabilidad penal de Partidos políticos y Sindicatos**

---

G./ MORALES PRATS, F./ TAMARIT SUMALLA, J. M./ GARCÍA ALBERO, R.: *Comentarios al Código penal*, tomo III, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 676.

<sup>20</sup> (RJ 1996\50).

<sup>21</sup> La doctrina más tradicional, así como la jurisprudencia, vincula el desvalor de acción de las diferentes modalidades de malversación a la infracción de los deberes de fidelidad. Sin embargo, para una nueva corriente doctrinal, liderada por Octavio De Toledo, en este tipo de delitos concurren bienes jurídicos como el patrimonio y el buen funcionamiento de la Administración. *Ibidem*, p. 674.

La LO 7/2012 ha suprimido la referencia a Partidos políticos y Sindicatos que se recogía, como excepción, en el apartado 5 del art. 31 bis CP.

Así, con dicha modificación, en la que ya no se menciona a los Partidos políticos y Sindicatos, el párrafo primero del apartado 5 del art. 31 bis CP ha quedado redactado con el siguiente tenor: *“5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”*.

Con la inclusión de los Partidos políticos y Sindicatos en el régimen general de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se supera la percepción que tenía la sociedad acerca de la impunidad que ofrecía la anterior regulación a ambos actores de la vida política.

De hecho, la justificación de la exclusión de responsabilidad penal a Partidos políticos y Sindicatos, como personas jurídicas, aparece recogida en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código penal, de 15 de enero de 2007<sup>22</sup>. Con un argumento ciertamente endeble, que no convence en absoluto, señala el legislador que “la coincidencia internacional en lo ineludible de que los sistemas penales acogieran esa clase de responsabilidad, ha venido impuesta, como fácilmente se puede comprender, especialmente por la necesidad de robustecer el marco jurídico en que se puede desarrollar con eficacia y garantía el principio de libre empresa, que ha de desarrollar su eficacia en un espacio que supera ampliamente el marco territorial y económico de los Estados. Esa razón de origen explica, por demás, que se haya excluido del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas al Estado, a las

---

<sup>22</sup> BOCG. Congreso de los Diputados, núm. 119-1.

Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Partidos políticos y a los Sindicatos”.

Es lógico que surgieran dudas y suspicacias en relación a esta exclusión. Tengamos en cuenta que la criminalidad organizada se puede filtrar tanto en empresas como en Partidos políticos y Sindicatos, como de hecho ha sucedido actualmente, resultando en ocasiones muy difícil la identificación de las personas físicas y su grado de responsabilidad, lo que dejaba a ambos, Partidos políticos y Sindicatos, en una cómoda situación de impunidad. En nuestra opinión, la falta de inclusión de ambos grupos en el régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas respondía a intereses meramente corporativistas, dada la cuestionada separación entre el poder legislativo y el ejecutivo y, dentro de éste, la estrecha relación que mantiene con los Sindicatos.

Así las cosas, a partir de la LO 7/2012, ya se puede exigir responsabilidad penal a Partidos políticos y Sindicatos, por lo que les resulta de aplicación el nuevo axioma *societas delinquere potest*, implícito en el art. 31 bis CP: *“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”*.

Por tanto, para poder considerar penalmente responsable a una persona jurídica, como puede ser un Partido político o Sindicato, el legislador ha establecido dos supuestos: a) cuando alguno de sus administradores o representantes legales hayan cometido un delito por cuenta y en provecho de la persona jurídica; b) cuando el delito por cuenta y en provecho de la persona

jurídica haya sido cometido, no por los administradores o representantes legales, sino por uno o varios de sus empleados, siempre y cuando el hecho delictivo se haya cometido porque aquéllos no ejercieron el debido control. En esta segunda vía de imputación se deben considerar las circunstancias concretas del caso. Entendemos que, con ello, el legislador pretende evitar que la responsabilidad se aplique de una forma meramente objetiva. Esta segunda forma de responsabilidad ha sido denominada por TIEDEMANN como “culpabilidad por defecto de organización”<sup>23</sup>.

Por tanto, se puede afirmar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es directa e independiente de aquella en la que puedan incurrir sus administradores y representantes legales.

En suma, los Partidos políticos y Sindicatos responderán penalmente por actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, o bien por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a su autoridad, cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos. Todo ello, en los supuestos previstos por la Ley. En este sentido, queda eliminada la posibilidad genérica de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas para cualquier clase de delito.

Concretamente, las figuras delictivas que admiten la eventual comisión por una persona jurídica, en el caso que nos ocupa por Partidos políticos y Sindicatos, constituyen un sistema de *numerus clausus* y, por tanto, se trata de una incriminación específica, que fundamentalmente afecta al Derecho penal económico. Son, entre otros, los siguientes delitos: descubrimiento y revelación de secretos; estafa; insolvencias punibles; daños informáticos; delitos contra la propiedad intelectual, el mercado y los consumidores; blanqueo de capitales; delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social; delitos urbanísticos; falsificación de tarjetas y cheques; cohecho etc.

---

<sup>23</sup> Citado por ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)”, *La Ley penal. Revista de Derecho penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 76, año VII, noviembre 2010, p. 8.

Como señala RODRÍGUEZ MOURULLO<sup>24</sup>, la Sociología criminal subraya que las complejas estructuras organizativas de las empresas, con independencia de cuál sea su forma societaria, y en nuestra opinión también los Partidos políticos y Sindicatos, operan en una economía globalizada, que dificulta enormemente la individualización de las personas físicas responsables de los eventuales delitos cometidos.

Pues bien, con la tipificación *ex novo* del art. 31 bis CP por LO 5/2010<sup>25</sup>, se introdujo, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, la imputación penal directa e independiente de la persona jurídica, no siendo ya requisito *sine qua non* la condena de sus administradores o representantes legales. Con ello, quedan solventados los problemas de autoría y participación de las personas físicas en aquellos casos en los que resulte difícil su individualización; de ahí que en muchas ocasiones se haya aplicado una responsabilidad objetiva encubierta<sup>26</sup>.

Ciertamente, la dificultad de individualizar a las personas físicas autoras del hecho delictivo ha producido en ocasiones dos situaciones perversas: por un lado, una responsabilidad penal puramente objetiva y, por otro, una absoluta impunidad para la persona jurídica, cuando no eran condenados sus administradores o representantes legales<sup>27</sup>. Como advierte ÚBEDA DE LOS COBOS, la dificultad de identificar a las personas físicas que conforman el

---

<sup>24</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática”, *Otrosí*, núm. 6, abril-junio 2011, p. 9.

<sup>25</sup> *BOE* núm. 152, de 23 de junio de 2010.

<sup>26</sup> Este problema ha sido sagazmente tratado por RODRÍGUEZ RAMOS L.: “Nuevos aspectos dogmáticos y procesales del principio “*Societas delinquere potest*”, en HURTADO POZO, J. / DEL ROSAL BLASCO, B. / SIMONS VALLEJO, R.: *la responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Valencia, 2001, p. 168.

<sup>27</sup> ÚBEDA DE LOS COBOS, J. J.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, *La Ley penal. Revista de Derecho penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 77, año VII, diciembre 2010, p. 26.

organigrama de la persona jurídica, ha favorecido que se haya utilizado ésta como instrumento para cometer el delito buscando impunidad, lo que en nuestra opinión ha sucedido precisamente con los Partidos políticos.

Por otro lado, con el principio *societas delinquere potest* resultan también subsanadas las lagunas de impunidad de las que disfrutaban las personas jurídicas, cuando constatada la comisión de un delito por quienes ejercían los cargos de representantes legales o administradores, éstos no habían sido hallados, se habían sustraído a la acción de la justicia, habían fallecido, o bien concurría en ellos alguna circunstancia eximente de responsabilidad penal, lo que resulta de todo punto extrapolable a los Partidos políticos. Sin olvidar, además, que con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, también se pone coto a la posibilidad de imputar responsabilidad por el cargo y no por el hecho.

Como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, la responsabilidad objetiva por el cargo es intolerable. La única que debe aceptarse es la responsabilidad por el hecho, conforme al principio de culpabilidad. Así, lo señala la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª)<sup>28</sup> con el siguiente argumento:

“Cuando el sujeto, el que reúne la condición, sujeto pasivo tributario, sin la cual no puede ser tenido por autor, es una persona jurídica, la exigencia político criminal de evitar impunidades, ha dado lugar al establecimiento de la denominada cláusula de transferencia. En virtud de ésta se "transfiere" a un sujeto que no está revestido de ella, pero que actúa en lugar de quien si la posee, la cualidad que se requiere para responder a título de autor. A ello responde el artículo 31 CP que otorga a los actuantes en lugar de otro, *extranei*, la categoría de *intranei*, posibilitando su imputación a título de autor. Esa "posibilidad" no implica por sí sola "efectividad" de tal imputación por ese título. Para ello se requiere atender, además, a exigibles criterios de imputación o atribución de responsabilidad penal. Al respecto, podemos adelantar dos consideraciones: a) ni basta ser administrador para recibir la transferencia de esa responsabilidad y b) ni siquiera es necesario ser formalmente

---

<sup>28</sup> (RJ 2010\7169).

administrador para poder recibirla. Confundir la extensión del ámbito de sujetos que pueden responder a título de autores con las reglas de imputación, objetiva y subjetiva, de responsabilidad penal provocaría una inaceptable responsabilidad objetiva por el cargo. Ser administrador de una persona jurídica es calidad que sólo le convierte en autor posible del delito, cuando la configuración típica de éste exige un sujeto que ha de tener las características que solamente la persona jurídica tiene. Para, además, ser efectivamente responsable debe satisfacer el criterio de atribución de responsabilidad penal”.

La misma doctrina aparece recogida en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 27 de octubre de 2011<sup>29</sup>, donde se vuelve a insistir en que en los delitos empresariales “la autoría requiere la verificación de la conducta penalmente típica y lo que es más importante, verificar la imputación objetiva y subjetiva. Esto es, si se constata que en la empresa se ha cometido un delito no puede concluirse, sin más, que el responsable era el administrador (...). Este modo de operar lo que provocaría es la creación de una inaceptable responsabilidad objetiva por el cargo, una responsabilidad por la mera circunstancia de ser administrador y no una responsabilidad por el hecho, única que debe aceptarse conforme al principio de culpabilidad.”

En síntesis, la aplicación del principio de responsabilidad objetiva, cuando una vez probada la existencia de un hecho delictivo cometido al amparo de una persona jurídica no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables del mismo, constituye a todas luces una vulneración de los principios inspiradores del Derecho penal: principio de presunción de inocencia<sup>30</sup> y culpabilidad.

---

<sup>29</sup> (RJ 2012\1099).

<sup>30</sup> Así lo ha declarado en numerosas sentencias el Tribunal Constitucional. A título de ejemplo, STC de 20 julio de 1993 (Sala 1ª) (RTC 1993\253), donde remitiéndose a un supuesto semejante [STC 150/1989 (RTC 1989\150)], considera “vulnerado el derecho a la presunción de inocencia por haberse impuesto al gerente de una empresa una condena a título de falta de imprudencia con resultado de daños, sin que en ningún momento hubiese quedado acreditado que la producción de los mismos fuera consecuencia, directa o indirecta, de la omisión por el condenado de la debida diligencia para impedirlos o de una actuación imprudente por su parte, ni se hubiese hecho

Por todo ello, y tal como ha sido expuesto, con la responsabilidad penal de las personas jurídicas quedan solventados tanto los problemas de autoría y participación, cuando resulte difícil la individualización de las personas físicas, como los problemas que plantea la aplicación de la responsabilidad objetiva en Derecho penal y la responsabilidad por el cargo y no por el hecho. Estas razones justifican la bondad de esta reforma, máxime cuando, en aras de la LO 7/2012, ya no quedan excluidos como personas jurídicas susceptibles de responsabilidad penal los Partidos políticos y Sindicatos, a quienes los problemas analizados no resultaban ajenos.

## **2. El nuevo delito de malversación del artículo 433 bis CP**

Como hemos señalado anteriormente, por LO 7/2012, de 27 de diciembre, se ha modificado el Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. Dentro del conjunto de medidas propuestas para dotar de transparencia al sector público y fortalecer la confianza en las instituciones públicas, se ha configurado un nuevo tipo penal para sancionar las conductas de ocultación, simulación y falseamiento de las cuentas públicas.

Concretamente, el nuevo delito de malversación se ha tipificado en el art. 433 bis CP, que castiga con penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses, a la autoridad o funcionario público que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa: 1) falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, fuera de los supuestos previstos en el artículo 390 del CP; o 2) facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior. Si se llegare a causar el perjuicio

---

razonamiento alguno encaminado a fundamentar la convicción alcanzada por los órganos judiciales respecto de su participación en los mismos”.

económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

La reforma incorpora una regla que soluciona los problemas de posible concurso de este delito con el de falsedad documental, que resulta de aplicación preferente. Concretamente, se aplica a la falsificación y mendacidad de documentos internos que, en cualquier caso, son relevantes para la adopción de decisiones de trascendencia económica. En otras palabras, se tipifica el falseamiento de la información de relevancia económica que no forma inicialmente parte de un documento, pero que encuentra reflejo posterior en el mismo. De este modo, se solucionan los problemas de tipicidad que pueden plantearse cuando el autor no emite el documento falso, sino que se limita a introducir la información mendaz que luego queda incorporada a un soporte documental escrito o de otra naturaleza. Y, con la misma finalidad, se tipifica la facilitación de esa información mendaz a terceros, cuando tal conducta resulte idónea para causar un perjuicio económico a la Administración.

Todas estas conductas, en la medida en que no se trate de supuestos de falsificación de documentos públicos u oficiales, sancionados por los arts. 390<sup>31</sup> y ss. CP se castigan, como hemos señalado anteriormente, con penas de multa e inhabilitación, y pena de prisión en el supuesto de causación efectiva del perjuicio económico.

La propia Exposición de motivos de la LO 7/2012 señala que la finalidad de este precepto es “dotar de la máxima transparencia al sector público y

---

<sup>31</sup> Art. 390.1 CP.: “*será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial; 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad; 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho; 4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos*”.

garantizar la confianza en la veracidad de la información que refleja la situación económica de las administraciones y entidades públicas”.

## V. Conclusiones

Como hemos analizado anteriormente, el Código penal no tipifica ninguna conducta, activa u omisiva, que permita sancionar el despilfarro en el manejo de los fondos públicos a quienes, por razón de sus funciones, los tengan a su cargo. Ninguna de las modalidades delictivas de malversación resulta adecuada para sancionar penalmente los supuestos de despilfarro, ni siquiera con la nueva tipificación del art. 433 bis CP, ya que en el despilfarro no se produce una sustracción, con intención de lucro, de los caudales o efectos públicos, o una aplicación de los mismos a fines personales con dicho ánimo, sino simplemente un uso absolutamente irresponsable del dinero público.

Ahora bien, el anterior Código penal de 1973 también recogía en el art. 395<sup>32</sup> como delito de malversación las conductas imprudentes cometidas por el funcionario. En realidad, estas conductas se asemejan más a los supuestos de despilfarro público que el propio delito de malversación vigente. En efecto, Código Penal de 1995 limitó el delito de malversación a los supuestos dolosos, excluyendo las acciones u omisiones imprudentes. La razón de esta supresión fue la práctica unanimidad de la doctrina acerca de los suficientes mecanismos que existen en nuestro ordenamiento para sancionar estas conductas, como la responsabilidad contable, sin necesidad de acudir al Derecho penal, que debe quedar reservado para los casos más graves en los que el funcionario o

---

<sup>32</sup> Art. 395 CP de 1973: “*el funcionario que por abandono o negligencia inexcusables diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos de que se trata en los números segundo, tercero y cuarto del artículo anterior, incurrirá en la pena de multa de la mitad al tanto del valor de los caudales o efectos sustraídos, sin que pueda bajar de 5.000 pesetas. Si el funcionario culpable reintegrare antes del juicio dichos caudales o efectos, o con sus gestiones se lograre el reintegro, la pena será la de represión pública.*”

autoridad actúe con dolo (conocimiento y voluntad) y con ánimo de lucro, como elemento subjetivo del tipo.

Por ello, tipificar como delito el despilfarro público sería dar un paso atrás y, prácticamente, retroceder al Código penal de 1973. Sobre todo porque nuestro ordenamiento jurídico cuenta con mecanismos legales suficientes para detectar y sancionar la indebida utilización y la defectuosa gestión de los fondos públicos. Y precisamente por esta razón, porque hay otros mecanismos viables, es necesario respetar los principios inspiradores del Derecho penal: principio de subsidiariedad e intervención mínima (*ultima ratio*).

Por otro lado, la tipificación penal del derroche de dinero público podría dar lugar a que la Fiscalía General del Estado, al depender del Gobierno de turno, pudiese perseguir determinadas decisiones políticas de los grupos de la oposición, lo que podría llegar a poner en peligro, en algunos casos, la propia estructura del principio de división de poderes. Pensemos en decisiones adoptadas por un gestor público, sin un fin en sí mismo delictivo, sino que el objetivo sea conseguir un mayor número de votantes, y para ello realice gestiones o proyectos que conlleven un gasto irresponsable de dinero público.

Es cierto que el clamor popular, a través de la presión mediática, viene exigiendo, desde hace tiempo, la asunción de responsabilidades por parte de los gestores públicos. Sin embargo, no se puede olvidar que el ámbito penal afecta a bienes jurídicos fundamentales, que exigen una forma de legislar sensata, con el máximo rigor técnico, y no a golpe de titular, como en tantas ocasiones se ha comentado.

En definitiva, a través de la responsabilidad contable el ordenamiento jurídico dispone de medios legales de control que son viables para conseguir una gestión eficiente y responsable de los recursos públicos. Incluso también para reparar, en su caso, el menoscabo causado a la Administración pública como consecuencia de la actuación irregular de quienes tienen los fondos públicos a su cargo, por razón de sus funciones, quedando obligados a la indemnización de los daños y perjuicio producidos.

Concretamente, el principal mecanismo para el control del gasto público es el Tribunal de Cuentas, previsto en los arts. 136 y 153.d) de la Constitución española. La Carta Magna configura al Tribunal de Cuentas como el órgano constitucional, o de relevancia constitucional, al que corresponde el ejercicio de la función de fiscalización de la gestión económica y de las cuentas de todo el sector público pero, al tiempo, le reconoce, de acuerdo con su larga tradición histórica, una función de naturaleza jurisdiccional, cuyo contenido se centra en el enjuiciamiento de la llamada responsabilidad contable. Así, el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de su función fiscalizadora, debe comprobar si la actividad económico-financiera del sector público respeta los principios de legalidad, eficiencia y economía.

Es palmario que la observancia de los tres principios anteriores choca de lleno con el despilfarro del dinero público. Es en esta segunda función, la jurisdiccional, donde el Tribunal de Cuentas despliega toda su eficacia. Esta función consiste en el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurren los que tienen a su cargo el manejo de los fondos públicos.

Ahora bien, no se puede obviar que en ocasiones este órgano constitucional funciona de manera lenta e imperfecta. Además, en su mayor parte, está dirigido más a detectar y perseguir que a prevenir. Por ello, si la actual regulación se ha mostrado a veces insuficiente para velar por el buen uso de los recursos públicos, quizá deba plantearse una reforma que refuerce o amplíe las competencias del Tribunal de Cuentas, antes de tipificar un delito que exija responsabilidad penal por el manejo irresponsable de fondos públicos.

El objetivo debe ser, en suma, mejorar la gestión del dinero público. Para ello, lo más óptimo es, por un lado, reforzar los mecanismos de prevención y detección de los casos de gestión irregular en el manejo de los fondos públicos y, por otro, que las instituciones encargadas de estas actuaciones actúen de una forma más rápida y eficaz.

Esperemos que contribuya a estos objetivos la reciente aprobación de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. Su razón de ser, según se desprende de su propia Exposición de motivos, es conseguir una mejora en la eficacia de los instrumentos de control de los ingresos y el gasto público. Y, para ello, anuncia un reforzamiento en la transparencia de la actividad de la Administración.