

ENTREVISTA

Julio Arenere Bayo

Presidente de la Audiencia Provincial de Zaragoza
Miembro de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación

“Debe exigirse a los gestores públicos una especial diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones”



PERFIL

Julio Arenere Bayo. Magistrado. Presidente de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Miembro de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

Nacido en Mora de Rubielos (Teruel) hace 66 años. Cursó estudios de Derecho en las Universidades de Valencia y Zaragoza. Lleva más de 38 años en la carrera judicial.

Su tarea durante todos estos años al frente de distintos juzgados y tribunales le ha valido varios reconocimientos como la “Cruz distinguida de la Orden de San Raimundo de Peñafort”, la medalla al “Mérito Profesional” concedida por el Ayuntamiento de Zaragoza en 2008, la “Cruz al Mérito Policial” otorgada por el Ministerio del Interior en 2011.

Auditoría Pública.- En una situación de crisis de las dimensiones de la actual, la sociedad está más sensibilizada que nunca con los casos de corrupción que no dejan de aflorar. ¿Hay más que nunca?, ¿se persiguen y denuncian más o, simplemente, ahora salen más en los medios de comunicación?

Respondiendo a la primera pregunta, el Consejo General del Poder Judicial ha dado a conocer recientemente un informe provisional del Servicio de Inspección según el cual los Juzgados y Tribunales tramitan un total de 1.661 procesos sobre corrupción, tanto política como económica, prevaricación, cohecho, malversación de

caudales públicos, tráfico de influencias, estafas o apropiaciones indebidas, entre otros.

Yo creo que cada vez las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado, tienen más medios y son especialistas en investigar este tipo de delitos. Ello unido a que los medios de comunicación informan más que antes, hace que todos tengamos más conocimientos de tales hechos.

A.P.- En la calle hay una sensación generalizada de inmunidad de quien gestiona mal los fondos públicos, de que a nadie se castiga por lo que hace, y sobre todo, de que nadie devuelve lo que se ha llevado. Hay controles internos, controles externos y por último

están los tribunales. ¿Qué sucede para qué pese a tanto mecanismo de control establecido en la práctica se eludan tan frecuentemente?

En orden a la actuación de los tribunales, tenemos un sistema procesal eminentemente garantista, y la observancia de tales garantías, que son necesarias bajo pena de nulidad de lo actuado, conlleva lentitud en las tramitaciones.

En cuanto a que no se devuelve el dinero que se llevan, tenga en cuenta que el autor de estos delitos es una persona, por regla general, muy inteligente, y es difícil averiguar el lugar donde ha ocultado el dinero; y por supuesto a pesar de que la reparación del daño opera como atenuante en la determinación de la extensión de la pena, voluntariamente no lo suelen aflorar.

A.P.- ¿Qué opinión le merece que delitos tan técnicos como la malversación de caudales públicos sean sometidos a la decisión de un tribunal con jurado?

Los jurados, órganos judiciales formados por ciudadanos, son lentos y costosos; los sofisticados medios a través de los que se puede cometer el delito de malversación necesita una determinada preparación jurídica y contable para enjuiciarlos, por ello el grupo de asesores del ministro de justicia postulan que el jurado solo actúe en delitos de asesinato y homicidio doloso.

A.P.- Para “reparar” el perjuicio económico ocasionado por el funcionario o autoridad responsable está la jurisdicción contable del Tribunal de Cuentas. Por tratarse de una jurisdicción reparadora y no sancionadora es totalmente compatible con la jurisdicción penal. En la práctica ¿cómo se traduce esta compatibilidad? ¿sería más operativo que ambos aspectos se resolvieran en la jurisdicción ordinaria?

El Artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ordena suspender pleito relativo a un hecho sobre el que se haya promovido juicio penal, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal, sin perjuicio de lo establecido respecto a las cuestiones prejudiciales; ahora bien si las mismas fuesen determinantes de la culpabilidad o de la inocencia, el tribunal de lo criminal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quien corresponda. Sin embargo el enfoque con respecto a la actuación del Tribunal de Cuentas, en la práctica debería ser diferente, ya que quizás los informes de éste contribuyan a esclarecer los hechos penalmente investigados, por lo que sin suspender la instrucción penal, deben convivir y completarse ésta con aquellos.

A.P.- Los delitos en los que pueden incurrir los gestores públicos según nuestra legislación penal son muchos y variados: malversación de caudales públicos, cohecho, tráfico de influencias, fraude a un ente

público, estafa, apropiación indebida, negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios por razón de su cargo, alteración del precio en concurso y subastas públicas... ¿Cree que la actual legislación penal es suficiente para sancionar todas las actuaciones ilegales de los políticos y gestores públicos o sería conveniente tipificar expresamente como delito la gestión deficiente del gasto público? Por ejemplo, las “facturas ocultas en los cajones”, o lo que es lo mismo, gastar sin tener crédito presupuestario –comportamiento demasiado frecuente en los últimos tiempos responsable en gran medida del exagerado déficit que arrastramos– ; ¿sería partidario de dejar estos hechos como infracción administrativa con algún tipo de sanción disciplinaria reservando la esfera penal para los casos que puedan encajar dentro de delitos ya tipificados como falsedad documental, prevaricación..., o sería mejor una tipificación específica?

La L.O. 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, introduce el Artículo 433 bis y sanciona a la autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos. Y en este precepto puede tener acogida las facturas ocultas en los cajones, pues el

“tenemos un sistema procesal eminentemente garantista, y la observancia de tales garantías, que son necesarias bajo pena de nulidad de lo actuado, conlleva lentitud en las tramitaciones.”

no contabilizarlas conlleva una omisión susceptible de causar perjuicios a la administración.

La posición de garante con respecto a la evitación de un resultado lesivo es extensible a los sucesos que se encuentren dentro de la competencia de una persona. Por ello debe responder quien defrauda las expectativas que nacen de su deber creando un riesgo jurídicamente rechazable.

Creo que sería necesaria la tipificación de la gestión deficiente del gasto público, a título no sólo de dolo, sino también por culpa o negligencia graves, cuando no se han tomado las medidas necesarias y adecuadas para evitar el daño.

Debe exigirse a los gestores públicos una especial diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. ¿Por qué una obra ejecutada por la empresa privada se acomoda a su presupuesto con una desviación mínima, y la que se hace para la administración supera en muchas ocasiones el 50 y hasta el 100 por cien de lo presupuestado?

A.P.- Imputar responsabilidad penal es un problema puesto que las decisiones suelen tomarse en órganos colegiados que ocultan la responsabilidad individual, los gestores se protegen detrás de dictámenes externos que refrendan sus decisiones, se rodean de funcionarios... El artículo 31 bis del Código Penal que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, excluye su aplicación para el sector público, ¿en qué medida afecta esta exclusión a la hora de imputar a personas concretas en el ámbito de la administración?

En primer lugar no entiendo cómo la administración que tiene sus propios especialistas y a los que paga, externaliza gran cantidad de actuaciones que podían ser ejecutadas perfectamente por ella sin ese gasto suplementario que supone externalizar.

La declaración de responsabilidad criminal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas que la componen, o lo que es lo mismo, en el artículo 31 bis del Código Penal la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no excluye el de las personas naturales ni a la inversa. El texto legal admite la responsabilidad criminal de las personas jurídicas incluso en el supuesto de que la persona física responsable no haya podido ser individualizada o en el caso de que esté exenta de responsabilidad por cualquier causa concurrente. Esta idea encuentra aun más respaldo en el párrafo segundo del artículo 31. bis 1º, en que se acepta la responsabilidad criminal de la persona jurídica por falta de diligencia in vigilando de las personas físicas que ejercen funciones de dirección o representación en su interior respecto a la persona física que comete uno de los ilícitos que pueden dar lugar a responsabilidad de las personas jurídicas.



Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no son 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.

Esta exclusión está basada esencialmente en que el *ius puniendi*, es propio y exclusivo del Estado, por lo que este queda exento, así como aquellas organizaciones que en una u otra medida están participadas por él. El concepto Estado, debe hacerse extensivo también a la Comunidad Autónoma, la Provincia y el Municipio. En ese sentido, y aun cuando no se hace una mención, específica, deberán entenderse excluidas de responsabilidad penal, las sociedades autonómicas, provinciales y locales. En el caso de las sociedades estatales, no bastará con que cumplan el requisito de tener participación mayoritaria estatal, sino que deberán ejecutar políticas públicas o prestar servicios de interés económico general, de modo que resulta preciso atender al supuesto concreto.

A.P.- El mismo artículo 31 bis en la última reforma –vigente a partir de enero de 2013– incluye a partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad; ¿cree que esta reforma paliará la percepción de impunidad de estos protagonistas de la vida política?

Efectivamente a partir de la L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el Código Penal, los partidos políticos y sindicatos dejan de disfrutar de la exclusión de responsabilidad penal establecida hasta entonces en el artículo 31 bis.5 a la que antes nos hemos referido, los cuales, a partir de la entrada en vigor, podrán incurrir en responsabilidad penal en la misma medida que cualquier otra persona jurídica privada.

Esta reforma, dice la exposición de motivos, pretende superar la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política, y se extiende a ellos la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos, en los supuestos previstos por la ley.

A.P.–Las legislaciones de los Órganos de Control Externo les imponen la obligación de comunicar a la

fiscalía los posibles delitos que detecten en el curso de sus fiscalizaciones, esto en la práctica es difícil de llevar a cabo debido a la dificultad de los OCEX en calificar como delito determinadas conductas. ¿Cómo se podría estrechar esta colaboración entre Órganos de Control Externo y Fiscalía? En alguna comunidad autónoma hay asignado un fiscal que lee los informes emitidos por la Cámara de Cuentas por si pudiera deducirse de ellos algún delito. ¿Sería posible extender este sistema a todas las comunidades autónomas? ¿Qué otras formas de colaboración se podrían implantar para poder perseguir los delitos con más eficacia?

Los órganos de control externo cumplen su obligación simplemente poniendo en conocimiento del Ministerio Fiscal unos hechos que ellos entienden ser constitutivos de delito, no tienen porqué calificarlos; esta misión ya la hará el Fiscal.

Por supuesto que lo ideal sería la adscripción de un fiscal a tales fines, y la posibilidad de hacer extensivo a otras comunidades autónomas la asignación de un fiscal que lea los informes emitidos por la Cámara de Cuentas, entiendo que compete a la Fiscalía, pero no puedo decir si a la General del Estado o a la de la Comunidad Autónoma.