



Defraudación y malversación de subvenciones

Aspectos procesales y político-criminales

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid y abogado

Planteamiento

Los artículos 306, 308 y 309 del nuevo Código Penal, herederos del artículo 350 del antiguo Código Penal, en versión de la Ley Orgánica 6/1995 de 29 de junio, que a su vez sustituyó la versión originaria introducida en el Código Penal y en el mismo artículo por la Ley Orgánica 2/1985 de 29 de abril, tipifican como delictivas conductas consistentes en la obtención fraudulenta (mediante engaño) o malversación (desviación de los fines para los que se concedió) de subvenciones procedentes de las Administraciones públicas españolas o de las Comunidades europeas, en los siguientes términos:

TÍTULO XIV

De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social

306. El que por acción u omisión defraude a los presupuestos generales de las Comunidades u otros administrados por éstas, en cuantía superior a cincuenta mil euros, eludiendo el pago de cantidades que se deban ingresar, o dando a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años

y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

308. 1. El que obtenga una subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones públicas de más de diez millones de pesetas falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de su importe.

2. Las mismas penas se impondrán al que en el desarrollo de una actividad subvencionada con fondos de las Administraciones públicas cuyo importe supere los diez millones de pesetas, incumpla las condiciones establecidas alterando substancialmente los fines para los que la subvención fue concedida.

3. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de tres a seis años.

4. Quedará exento de responsabilidad penal, en relación con las subvenciones, desgravaciones o ayudas a que se refieren los apartados primero y segundo de este artículo, el que reintegre las cantidades recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero, aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actividades de inspección o con-

troil en relación con dichas subvenciones, desgravaciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

309. El que obtenga indebidamente fondos de los presupuestos generales de las Comunidades u otros administrados por éstas, en cuantía superior a cincuenta mil euros, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Para evitar repeticiones sobre esta misma temática, en el presente artículo sólo se van a tratar muy pocos aspectos de la exégesis (interpretación) de los precedentes preceptos sustantivos, para centrar la atención en aspectos político-criminales y procesal-penales.

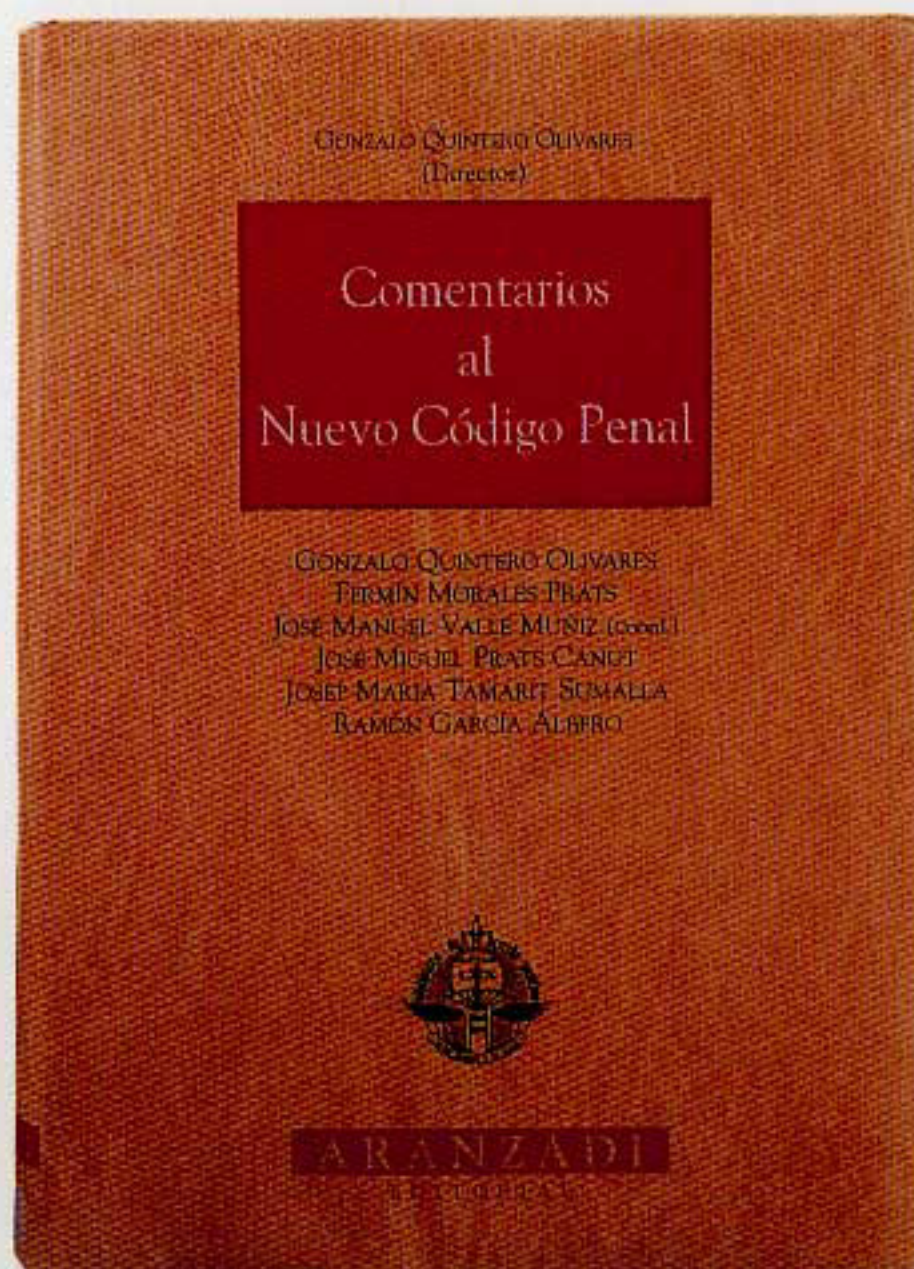
La excusa absolutoria o la atenuante por devolución

El apartado 4. del artículo 308 prevé una excusa absolutoria para el que devuelva la cantidad defraudada mediante la engañosa obtención de una subvención pública, en iguales términos que los anteriores artículos 305 y 307 respecto a las deudas tributarias o a la Seguridad Social defraudadas. Los problemas que se plantean son diversos, tratando aquí exclusivamente dos: la llamada regularización parcial y la posible extensión de tal excusa a los supuestos de los artículos 306 y 309.

Respecto a la primera cuestión, parece que el principio de legalidad que exige extender la virtualidad de la excusa a los supuestos de regularización parcial, que coloque la cuantía defraudada por debajo del límite mínimo de diez millones de pesetas, convirtiéndose entonces la infracción en puramente administrativa (art. 81 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, RD Legislativo 1091/1988 de 23 de septiembre, modificado por la Ley 31/1990 de Presupuestos Generales del Estado) y debiendo seguir esa vía para su sanción y reclamación.

En cuanto a la posible extensión de esta excusa absolutoria a las conductas delictivas relativas a subvenciones, contenidas en los artículos 306 y 309, mientras no se pronuncie la jurisprudencia caben todo tipo de interpretaciones. Sin embargo, considerando que el principal interés público en juego es recuperar el dinero fraudulentamente obtenido o indebidamente desviado, parece razonable admitir la extensión de la excusa absolutoria a tales supuestos, máxime si se consideran menos graves que los fraudulentamente obtenidos (subvenciones nacionales malversadas) o de idéntica entidad (comunitarias obtenidas mediante fraude).

Si la devolución total o parcial se produjera más allá del límite temporal previsto en el precepto, pero antes de la celebración del acto del juicio oral, tal conducta posdelictual merecería la atenuación de la responsabilidad penal prevista en la circunstancia 5ª del artículo 21 del vigente Código Penal.



Injusto penal yuxtapuesto al administrativo

Es evidente que todos los injustos penales relativos a la obtención fraudulenta de subvenciones o la malversación de las mismas, se asientan sobre la infracción de normas administrativas y, por ende, sobre ilícitos o injustos de este carácter. La infracción administrativa se configura en tales tipos penales (en blanco o con esenciales elementos típicos jurídico normativos), como condición necesaria aunque no suficiente del injusto penal: no puede haber delito sin previa o coetánea infracción de normas administrativas, aun cuando tal infracción no genere necesariamente un injusto penal.

En estos supuestos, además, la infracción de normas penal se diferencia de la administrativa al menos en la cuantía defraudada o desviada. Pues bien, estamos sin duda ante normas penales claramente secundarias, subsidiarias, tributarias, ancilares (subordinadas) de las administrativas, que son las que de modo primario, principal, soberano y dominical protegen los bienes jurídicos luego penalmente sobreprotegidos.

Esta estructura del tipo y del injusto penal no es novedosa en un Derecho Penal de finales del siglo XX, claramente invasor de ámbitos hasta ahora reservados a otras ramas del ordenamiento jurídico. En éste, como en los restantes supuestos, lo cierto es que el Derecho Penal sólo es soberano, independiente y autónomo en lo que se refiere a la aplicación del Libro I del Código Penal (teoría general del delito y de la pena), así como a las normas procesal penales, siendo en todo lo demás un mero refuerzo de una estructura jurídica extrapenal.

¿Era necesaria esta criminalización?

La doctrina se inclina mayoritariamente por exigir una específica tipificación del fraude y malversación (o apropiación indebida) de subvenciones, por resultar formal o materialmente insuficientes la figuras penales tradicionales: estafa, malversación, apropiación indebida.

¿Ley penal especial o inclusión en el Código?

La primera cuestión a contestar es, si aceptada la necesidad de tal criminalización, la técnica de la ley penal especial, seguida en otros países, era más adecuada que la de la codificación. Lo cierto es que cual-





quiera de las dos técnicas legislativas es correcta, si bien la primera tiene la ventaja de permitir un mejor ajuste de los tipos penales a los administrativo-sancionadores y, en general, a todas las normas preventivas protectoras del bien jurídico, entre otras cosas por la pérdida de protagonismo en la elaboración del Anteproyecto de Ley del Ministerio de Justicia, que poco o nada sabe de la realidad a proteger penalmente. Es especialmente interesante esta técnica de elaboración de leyes penales cuando la exposición de motivos del nuevo Código Penal la ha bendecido, beatificado e incluso canonizado. En este caso, se ha seguido la técnica de la codificación, y posiblemente tal metodología haya propiciado los errores cometidos.

¿Persona jurídica penalmente responsable?

Otro error general del legislador penal de 1995, al redactar el nuevo Código es, sin duda, haber desaprovechado la ocasión para imitar al Código Penal francés de 1994, en lo relativo a admitir excepcionalmente,

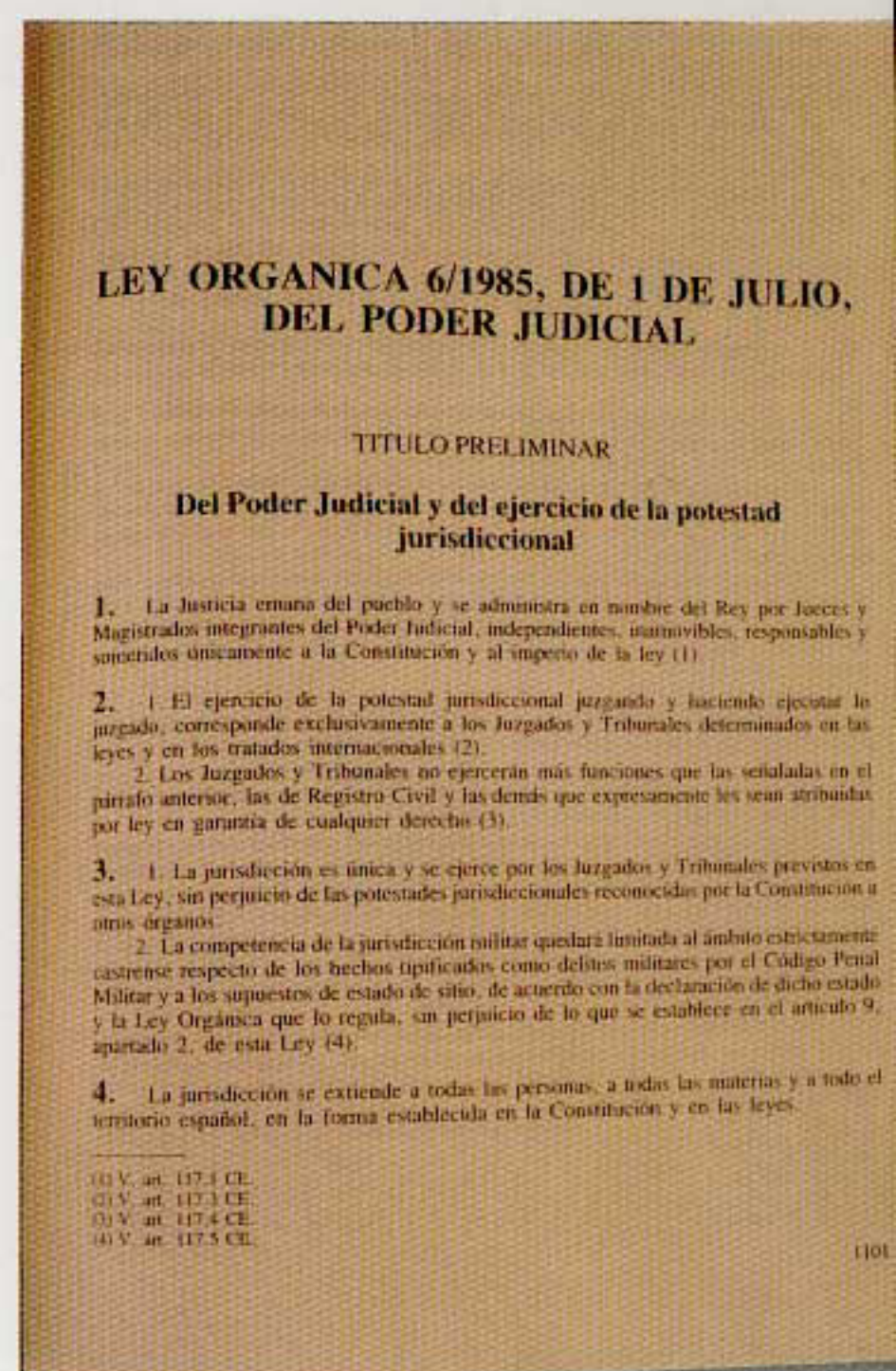
en algunos delitos (entre ellos los de esta naturaleza) la responsabilidad penal directa (no sólo la civil subsidiaria) de las personas jurídicas, sin perjuicio de que en su caso también fueran responsables personas físicas. Tal cláusula, en apariencia conculcadora del principio de culpabilidad y del tradicional principio "*societas delinquere non potest*", precisamente sirve para todo lo contrario: evitar en ciertos delitos (accidente laborales, delitos ecológicos y urbanísticos, delitos fiscales, etc.) que "*cabezas de turco*" resulten condenados como culpables de un delito, con la única o principal pretensión de permitir así declarar a la empresa o entidad responsable civil subsidiario, "*cabezas de turco*" que en multitud de ocasiones no son los verdaderos culpables evadidos por falta de prueba.

¿Por qué son impunes las cuantías inferiores?

Otro aspecto político criminalmente discutible es por qué se fijan límites mínimos a estos delitos, cuando conductas análogas de las que son sujetos pasivos particulares (no entes públicos) carecen de tales límites de impunidad. Es decir, ¿por qué una estafa o una apropiación indebida siempre es delito o falta, y en cambio el fraude o la malversación de subvenciones sólo si supera cierta cifra? Esta pregunta es especialmente relevante en relación con las subvenciones nacionales, pues las comunitarias cuentan con una versión leve (falta) en el artículo 627.

No se comprende muy bien por qué los caudales públicos merecen menor protección penal que los privados, si no es por la tradición de las "*leyes meramente penales*" (no obligan en conciencia, no son "*pecado*" sus infracciones) que en relación con tales fondos ha regido en España. Lo más justo sería que todos los fraudes y todas las malversaciones de subvenciones merecieran la imposición de una pena. Cosa distinta es lo referente al delito fiscal, pues una cosa es no pagar lo que se debe y otra cobrar fraudulentamente o emplear torcidamente lo cobrado.

Todos los injustos penales relativos a la obtención fraudulenta de subvenciones o la malversación de las mismas se asientan sobre la infracción de normas administrativas



Las cuestiones prejudiciales

En los tipos delictivos configuradores de los fraudes y malversaciones de subvenciones, como ya se advertía al hacer referencia a la yuxtaposición de injustos penal y administrativo, o nos encontramos ante los llamados "*tipos penales en blanco*" o, lo que sería muy parecido si bien en menor grado, con tipos penales cuajados de elementos jurídico normativos. Es decir, que para dibujar los límites y el contenido de las conductas penalmente ilícitas, no hay más remedio que acudir al Derecho Administrativo regulador del fondo y de la forma de concesión y utilización de las subvenciones. Semejante fenómeno se denomina en el ámbito procesal penal "*cuestión prejudicial administrativa*" (o contencioso administrativa).

A partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, y especialmente de su artículo 10, los procesalistas pusieron en duda que los artículos 3 a 7 de la

Ley de Enjuiciamiento Criminal siguieran vigentes, pues parecía que era inviable una cuestión prejudicial suspensiva y devolutiva en el procedimiento penal. La Sentencia del Tribunal Constitucional 30/1996 de 26 de febrero, seguida de otras de idéntico o análogo contenido, ha supuesto una eliminación de tal tesis, confirmando tácitamente la vigencia de los artículos mencionados de la ley penal ritual.

En consecuencia, la regla general sigue siendo (art. 3 y 7) que las *cuestiones prejudiciales civiles* o, como en este caso, *administrativas* que surjan en un procedimiento penal, deben considerarse puramente incidentales (accesorias) y ser resueltas por el propio juez penal aplicando la normativa extrapenal correspondiente. Sin embargo, existen como excepción las llamadas *cuestiones prejudiciales suspensivas y devolutivas* (arts. 4 a 7), que son aquellas de las que depende la absolución o condena, la culpabilidad o la inocencia; en definitiva, la imputación o no imputación de hechos como delictivos. Tales cuestiones, si son absolutas, exigen la suspensión del procedimiento penal hasta que se resuelva por el orden jurisdiccional correspondiente, y si son relativas y las partes no inician en un plazo de dos meses dicho procedimiento, podrá el juez penal convertir la cuestión en incidental y resolverla él.

En las cuestiones prejudiciales suspensivas y devolutivas se está ante un conflicto negativo de competencias (arts. 43 y 44 de la Ley orgánica del Poder judicial), que puede promover cualquiera de las partes o plantear de oficio el juez penal. Se puede incluso afirmar que las partes tienen derecho a que se produzca tal intervención de otro orden jurisdiccional, al amparo del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24 de la Constitución).

Pues bien, esta doctrina general habría que aplicarla a los delitos ahora analizados con dos particularidades: los ordenes jurisdiccionales extrapenales implicados pueden ser

dos (el contable y el contencioso administrativo), y además la competencia del orden contable para determinar y exigir la responsabilidad civil (arts. 18 de la Ley orgánica 2/82 de 12 de mayo del Tribunal de Cuentas, y 49 de la Ley 7/88 de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas) incide de modo especial en estas figuras delictivas, en las que la cuantía de la multa está en función de la cuantía de lo defraudado o desviado. Cuando el juez penal cuestione si la cuantía supera o no el límite del injusto penal, parece evidente que existirá una cuestión prejudicial suspensiva y devolutiva, surgiendo dudas en los demás supuestos en los que la magnitud de lo defraudado o desviado no esté clara.

Necesidad de clarificaciones procesales futuras

Sería deseable que en el futuro se clarificaran definitivamente las dudas procesales hoy existentes, respecto a este y a otros delitos cuyo núcleo se sitúa en la legislación extrapenal. Tal clarificación podría producirse eligiendo o acumulando alguna de las siguientes opciones: reservar a las correspondientes administraciones el ejercicio de la acción penal o exigir que antes de abrir el proceso penal se ultime la instrucción, el proceso administrativo sancionador completo o inclusive su posterior control jurisdiccional (contable y/o contencioso administrativo), para asegurar una clara y eficaz protección de los bienes jurídicos protegidos, considerando que las Administraciones Públicas tienen más y mejores medios para instruir y proseguir tales expedientes, acudiendo sólo cuando fuera preciso a la ayuda de la jurisdicción penal o elevando a la misma el tanto de culpa que pudiera resultar. ■

Bibliografía

Sobre los **nuevos delitos** pueden verse como monografías más recientes y actuales las de M^a CARMEN GÓMEZ RIVERO, "El fraude en las subvenciones". Tirant lo Blanch, Valencia 1996) y de VIRGINIA SÁNCHEZ LÓPEZ, "El delito de fraude de subvenciones en el nuevo Código penal". Colex, Madrid 1997).

Respecto a las **cuestiones prejudiciales**, pueden consultarse del autor de estas líneas los artículos "¿Hacia un Derecho penal privado y secundario?" y "Cuestión prejudicial devolutiva, conflicto de competencia y derecho al juez predeterminado por la ley (Actualización de la prejudicialidad en el proceso penal)". Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 251, 20 de junio de 1996 y nº 285, 13 de marzo de 1997.

Y en lo relativo a la **jurisdicción contable**, el artículo de JAVIER MEDINA GUIJARRO Y JOSÉ ANTONIO PAJARES GIMÉNEZ, "Compatibilidad entre la jurisdicción contable y la jurisdicción penal". Revista española de Derecho financiero, nº 81, 1994.



Lo más justo sería
que todos los
fraudes y todas
las malversaciones
de subvenciones
merecieran la
imposición de una
pena