

## RESPONSABILIDAD JURÍDICA Y POLITICA DE LOS PARTIDOS EN ESPAÑA.

Investigació en el marc del Proyecto I+D+i DER2014-52890-R del Ministerio de Economía y Competitividad.

Investigadors principals: Mercedes García-Arán, Catedràtica de Dret Penal de la Universitat Autònoma de Barcelona i Joan Botella, Catedràtic de Ciència Política de la Universitat Autònoma de Barcelona

Investigadors: *Grup de Recerca en Dret Penal i Noves Tendències de la Política Criminal*, integrat pels Professors de Dret Penal de la UAB: Mercedes García Arán, Rafael Rebollo Vargas, Miriam Cugat Mauri, Joan Baucells Lladós, M<sup>a</sup> José Rodriguez Puerta, M<sup>a</sup> José Cuenca García, M<sup>a</sup> Jesus Guardiola Lago.

Els Professors de Dret Constitucional de la UAB, Joan Marcet i Francesc Valles

### INTRODUCCIÓN

Según el artículo 6 de la Constitución española de 1978, los partidos políticos “expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política”, lo que les atribuye la condición de pieza esencial del funcionamiento democrático. Sin embargo, cuarenta años después de su constitucionalización, no gozan de especial prestigio frente a los ciudadanos cuya participación política expresan.

Al inicio de esta investigación, un 21% de los ciudadanos situaba a los partidos políticos en el cuarto lugar de los problemas del país, sólo por detrás del paro, la corrupción y los problemas económicos (Barómetro CIS diciembre 2014). Durante 2017, los partidos políticos se mantienen invariablemente entre los tres o cuatro primeros problemas para un porcentaje de ciudadanos entre el 20% y el 23 %, mientras que se sitúan como primer problema para porcentajes entre el 8% y el 10% (Barómetros enero a julio). Las posiciones ocupadas dependen, lógicamente, de la mayor o menor presencia de los otros problemas, que invariablemente son el paro, la economía y la corrupción, de manera que entre esta última y los partidos políticos se disputan el tercer y cuarto puesto de las preocupaciones que afectan a los españoles. Y si se admite que en el imaginario popular la corrupción se asocia con frecuencia –justa o injustamente- a los partidos, la desafección hacia éstos podría considerarse aún mayor.

La investigación partió de una preocupación y una convicción: la preocupación por el desprestigio de los canales institucionales de expresión y participación política que deberían convivir con los movimientos sociales, pero no ser sustituidos por éstos, sobre todo porque los argumentos para la sustitución de los partidos políticos no siempre se sitúan en la renovación progresista de la democracia, sino frecuentemente en el sentido contrario. Y la convicción de que si se considera tal desprestigio como un problema, la vía para mitigarlo se encuentra en la exigencia de responsabilidades.

La conexión de los partidos políticos con centros de poder genera riesgos de comportamientos irregulares, sea del partido como persona jurídica y para obtener

financiación opaca, sea de sus miembros, con el mismo fin o para el mero lucro personal. Y es mejor reconocer el problema, porque, en contra de lo que a veces piensan y dicen algunos cargos políticos, exigir responsabilidades y, en su caso, asumirlas, no desprestigia a la institución sino todo lo contrario. En primer lugar, porque reforzar el control y la evaluación de los partidos políticos supone partir de la extraordinaria importancia de su función como instrumento de la participación política. Además, porque admitir e incluso fomentar los controles y aceptar las responsabilidades supone reafirmarse en la voluntad de servicio y adecuación a las exigencias de una sociedad democrática. En suma, las instituciones fuertes y seguras de sí mismas, no temen el escrutinio público porque admitirlo refuerza su prestigio.

Lo cierto es que, admitido el problema y pese a algunos avances, el panorama no es halagüeño. Se asiste continuamente a la tantas veces denunciada confusión entre las responsabilidades jurídicas y la responsabilidad política que lleva al conocido fenómeno de judicialización de la política y su consecuencia en la politización de la justicia. Las limitaciones del Tribunal de Cuentas para controlar la financiación de los partidos políticos han conocido algunas reformas legales positivas que se analizan en esta obra, pero también sus insuficiencias en materia de control de las fundaciones vinculadas a los partidos. Lo mismo cabe decir de las reformas penales, en ocasiones irreflexivas y con graves problemas técnicos.

Esta investigación colectiva, cuyas conclusiones se desarrollan a continuación, incluye los siguientes apartados:

## **PRIMERA PARTE: LOS PRESUPUESTOS POLÍTICOS Y JURIDICOS**

### **1. CUESTIONES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y POLITICA DE LOS PARTIDOS**

(Resumen y conclusiones del Seminario celebrado en la Universitat Autònoma de Barcelona el 20 de noviembre de 2015. Relatora, M<sup>a</sup> Jesus Guardiola Lago)

### **2. RESPONSABILIDAD POLITICA Y RESPONSABILIDADES JURÍDICAS: DELIMITACIONES CONCEPTUALES. Mercedes García Arán**

### **3. LAS VIAS DE EXIGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD POLITICA: ¿SANCIONAN LOS ELECTORES LA CORRUPCIÓN?. Joan Botella**

## **SEGUNDA PARTE: EL CONTROL INTERNO**

### **4. SISTEMAS DE CONTROL INTERNO EN LOS PARTIDOS. Joan Baucells y Joan Marcet**

## **TERCERA PARTE.EL CONTROL EXTERNO DE LA FINANCIACION Y EL TRIBUNAL DE CUENTAS**

**5.EL SISTEMA ESPAÑOL DE FINANCIACION DE LOS PARTIDOS POLITICOS.**  
Francesc Valles

**6.COMPETENCIAS, ALCANCE Y LIMITES DEL CONTROL EJERCIDO POR EL TRIBUNAL DE CUENTAS SOBRE PARTIDOS POLITICOS Y FUNDACIONES. M<sup>a</sup>**  
Jose Rodriguez Puerta

## **CUARTA PARTE: LA RESPONSABILIDAD PENAL**

**7.LA APLICABILIDAD DEL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO A LOS CARGOS INTERNOS DE LOS PARTIDOS. M<sup>a</sup> José Cuenca-García**

**8.LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS CARGOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS: ALTERNATIVAS TÍPICAS Y ZONAS OSCURAS. Miriam Cugat Mauri**

**9.LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS COMO PERSONAS JURÍDICAS. Joan Baucells**

### *Capítulo X*

**10.EL DELITO DE FINANCIACIÓN ILEGAL DE LOS PARTIDOS. Rafael Rebollo**

No se trata de una investigación sobre la corrupción política, aunque las responsabilidades penales se encuentren casi siempre, en el ámbito de lo que se conoce como corrupción. Lo que se pretende con esta investigación es abordar las responsabilidades en sentido amplio desde la perspectiva de los controles, tanto internos (instrumentos del propio partido) como externos (Tribunal de Cuentas y jurisdicción penal) que deberían evitar el comportamiento ilícito de los partidos políticos o de sus miembros y, en su caso, sancionarlo. El equipo entiende que ello favorece, no sólo la prevención y sanción de la corrupción, sino también la presentación de los partidos políticos ante la sociedad a la que sirven como instrumentos necesarios y respetables.

En la investigación se han implicado profesores de Derecho Penal, Derecho Constitucional y Ciencia Política del Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la Universitat Autònoma de Barcelona, lo que sigue la línea de interdisciplinariedad intradepartamental ya iniciada en investigaciones anteriores y que ha dado buenos frutos.

También, como en proyectos anteriores, la metodología ha incluido el sometimiento de nuestras hipótesis al debate con otros investigadores y también con profesionales de ámbitos extraacadémicos conocedores de la realidad en que deben ser aplicadas las normas, los problemas planteados y las vías de solución. Para hacerlo, el equipo ha celebrado dos seminarios abiertos, cuyas conclusiones se reflejan a continuación y a cuyos participantes el equipo expresa su reconocimiento por su trabajo y su generosidad intelectual.

Los seminarios abiertos son los siguientes:

1. Seminario introductorio sobre las bases de la investigación, con los profesores invitados: Roberto L. Blanco Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela, Manuel Maroto Calatayud, Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha y Juan Rodríguez Teruel, Profesor de Ciencia Política de la Universitat de València. (celebrado en la UAB el 20 de noviembre de 2015)
2. Seminario sobre el Tribunal de Cuentas y la Sindicatura de Comptes de Catalunya, con los siguientes invitados: Sr. Lluís Armet i Coma (Consejero del Tribunal de Cuentas. Departamento de Empresas Estatales y otros Entes Públicos), Sra. María Dolores Genaro (Consejera del Tribunal de Cuentas. Departamento Tercero de la Sección de Fiscalización) y Sr. Jaume Amat, Sindic Major de la Sindicatura de Comptes de Catalunya (celebrado en la UAB el 25 de noviembre de 2016).

## CONCLUSIONES GENERALES DE LA INVESTIGACIÓN

Las conclusiones que se recogen a continuación resumen los principales resultados de la investigación y por ello, han sido debatidas por todo el equipo como conclusiones comunes. El desarrollo completo de la investigación se encuentra en: García-Aran/Botella (Dirs.) *Responsabilidad jurídica y política de los partidos en España*. Tirant lo Blanch, 2018.

### 1. LOS PRESUPUESTOS POLITICOS Y JURIDICOS.

- 1) Sobre la naturaleza pública o privada de los partidos políticos y sus consecuencias.

Pese a su regulación como asociaciones de carácter privado, los partidos políticos poseen un indudable componente público y, como ocurre con otras instituciones jurídicas de carácter híbrido, el debate sobre su naturaleza debe superar la estéril confrontación conceptual para centrarse en el tratamiento de las consecuencias basado en las funciones realmente desempeñadas.

En este sentido, en tanto en cuanto los partidos políticos son vehículo de la participación política, actúan en el sector público y reciben fondos públicos, no debe quedar duda sobre su sometimiento a control público y exigencia de responsabilidades de la misma naturaleza.

- 2) Sobre la responsabilidad política y su exigencia

En la delimitación de lo que constituye la responsabilidad política debe evitarse la tentación de obtener un concepto jurídico positivo que cumpla las exigencias de definición, tipificación, delimitación de contenidos y establecimiento de consecuencias jurídicas proporcionadas, porque ello eliminaría sus diferencias respecto de la responsabilidad jurídica en general y jurídico-penal en particular. En cuanto a su exigencia y contenidos, la responsabilidad política posee efectos predominantemente simbólicos y no es tributaria del principio de legalidad sino, más propiamente del principio de oportunidad.

La responsabilidad política se fundamenta en el principio democrático por el cual, los cargos políticos se otorgan por la confianza depositada en quien los ocupa y deben abandonarse cuando dicha confianza es retirada.

Institucionalmente, la responsabilidad política se demanda mediante el control parlamentario, única vía regulada jurídicamente en la moción de censura y su contrapartida, la moción de confianza. Pero puede exigirse también en otras vías no reguladas expresamente que radican, bien en la cadena de delegaciones de cargos superiores a inferiores, bien en el control interno de los partidos, que deberían tomar la iniciativa de exigencia de responsabilidad a los cargos institucionales de cuyo nombramiento son responsables. Los electores pueden ejercer un control difuso en el que la retirada de confianza se produzca a medio o largo plazo, pero de manera que los resultados electorales, por las muchas perspectivas interpretativas y los variados sentidos del voto, no pueden leerse como el instrumento genuino de exigencia de responsabilidad política, ni, mucho menos, como forma de exención o convalidación de la misma.

La responsabilidad política es objetiva de manera que no es necesario que el responsable conociera los hechos ni que sean imputables a su eventual negligencia. La responsabilidad política por hechos ajenos puede incluir casos que, en el ámbito de la responsabilidad civil se tratan como *culpa in eligendo* o *culpa in vigilando*. Sin embargo, no es aconsejable limitar la responsabilidad política a tales situaciones, porque con ello podría judicializarse el debate llevándolo a la mayor o menor diligencia del responsable político en cuestión, lo que supondría su equiparación a la responsabilidad jurídica.

El carácter totalmente objetivo de la responsabilidad política que se amplía incluso a hechos ajenos plantea si resulta necesario establecer algún límite. Al respecto, la responsabilidad política por hechos objetivos sólo debería excluirse cuando su exigencia resulte políticamente incomprensible y constituya un ejercicio de arbitrariedad prohibido por el art.9.3 de la CE y entendido como absolutamente carente de fundamento.

Es desaconsejable regular jurídicamente limitaciones políticas a la condición de investigado en procedimiento penal. Los partidos políticos deben impulsar el reconocimiento de responsabilidades políticas por quienes ocupan cargos en cuya elección o designación han participado. En el caso de sometidos a investigación en un proceso penal, debe ponderarse la adecuación y necesidad de su retirada del cargo, pero sin delegarlo en una eventual regulación jurídica que obligue a ello o que impida la integración en listas electorales. Con ello, se descargaría de su responsabilidad a los partidos trasladándola a los órganos judiciales en una nueva judicialización de la política.

### 3) Opinión pública y repercusiones electorales

Ni la investigación académica ni las experiencias comparadas ofrecen una respuesta clara a la pregunta : ¿cómo se fórmula y se materializa la exigencia de responsabilidad política en el caso de funcionarios y/o responsables políticos implicados en hechos que podemos encajar en el término “corrupción”?

Para una amplia proporción de la literatura académica, la conclusión es que los electores no sancionan necesariamente a los gobernantes corruptos: la reelección en muchos casos, y el mantenimiento de su apoyo electoral, sugieren que a corto plazo, y en clave electoral, no existe una responsabilización eficaz.

Dos grandes tipos de circunstancias, sin embargo, obligan a contextualizar estas conclusiones. En primer lugar, la duración de la experiencia democrática en las sociedades: las fases de transición, y las etapas preliminares de una consolidación democrática, son protagonizadas por fuerzas políticas nuevas, que no tienen lazos profundos y estables con grupos sociales precisos, y que se ven sujetas a las exigencias de la competencia electoral sin los “anclajes” sociales que les pudieran servir para comportarse de un modo predecible. Y a la vez, los ciudadanos – electores han de dar sus primeros pasos como votantes en un contexto de escasa información sobre líderes y partidos, por lo que su capacidad de exigencia es limitada. La experiencia dominante en los países de la Europa Central y Oriental va en esa línea.

El segundo gran factor (que puede actuar conjuntamente con el primero) es la existencia de pautas de tipo actitudinal y de comportamiento que rechazan enérgicamente y que castigan los comportamientos indeseables, o bien la prevalencia de pautas que, por el contrario, son más bien comprensivas y que tienden a relativizar la gravedad de determinados comportamientos. La noción de “cultura política”, entendida en sentido político y antropológico, sería aquí una variable clave para explicar diferencias entre países, o incluso entre zonas dentro de un mismo país. En Europa Occidental, hablaríamos de la contraposición entre un Norte protestante, moralmente exigente y capaz de hacer renunciar a su cargo a un ministro por haber comprado dos libros con la tarjeta de crédito del ministerio, y un Sur de tradición católica, comprensivo con ciertos comportamientos, o al menos resignado ante prácticas indeseables. Y a la vez: dentro de un país como Italia el grado de exigencia ética, y de presión ciudadana ante esas prácticas indeseables es muy diverso entre el Norte más exigente y el Sur, más tolerante y más dominado por estructuras de crimen organizado.

Obviamente, conviene ser prudente ante afirmaciones tan generales; aunque nos ponen en la pista de grandes variables explicativas de tipo “macro”, ello no da respuesta de lo que ocurre al nivel individual: ni todos los alcaldes italianos son corruptos, ni todos los ministros escandinavos son ángeles.

Ese es el terreno en que se ha empezado a desarrollar una línea de investigación de corte experimental, de laboratorio. Sometiendo a un grupo controlado de sujetos a determinados supuestos, se les pide que reaccionen a ciertos estímulos, y esas reacciones pueden ser observadas y contrastadas. Esta metodología es frecuente en investigaciones económicas, y en los últimos años ha empezado a aplicarse a cuestiones de tipo político. Sus resultados son todavía escasos y poco concluyentes, y conviene ser prudentes por dos tipos de razones: muy frecuentemente los sujetos de los experimentos son grupos poco representativos socialmente (con frecuencia, estudiantes universitarios); y en segundo lugar, el marco teórico y metodológico en que se insertan,

en general, es del orden de la teoría de la decisión racional, lo que puede constituir una hipótesis alejada de la realidad del comportamiento de grandes colectivos.

Hay finalmente un tercer orden de estudios, que se sitúan en un plano más general, ubicando el problema en la dinámica del funcionamiento del sistema de partidos (o del sistema político globalmente considerado), y prestando atención al largo plazo. Es posible que en un sistema en el que imperen los malos comportamientos, el acceso a los medios necesarios para la acción política (acceso a los mass-media, posibilidad de contratar publicidad, reclutamiento de cuadros y militantes, etc.) requiera el empleo de “malas artes”. La extensión de los fenómenos de corrupción en el caso de Brasil, en que no parece haber habido límite al contagio, o en la vieja República italiana, antes de los procesos “Mani Pulite”, hacen pensar que los malos comportamientos pueden, en ciertas condiciones, verse como un requisito obligado, como una condición “sine qua non”, para adquirir un peso político relevante.

En este orden más general, dos cuestiones se imponen. Aunque la cuestión de la corrupción se vuelva central en la vida política de un determinado país, no por ello es seguro que tenga un impacto electoral; solo lo tendrá si aparece como un factor diferenciador entre unas fuerzas políticas y otras. Si a la inversa la percepción dominante es que “todos son iguales” (o todos son percibidos como iguales, lo que a nuestros efectos es indiferente), entonces el elector no puede utilizar su voto para castigar los comportamientos indeseables; la corrupción queda impune.

Y es en esta dimensión más general donde sí puede ser apreciable el impacto político de la corrupción. La reiteración de informaciones sobre escándalos, su impunidad, o la constatación de la incapacidad de los mecanismos establecidos para su control, pueden tener un efecto deslegitimador del conjunto del sistema, que tal vez no genere consecuencias observables a corto plazo, pero que pueden acabar teniendo consecuencias sistémicas de gran trascendencia. Las “primaveras árabes” que se produjeron en 2011 (a pesar de que en la mayoría de los casos, excepto Túnez, resultaron estériles) o, a una escala más reducida, el movimiento de los “indignados” en España en la misma época, pueden haber causado una erosión importante en la legitimación del sistema político correspondiente, pudiendo dar lugar al surgimiento de movimientos o fuerzas políticas alternativas, como sería, en el caso español, el recientemente creado *Podemos*.

## 2. EL CONTROL INTERNO

Tradicionalmente no ha existido entre los partidos políticos españoles una cultura de autorregulación como la que se ha venido desarrollando en las empresas. Los mecanismos internos de control y prevención de delitos se han limitado a un informe contable -que acompañaba la presentación de los datos económicos ante el Tribunal de Cuentas- y, últimamente, al diseño de algunos códigos éticos en los que, salvo alguna excepción, no reúnen los estándares de sus homólogos empresariales. Se trata de textos incompletos, poco taxativos, no vinculantes a todos los miembros, no difundidos ampliamente en la estructura, sin diseño participativo, o sin canales expresos ni obligaciones de denuncia.

Y ello, pese a que entre los instrumentos jurídicos de regeneración democrática aprobados en los últimos cinco años se ha apostado intensamente por los mecanismos de autorregulación, ensayados en la empresa. La consecuencia de todo ello ha sido que muchos de los casos de corrupción dentro de los partidos no han sido descubiertos y los

que lo han sido, no han tenido consecuencias políticas relevantes más allá de las derivadas de los procedimientos penales abiertos. Esta situación se podría entender en 1978 pero es preocupante que este vacío de control interno exista en el contexto de crisis política actual. La lógica de la autorregulación debería aprovecharse también como una oportunidad para superar la crisis de democracia interna dentro de los partidos.

### 3. EL CONTROL EXTERNO DE LA FINANCIACIÓN Y EL TRIBUNAL DE CUENTAS.

#### 1) Sobre el sistema español de financiación de los partidos

El análisis de la legislación española en materia de financiación de partidos revela que estamos ante una regulación que arrastra hasta nuestros días un fuerte componente coyuntural, desde el punto de vista histórico. La especial configuración constitucional de los partidos políticos como instrumentos fundamentales de participación política reconocida en la norma fundamental, junto con el papel que muchos de ellos desarrollaron durante el proceso de la Transición política, ha condicionado su actual regulación.

Al tratarse de un sistema que pivota sobre la base de una financiación pública totalmente condicionada a la obtención de representación parlamentaria, los efectos pueden ser perversos y se han acentuado con el paso del tiempo: en primer lugar, al vincularse financiación pública, únicamente a la obtención de representación parlamentaria, el pluralismo político se resiente, y con ello la vitalidad de nuestra democracia, puesto que los partidos sin representación pueden ver perpetuada su condición de extraparlamentarios en la medida que no hay ningún mecanismo que garantice la igualdad de oportunidades ni en el acceso a los recursos ni en la competición electoral

Y en segundo lugar, la excesiva dependencia de las subvenciones públicas por parte de los partidos puede afectar muy especialmente a sus dinámicas de funcionamiento interno. En la medida que los partidos tradicionales ven garantizada una cuantiosa fuente de financiación pública, con carácter anual, ello puede provocar la adopción de posiciones acomodaticias, que les alejen aún más del necesario contacto real con la ciudadanía. Ello, a la vez, fomenta la perpetuación de cargos y atrincheramientos en las cúpulas de los partidos con la única finalidad de controlar y gestionar esos recursos públicos.

La financiación pública es indispensable en un estado democrático, pero sería muy recomendable que el legislador empezara a introducir medidas que potenciaran el establecimiento de un sistema mixto de financiación más equilibrado que permitiera garantizar tanto la independencia ideológica de los partidos respecto del poder económico, como su emancipación orgánica y funcional.

Del mismo modo parecería sensato que en la legislación se introdujeran mecanismos de financiación que tuvieran en cuenta no sólo la representatividad sino que esta fuera matizada con el número de votos obtenidos, puesto que nuestro sistema electoral perjudica, clara e injustamente, a aquellos partidos de ámbito nacional que, aunque reciben un gran número total de votos, no consiguen obtener representación en muchas circunscripciones.



La reforma de 2015 desterró la práctica tan habitual como irregular de la condonación de créditos, denunciada sistemáticamente por el Tribunal de Cuentas y a la que calificaba como donaciones encubiertas, pero, sin embargo, en materia de fundaciones dependientes de los partidos, la legislación actual sigue siendo una puerta abierta a la financiación encubierta ya que permite superar los límites y requisitos previstos para las donaciones privadas que la ley establece para los partidos.

A pesar de las tres reformas a las que se ha visto sometida la LOFPP desde su aprobación original, y de especialmente de la más reciente del año 2015, el legislador no ha sido capaz de aproximarse ni de anticiparse, de una forma eficaz, a las nuevas fuentes o mecanismos de financiación. Como consecuencia de las lagunas legales, mecanismos como la microfinanciación se están expandiendo de forma natural y ya están siendo utilizadas de fórmula de financiación recurrente por la mayoría de partidos políticos para financiar tanto sus actividades ordinarias como, muy especialmente, las campañas electorales.

Corresponderá pues a los poderes públicos fomentar, mediante la regulación adecuada, estas nuevas formas de financiación y de captación de recursos, buscando mecanismos que aporten una mayor transparencia y provoquen el deseado equilibrio entre donaciones privadas y subvenciones públicas para conseguir con ello una mayor independencia respecto a los poderes económicos y, a la vez, su necesaria suficiencia financiera.

## 2) Sobre el Tribunal de Cuentas

Del análisis llevado a cabo de la legislación que se ocupa de la financiación de los partidos políticos y fundaciones y del papel que juega el Tribunal de Cuentas en la tarea de control económico-financiero de las formaciones políticas se infiere la necesidad de trabajar en una doble dirección. De un lado, resulta absolutamente imprescindible equiparar el régimen legal de financiación de partidos políticos y fundaciones vinculadas a los mismos para establecer límites claros y comunes a todos los ámbitos, el electoral y el de financiación ordinaria. Sería conveniente modificar y limitar las condiciones de financiación legal de los partidos y las fundaciones para evitar “déficits” o vacíos legislativos que pueden ser aprovechados por éstos para obtener financiación fuera de control. De otro, deberían reforzarse las atribuciones que corresponden al TCU como órgano encargado de supervisar las finanzas de los partidos sobre la base de “*la rendición de cuentas y la transparencia*”.

Solo a partir de estas premisas el TCU podrá cumplir, con garantías de éxito, su cometido fiscalizador y ofrecer información relevante para el control político de los partidos y para la formación de la opinión pública y electoral. Una fiscalización e información clara, minuciosa y pública va a permitir también, de producirse, detectar irregularidades o vínculos corruptos o delictivos entre partidos y personas o empresas. En esta dirección se formulan algunas propuestas concretas, entre las que destaca, primero, la necesidad de establecer mecanismos dirigidos a exigir la colaboración de los partidos y fundaciones y, sobre todo, de otras administraciones y terceros (personas físicas, empresas y entidades de crédito) que mantienen relaciones económicas con los partidos. El TCU necesita obtener información de calidad y los obligados a remitírsela, de oficio o a instancia del propio tribunal, deben sentirse compelido a hacerlo. En segundo lugar, se sugiere la implantación de estrategias dirigidas a “racionalizar” los gastos de los partidos y fundaciones, para ello podría resultar de utilidad someter a

condiciones y controles más rígido las subvenciones públicas fiscalizadas por el TCU. En tercer lugar, se propone también aumentar la transparencia, tanto de los gastos como de los ingresos de los partidos con especial incidencia sobre la necesidad de hacer pública la información sobre la identidad de los donantes y las condiciones de endeudamiento de las formaciones políticas. Deberían ampliarse y cumplirse las obligaciones de publicidad tanto por parte de los partidos como del propio TCU, a través de sus informes.

Estas propuestas pueden contribuir a mejorar el sistema de control económico de los partidos, a visibilizar su actividad y, de ese modo, a posibilitar la intervención del derecho penal, llamado en este ámbito, si funcionan las instancias previas de control, a jugar un papel secundario. La responsabilidad penal de partidos e individuos únicamente podrá ser depurada si se dispone de información y datos que permitan detectar las irregularidades cometidas por los partidos, sin esa información, difícilmente podrán descubrirse e investigarse los supuestos ilícitos penales cometidos por estos. También, sin duda, la transparencia y la rendición de cuentas integran mecanismos que, por sí solos, presentan una nada despreciable capacidad disuasoria

#### 4. LA RESPONSABILIDAD PENAL COMO FORMA DE CONTROL EXTERNO

##### 1) Sobre la condición de funcionario a efectos penales.

La condición constitucional de los partidos como vehículo de participación y el sometimiento de su financiación al control público, permiten afirmar que los cargos internos de los partidos que dirigen la acción política, así como los que tienen competencias económicas, participan en el ejercicio de funciones públicas a los efectos del art. 24.2 CP. En relación al requisito del *título habilitante para tal ejercicio*, cabe situarlo en el *nombramiento por autoridad competente* citado en el mismo precepto. Teniendo en cuenta la obligatoriedad de estructura democrática interna de los partidos (art. 6 CE), sus cargos deben ser elegidos o nombrados por los órganos competentes establecidos en sus respectivos estatutos. Los fundamentos para defender la concurrencia de este segundo requisito pueden encontrarse, no sólo en la amplia aplicación jurisprudencial del título habilitante basado en el nombramiento de autoridad competente, sino también en la línea jurisprudencial que atiende en mayor medida a la materialidad de la función que al revestimiento formal del cargo ostentado. Sin embargo, en tanto en cuanto esta interpretación pudiera considerarse extensiva, para posibilitar la responsabilidad de estos sujetos con la debida seguridad jurídica, cabe proponer de *lege ferenda* un precepto en el que se recogiera claramente la condición de funcionario público a efectos penales de determinados cargos de los partidos políticos.

##### 2) Sobre los tipos penales aplicables y sus limitaciones.

Los delitos en los que pueden incurrir los cargos de los partidos en busca de la obtención de ingresos son variados y no se limitan a los derivados del recientemente

introducido delito de financiación ilícita, en el que se centra la última de las conclusiones de esta investigación. Junto a éste emergen con fuerza los “*Delitos contra la administración pública*” (Título XIX del Libro II del Código Penal), entendidos como delitos contra la función pública, que encuentran un terreno especialmente abonado en la fluidez de relaciones entre el partido y la Administración. Además, y, por supuesto, de los delitos instrumentales o conexos, que no obstante su carácter aparentemente secundario, pueden cobrar insospechado protagonismo ante las limitaciones aplicativas de los anteriores.

Entre los los *delitos que afectan a la función pública* y, en especial, los caudales públicos pueden aparecer en dos grandes grupos de casos que grosso modo se resumen en las ideas del “*partido comisionista*” cuando intercede ante la Administración en favor de los contratistas, y “*partido empresa*” cuando ocupa el lugar de las mismas. Ambos facilitados por lo que se conoce como la *colonización de la Administración*.

El supuesto criminológico del partido-comisionista, el recurso a comisiones en pago de favores lleva a plantearnos los delitos de *cohecho* y *tráfico de influencias*, presentes en la mayoría de causas judiciales en curso. Sin embargo, no dan respuesta a todos los supuestos imaginables: el tipo de cohecho –aplicable en casos de intermediación- tiene problemas de encaje cuando el funcionario más que decidir, obedece a quien tiene influencia sobre él. Ello conduce a los delitos de tráfico de influencias, que, en cambio, dejan al margen supuestos en que la especial comunión de intereses entre el cargo del partido y el funcionario hace innecesario el ejercicio de especiales presiones.

Descartadas las anteriores tipicidades, quedaría todavía el recurso a la inducción a la comisión de delitos como la prevaricación o la malversación. Sin embargo, éstos también están lastrados por unos requisitos aplicativos que pueden ser difícilmente constatables cuando se trata de la adopción de decisiones discrecionales o se actúa en el seno de sociedades instrumentales.

Las limitaciones aplicativas se agudizan en los supuestos que responden a la idea del partido-empresa, en los que la mayor complicidad entre los funcionarios afines y las empresas que operan bajo su órbita de influencia facilitan modos de relación más suaves e incluso tácitos, que no necesitan las formas expresas del cohecho o el tráfico de influencias. En compensación, cuando el partido interviene en la contratación pública a través de empresas controladas al efecto, quien en su nombre se “concierta” con el funcionario en perjuicio de la Administración puede incurrir en el fraude del art. 436 CP, sancionado con una pena no despreciable.

En suma, paradójicamente, a mayor poder del partido y los cargos que actúan en su nombre sobre los funcionarios menor será la necesidad de recurrir a prebendas y presiones para obtener de ellos los actos públicos deseados, menguando las posibilidades aplicativas del cohecho y el tráfico de influencias en favor de las formas ordinarias y menos graves de participación en el delito, además de los fraudes a la Administración especialmente previstos para el ámbito de la contratación pública.

Por fin, quedan los *delitos instrumentales y conexos*, entre los que cabe destacar las falsedades, el fraude fiscal, y el blanqueo, no exentos de sus propios problemas de aplicación, pero no descartables en las actividades ilícitas eventualmente comisibles en la actuación económica de los partidos.

### 3. Sobre la responsabilidad penal de los partidos políticos como personas jurídicas.

La introducción de la eximente de responsabilidad penal para las personas jurídicas por contar con modelos de organización y gestión para prevenir delitos –los programas de cumplimiento- (art. 31 bis 2 CP) y la exigencia legal expresa de diseño de estos mecanismos para los partidos (art. 9 Ley de Partidos Políticos) abren una oportunidad para desarrollar la lógica *compliance* dentro de estos entes. Además en el ámbito de los partidos existen algunos elementos que pueden presagiar buenos resultados.

En primer lugar, la relación privilegiada que los partidos mantienen con el poder legislativo y la Administración sitúa al poder judicial como el más independiente, imparcial y eficaz para el control de su actividad.

En segundo lugar, porque la criminalidad dentro de estas estructuras no es sólo un problema de “manzanas podridas”. Se explica por aspectos estructurales, fundamentalmente por una anomia de valores de cumplimiento de la legalidad y por la ausencia de mecanismos de control dentro de estas estructuras, déficits frente a los cuales estos mecanismos internos (códigos éticos, protocolos, canales de denuncia, sanciones disciplinarias,...) podrían ser mucho más eficaces incluso que el derecho penal. Si las causas de la corrupción en los partidos pueden ser parecidas a las de la criminalidad dentro de las empresas, debería avanzarse aprovechando la experiencia de los programas de cumplimiento empresarial, adoptándolos a la naturaleza de los partidos políticos.

En tercer lugar, el amplio recorrido que queda por hacer. Si los partidos políticos quieren evitar su responsabilidad penal deberá introducir elementos no existentes mayoritariamente hasta el momento y que el código penal considera requisitos necesarios para que los programas de cumplimiento puedan desarrollar un efecto eximente: el nombramiento de un órgano o responsable de cumplimiento con poderes autónomos de iniciativa y de control (art. 31 bis 2,2ª); un buen diseño de mapa de riesgos delictivos (art. 31 bis 5,1ª); diseño de protocolos o procedimientos de prevención de delitos (art. 31 bis 5,2ª) entre los cuales destacaría la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos, así como el diseño de mecanismos de denuncia (art. 31 bis 5, 4ª).

Además, la exención de responsabilidad penal exige como requisito que estos mecanismos sean eficaces lo que implica que deban mejorarse los existentes: códigos éticos e informes contables.

Esto nos lleva a una última conclusión. En un contexto de desafección de la ciudadanía respecto a los partidos, la implementación de estos modelos de cumplimiento dentro de los partidos trascendería las consecuencias penales. No sólo les permitiría gozar del valor reputacional que pueden llegar a otorgar estos instrumentos, sino que también deberían utilizarse como una oportunidad para avanzar en la tan necesitada democratización del funcionamiento interno de los partidos. En ese sentido destacaríamos el avance hacia un modelo de “contabilidad comunicacional” y de “elaboración participativa” de todos estos instrumentos.

#### 4. Sobre los delitos de financiación ilegal de los partidos (arts. 304 bis y 304 ter del CP)

La tipificación del delito de financiación ilegal de partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP) , debida a la LO 1/2015 de 30 de marzo, es una muestra de la utilización de una técnica legislativa precipitada y defectuosa, que se limita a convertir en delito la

mayoría de infracciones administrativas de la Ley 8/2007 de financiación de los partidos.

Tal uso irreflexivo de la técnica de la ley penal en blanco, proporciona al nuevo delito un ámbito aplicativo aparentemente claro, por cuanto se define por remisión al contenido de la infracción administrativa (art. 5.Uno de la Ley de Financiación de los Partidos Políticos). Sin embargo, deja en la indefinición los confines del injusto penal respecto del administrativo, a lo que se añaden algunas significativas carencias o debilidades derivadas del propio alcance de la remisión legislativa, que puede dejar preocupantemente fuera las donaciones a las Fundaciones, excepto cuando sean medio indirecto de financiación del partido. Tales vacíos punitivos pueden permitir a los partidos seguir nutriéndose ilegítimamente de fondos, tanto públicos como privados.

Por último, la atribución a la jurisdicción penal de lo que hasta entonces eran infracciones a sancionar por el Tribunal de Cuentas, disminuye drásticamente sus competencias sancionadoras, aunque la LO 3/2015 amplió teóricamente sus competencias fiscalizadoras sobre partidos y fundaciones.