

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA (II) (Arts. 428 a 445 CP)

RAFAEL RAMOS GIL

Abogado del Estado

Jefe del Servicio Jurídico del Ministerio de Justicia e Interior

EL DELITO DE TRAFICO DE INFLUENCIAS

ANTECEDENTES

A) Antes de 1991, el tráfico de influencias aparecía contemplado en el CP sólo de modo accidental con ocasión de un tipo agravado de estafa. Se agravaba el delito de estafa cuando "la defraudación se produzca con supuestas influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos"

B) El delito de tráfico de influencias fue regulado por primera vez en nuestro derecho histórico en el CP de 1928 en los artículos 476 y 477. Dicho Código introdujo en el capítulo X del Título V del libro II, dedicado al delito de cohecho, un supuesto de hecho nuevo y desconocido por los Códigos anteriores. Después de derogado el CP de 1928 no vuelve a regularse el delito de tráfico de influencias hasta 1991.

C) Mediante LO 9/1991, de 22 de marzo, se modifica el CP, introduciendo en el título VII del libro II un nuevo capítulo. Es el capítulo XIII, con la rúbrica "Del tráfico de influencias", que comprendía los artículos 404 bis a), 404 bis b) y 404 bis c).

Tipos básicos

Cometido por *funcionario público o autoridad.*

Art. 428 CP:

"El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de

las funciones de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio personal perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido, se impondrán las penas en su mitad superior."

Cometido por particular.

Art. 429 CP:

"El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa del tanto al duplo de beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior."

La conducta típica recogida en estos dos tipos es la misma: influir en un funcionario o autoridad, con prevalimiento de cualquier situación derivada del cargo, de la relación personal o de la relación jerárquica para conseguir una resolución que suponga un beneficio económico para el autor directa o indirectamente o para un tercero. La diferencia consiste en que el primero es un delito especial, ya que el autor debe ser un funcionario público o autoridad, y el segundo es un delito común, del que cualquier persona podrá ser autor.

En relación con la descripción típica del anterior Código se observa que ya no es necesario la obtención de un beneficio econó-

mico para la consumación del delito. Si éste se produjera se impondrá la pena en su mitad superior.

Tipo especial privilegiado

Cometido por particular.

Art. 429 CP:

"Los que ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años."

En relación con la anterior redacción se observa una anticipación del momento en que se entiende consumado el delito, además de un cambio gramatical. La doctrina critica el precepto porque castiga conductas que se encuentran muy lejos del bien jurídico protegido: el prestigio de la Administración.

Este precepto se corresponde con el art. 404 bis c) del anterior CP, pero varía su redacción. Ya no se establece como conducta típica "ofrecer hacer uso de influencias" sino "ofrecer realizar las conductas descritas en los artículos anteriores". Como señalan DIAZ Y GARCIA CONLLEDO y OLAIZOLA NOGALES (1), parece que el legislador con este artículo pretende adelantar las barreras de protección penal tipificándolo que sería un acto preparatorio del artículo anterior. Se puede por ello criticar que la conducta tipificada queda demasiado alejada de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Son igualmente reproducibles otras críticas que MUÑOZ CONDE (2) realizaba en relación con la redacción introducida en el anterior CP en 1991. En primer lugar, lo que se tipifica en

él nada tiene que ver con la función pública, ya que tanto el autor como la persona a la que se dirige el ofrecimiento de la influencia son particulares (si el autor es funcionario público que actúa en el ejercicio de su cargo estaríamos ante un delito de cohecho). En segundo lugar, es dudoso cual es el bien jurídico protegido. El tipo no exige que la influencia llegue a ejercerse, por lo que parece que lo que se protege es el buen nombre y prestigio de la Administración, concepto demasiado vago para ser objeto de protección penal.

Regla aplicable a los artículos 428, 429 y 430 CP

Art. 430 CP:

"En todos los casos previstos en este capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso."

LA MALVERSACION

INTRODUCCION

Consiste en la distracción o apropiación de bienes muebles llevada a cabo por aquél a quien incumbe el deber público de su custodia.

A esta definición tradicional debe añadirse el de la utilización y disfrute de bienes muebles e inmuebles pertenecientes a la Administración cuando concorra aplicación privada, ánimo de lucro y perjuicio para la causa pública.

Su regulación se contiene en los arts. 432 a 435 del Nuevo Código Penal.

Tiene su origen en Roma, donde se designó "peculatus" -hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado- Las Partidas de Alfonso X el Sabio castigaban esta infracción con la pena capital. Especialmente interesante es la evolución histórico-doctrinal reseñada por HERNANDEZ HERNANDEZ (3).

NATURALEZA JURIDICA

Objeto del ataque (bien jurídico protegido) son los intereses patrimoniales del Estado, la

provincia, el municipio y, en general, de los entes públicos, tengan o no autonomía administrativa. Como dice la S.T.S. 2ª de 31 de enero de 1996 (Ponente Sr. De Vega Ruiz) "El Legislador, al configurar la malversación de caudales públicos, ha querido tutelar no sólo el patrimonio público, sino sobre todo el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, de las Comunidades Autónomas o de los Ayuntamientos, así como la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servicio de los funcionarios que de ellos disponen".

No se trata de simples delitos contra la propiedad cualificados, pues existe un elemento de "gestión desleal" que origina perturbación en los servicios públicos (p.ej.: al aplicar fondos públicos a fines no previstos obliga a subvenir esa necesidad con medios económicos no previstos a las necesidades que aquéllos caudales había de cubrir o dejar de atender los servicios públicos para los que habían sido presupuestados). La Sentencia del Tribunal Constitucional, 2ª, de 22 de mayo de 1986 señala que "no cabe afirmar que el delito de malversación suponga una infracción de igual contenido que los delitos contra la propiedad, más concretamente, que el de apropiación indebida ... Aunque ambos delitos se estructuran sobre una apropiación de bienes ajenos, hay también circunstancias en el de malversación que lo diferencian claramente del otro. El autor de la malversación, por un lado, además de apropiarse de bienes ajenos, viola un deber personal de fidelidad respecto del Estado; por otro lado, la apropiación con la que se consuma el delito de malversación recae sobre bienes públicos a los que el legislador puede dispensar una mayor protección que a los privados en razón de los intereses generales afectados. De todo ello se deduce que el legislador no ha vulnerado el art.14 CE al prever sanciones penales distintas para los delitos de apropiación indebida y malversación de fondos ...". La STS 2ª de 27 de septiembre de 1991 señala que "mientras en la apropiación indebida el sujeto activo se hace con una cosa ajena con lesión en el derecho de propiedad de otra, en la malversación se

protege la propiedad de la Administración y además, la confianza de la sociedad en el manejo honesto de los fondos confiados a sus servicios públicos".

El Estado actúa a través de personas físicas en las que deposita su confianza, y respecto de las cuales se encuentra especialmente indefenso. Es lógico por lo tanto que se reaccione de forma distinta que en los delitos patrimoniales, pues el prevalimiento del carácter público se encuentra siempre presente en estos delitos (4).

NOVEDADES

Como principales novedades de la nueva regulación cabe reseñar las siguientes:

1. La desaparición de la malversación culpable, prevista en el derogado artículo 395 CP ("el funcionario público que por abandono o negligencia inexcusable diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos..") (5).

2. La inclusión expresa como sujeto activo de la autoridad pública junto al funcionario, si bien jurisprudencialmente se había asimilado a estos efectos la autoridad al funcionario (6).

3. La despenalización de la malversación de uso consistente en dar a los caudales o efectos públicos un destino público diferente. (antiguo art. 397 CP) (7).

4. La despenalización de la denegación de pagos (antiguo art. 398-I CP: "el funcionario público que debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado no lo hiciere..") y la retención indebida de cosas (antiguo art. 398-II: "...el funcionario público que, requerido por orden de la autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración") (8).

5. La inclusión de los bienes inmuebles como posible objeto de malversación en el artículo 434 CP.

6. Se modifica el anticuado y desproporcionado sistema de determinación de la pena en función de la cantidad desviada. El párrafo I del artículo 432 determina la pena "base" del delito doloso de malversación pro-

pia, fijándose en el párrafo III la pena a imponer cuando la cantidad malversada no sobrepase las 500.000 ptas., mientras que en el II se tipifica un subtipo agravado (9).

7. También, desde un punto de vista penológico, se suprime el párrafo penúltimo del antiguo artículo 394, que facultaba al Tribunal para imponer cualquiera de las penas que, desde arresto mayor a reclusión menor, señalaba el mismo, cuando, a su juicio, hubiera habido sustracción, pero no estuviese comprobada su cuantía (10).

CUESTIONES COMUNES (11)

1. Sujeto activo: Es el funcionario o autoridad, pero no cualquier funcionario o autoridad sino aquel que mantiene una determinada relación con los caudales.

2. Objeto material: Son los *caudales públicos*.

Caudal es equiparable, según la doctrina, a cualquier objeto o efecto, bien mueble, dinero, valores negociables que posean valor económico, aunque no sea actual (Suárez Montes, Rodríguez Devesa, Muñoz Conde). El Tribunal Supremo le ha atribuido una significación amplia, al expresar que "está integrado por todo capital, hacienda, patrimonio, fondo, cosa o bien, de cualquier condición, fungible o no, y susceptible de apreciación económica o valor" (STS 2 de 2-3-1973, art. 1596). Algún autor, como Orts Berenguer, critica esta concepción amplia, que permite incluso incluir en el concepto de caudal bienes inmuebles, desvirtuando el sentido específico del término que es sustancialmente dinerario. (Como se verá, la tipificación del uso de inmueble se verifica expresamente en el art. 434 del CP.)

Podrá adjetivarse el caudal de público en virtud de su pertenencia a la Administración (en sentido amplio, es decir, cualquier ente público, vid. art. 6-5 de la L.G.P.), y de estar destinado, de alguna manera, a fines públicos. Esto comprende tanto los bienes afectos al uso o servicio público (bienes demaniales) como los patrimoniales (vid. arts. 338 a 345 del Código Civil; artículo 132 de la Consti-

tución Española; arts. 1.2, 113 a 123 de la Ley del Patrimonio del Estado de 5 de noviembre de 1964, artículo 2 de la Ley de Patrimonio Nacional de 16 de junio de 1986; Reglamento de Patrimonio Nacional, de 18 de marzo de 1987; arts. 74 a 87 de la Ley de Régimen Local, aprobada por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril y Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, de 13 de junio de 1986).

Tiene relevancia el momento desde el cual unos caudales cobran naturaleza pública, que se ha fijado en aquél en que pasan a incorporarse o debieran haberse incorporado al patrimonio de la Administración, con tal de que ella tenga un derecho expectante sobre bienes concretos, aunque no hayan ingresado en las arcas públicas de manera efectiva. En este sentido se examina "infra" jurisprudencia.

3. Relación entre el funcionario y los caudales.

Es especialmente exigida por los artículos 432 y 433 del CP, que se refiere a que la autoridad o funcionario tenga a su cargo los caudales o efectos públicos por razón de sus funciones. Por contra, en el artículo 434 CP no exige esta especial vinculación entre el funcionario malversador y el caudal, bastando con la mera pertenencia del bien mueble o inmueble a la Administración o Entidad Estatal.

En relación con la anterior redacción parece haberse seguido una tesis restrictiva, que a continuación se pondrá de manifiesto. En efecto, los antiguos artículos 394, 395 y 396 explicitaban que el funcionario los "tenga a su cargo o disposición por razón de sus funciones", mientras que en los arts. 397 y 398 se contraía a que el funcionario "sea administrador o tenedor de los respectivos caudales". Actualmente, se alude a que el funcionario los "tenga a su cargo por razón de sus funciones", con lo que parece que se están limitando las funciones a las específicas del funcionario y no a cualesquiera competencia distinta de la específica. La cuestión dista de ser pacífica, tanto doctrinal como jurisprudencial-

mente, pudiendo afirmar que existen dos posturas:

a) La vinculación directa entre el funcionario y el caudal.

De un funcionario es predicable a que tiene a su cargo unos caudales en la medida en que jurídicamente tenga la obligación de cuidarlos o, lo que es lo mismo, un especial deber de conservación, custodia o inversión para fines y en condiciones determinadas (Ferrer Sama). En este mismo sentido, Suárez Montes ha puesto de relieve la necesidad de que el funcionario tenga los bienes sobre la base de una competencia específica, no sobre la de toda entrega o tenencia a la que haya dado lugar el ejercicio de cualquier función pública.

En algunas sentencias se restringe la acepción de la frase "tenga a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones" (del anterior CP), limitando éstas a las específicas del funcionario, "la característica específica del delito ... estriba siempre en que los fondos sustraídos se hallen especialmente a cargo de la persona sujeto activo de la infracción" (STS 2ª 8-5-1961).

Obviamente, si el funcionario no tiene esta vinculación directa una eventual sustracción se penaría mediante otras figuras delictivas, p. ej., la apropiación indebida.

b) La vinculación genérica entre el funcionario y el caudal.

"No es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o reglamentarias atribuyan al Cuerpo Administrativo a que pertenezca o al servicio al que nominalmente figure adscrito sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público" (STS 2ª de 17-1-1966, Ar. 99). "La vinculación del caudal que

la doctrina de esta Sala siempre interpretó, dando de lado a un restringido formalismo funcional que limitase el contenido del tipo, en el sentido de comprender en la sustracción aquéllos caudales que el funcionario poseyere de hecho, aunque no le estuviere atribuido de derecho la custodia, pues la ostentaba en virtud de sus funciones generales y sin necesidad de una correlación de las formalidades administrativas de orden interno, por resultar suficiente, el que fuera un mero servidor de la posesión oficial, sin la precisión de un exacto cumplimiento de específicos cometidos burocráticos, puesto que las defectuosas o extralimitadas actuaciones, nada representan a la hora de la defensa del patrimonio oficial, para la que es suficiente, que el funcionario que ejerce un servicio y detente unos bienes públicos, abuse de la confianza en él depositada y deje indefenso al organismo" (sentencia de 20 de octubre de 1970, Ar. 4307; también la de 16 de noviembre de 1989). La STS de 21 de febrero de 1963, Ar. 672 recae en el supuesto en el que un Secretario de Ayuntamiento recibía y se quedaba para sí dinero que no tenía la obligación de percibir, por ser competencia de otro funcionario, pues "una vez recibido, el dinero adquiere el carácter de caudal público". En el mismo sentido la STS 2 de 31-1-96, que cita las de 5 de febrero y 27 de mayo de 1993).

Concordancias:

Artículos 189 y ss del CPM. Real Decreto Legislativo de 23 de septiembre de 1988 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria. Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas y Ley 7/1988 de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Comentario:

Conceptualmente distinguimos entre malversación de caudales o efectos del Estado (malversación propia) y malversación de otros fondos a los que se les asigna también el carácter de públicos (malversación impropia).

Posteriormente se examinarán los problemas de participación y la relación con la Jurisdicción Contable.

MALVERSACION PROPIA

A) SUSTRACCION DE CAUDALES O EFECTOS PUBLICOS.

Tipo legal. Artículo 432 CP:

Tipo básico.

1º. *La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.*

Tipo agravado.

2º *Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cosas sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público.*

Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

Tipo atenuado.

3º *Cuando la sustracción no alcance la cantidad de quinientas mil pesetas, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año.*

Concordancias:

Ley 16/1985 de 25 de junio del Patrimonio Histórico Español y su Reglamento aprobado por Real Decreto 111/1986, de 10 de enero.

Comentario:

El artículo 432 CP tipifica las llamadas conductas de apropiación, tanto por acción ("sustrajere") como por omisión dolosa ("consintiere que otro substraiga").

En el tipo agravado el daño o entorpecimiento del servicio constituye, según descripción legal, una cualificación por el resultado que no tiene que ser abarcada por el dolo del autor.

Respecto de la pena con la que se conmina el tipo atenuado cabe observar que al no llevar aparejada la pena de inhabilitación no supondrá la pérdida de la condición de funcionario, conforme al artículo 37 de la ley de Funcionarios de la Administración Civil del Estado y el artículo 65.1 Ley 17/89 reguladora del Personal Militar.

La STS 2ª de 14 de mayo de 1981 expresa que "el delito de malversación de caudales públicos, entraña una lesión o perjuicio para los intereses patrimoniales del Estado o de los demás Entes públicos, existentes no solo cuando tales caudales tienen una titularidad o destino público sino cuando siendo de titularidad privada se depositan o consignan en funcionario por razón de sus funciones, ya las desempeñe con carácter permanente, transitorio o incluso meramente ocasional *pues los conceptos penales y los administrativos, evidenciando una mayor amplitud los primeros tanto en la condición personal de los sujetos, como respecto de la condición pública de los fondos*".

A la condición personal de los sujetos se aludirá posteriormente al examinar la denominada malversación impropia. En relación con la vinculación que debe existir entre el funcionario o autoridad pública y los caudales ya se ha hecho referencia "supra" al tratar los conceptos generales. Conviene por lo tanto profundizar tanto en el momento de incorpora-

ción de los fondos al erario público como en cuanto a la condición pública de los fondos en razón del ente titular o al que se encuentran adscritos los mismos. Como dice la STS 2ª de 14 de marzo de 1995 "ninguna duda cabe de que constituyen caudales públicos los bienes o derechos de que es titular la entidad pública de que se trate, pero también lo son aquellos que, perteneciendo a particulares, quedan adscritos a la Administración o a alguno de los servicios públicos que presta a los ciudadanos, de modo tal que el funcionario correspondiente adquiere unos deberes de vigilancia y custodia que, si son infringidos, originan la correspondiente responsabilidad de la Administración". Como dice la STS 2ª de 4 de diciembre de 1992 "se distinguen, en cuanto al momento en que unos caudales adquieren la condición de públicos, a efectos del delito de malversación, dos criterios: el de incorporación o el de destino. La jurisprudencia no exige que se hayan incorporado formalmente a los fondos públicos: es suficiente que se encuentren destinados a ingresar en tales fondos y con este fin hayan sido recibidos por el funcionario" (Cfr. TS 2ª. Sentencia de 29 de febrero de 1988). Así se ha dicho que "para que los caudales adquieran el carácter de públicos no es necesario que hayan ingresado en las arcas de la Administración, sino que basta que ésta tenga un derecho expectante a que se les dé tal destino" (STS 2ª de 24 de enero de 1995). Veamos algunos ejemplos de casos dudosos:

a) Se considera que el dinero de los particulares que constituye el objeto de los giros postales o telegráficos es caudal público porque reúne los siguientes requisitos: 1) Incorporación a las actividades que la Administración desempeña; 2) vinculación de un funcionario que adquiere unos deberes concretos de custodia y vigilancia de ese objeto, y 3) que la infracción de tales deberes origine la responsabilidad de la entidad pública.

En contra de este criterio se pronunció la Sentencia de 8 de julio de 1981 (RAJ, 1981, 5.282) del extinto Consejo Supremo de Justicia Militar para el cual el importe de los giros postales no tiene asignación, ni fin públi-

co, ni proceden de fondos o presupuestos de la Administración, sino de patrimonios particulares y privados, carácter que no pierden por el hecho de que los servicios postales y telegráficos de la Administración estén obligados a su custodia y transporte hasta su entrega al destinatario.

b) Constituye también delito de malversación la falta de ingreso por un administrador de loterías de las cantidades liquidadas provisionalmente a la Organización Nacional de Loterías y Apuestas del Estado pese a haber sido requerido para el abono, sin que lo verificara, razón por la que lo hizo la aseguradora (STS de 4 de diciembre de 1992).

c) En la denominación de Entes Públicos quedan comprendidas las sociedades instrumentales dependientes de Administraciones Territoriales. Cabe citar a título de ejemplo la STS 2ª de 5 de febrero de 1993 que en el caso de una sociedad dependiente de una Diputación Provincial, propietaria exclusiva del capital social dedicada a la gestión directa de un servicio público, considera que concurren los requisitos propios de la figura de la malversación de fondos públicos. De igual modo la STS 2ª de 14 de marzo de 1984 considera que el Consorcio de la Zona Franca de Barcelona si bien no es un organismo público estatal, es una entidad pública por su origen, su actividad, sus órganos rectores, su finalidad, sus medios económicos y por el destino último de sus bienes.

Por el contrario, la STS 2ª de 13 de marzo de 1992 dice que: "al no poder hablar en el caso de autos de caudales públicos, ni ser funcionarios públicos los acusados, faltan los dos supuestos básicos exigidos para la aplicación del antiguo artículo 394 CP, pues, tratándose de los efectos o fondos de cargo de los procesados de mercancías que vende *Tabacalera ...*", cabe concluir que se trata de una empresa mercantil aunque sea concesionaria de un monopolio comercial.

La STS 2ª de 9 de diciembre de 1994 (ponente: Sr. Cotta y Márquez de Prado) hace referencia y acoge como hecho probado de la instancia el siguiente: "Se declara expresamente probado que el acusado ...

Sargento 1º de Infantería del Ejército de Tierra, durante el periodo comprendido entre los meses de abril de 1989 y octubre de 1990 en su condición de representante del *Patronato de Huérfanos del Ejército de Tierra*, durante el periodo comprendido entre los meses de abril de 1989 y octubre de 1990 ... teniendo a su cargo la administración de fondo de dicha institución se apoderó, con ánimo de beneficiarse, de metálico por valor de 1.118.261,- ptas. procedente de los referidos fondos. El acusado el 11 de noviembre de 1991 procedió a reintegrar el dinero sustraído ...". La Sentencia citada impone la pena de seis años y un día de prisión mayor, inhabilitación absoluta por el mismo tiempo y pago de las costas al autor responsable del delito de malversación de caudales públicos. En el fundamento de Derecho 2º dicha Sentencia expresa que "en otro orden de cosas tampoco es posible dudar del carácter de públicos de los caudales malversados por el recurrente, puesto que, a más de que los mismos se integran por cuotas detraídas, en virtud de disposiciones legales, de las nóminas de los militares del Ejército de Tierra a cuyo servicio se constituyó el Patronato y por aportaciones de fondos del Presupuesto General del Estado, cuya conceptualización de públicos es innegable por cederse para atenciones de índole social relativa a necesidades de los huérfanos del Cuerpo, no debe olvidarse, ni el origen de creación de tal Patronato por Real Decreto 2.879/1981, de 27 de noviembre y Orden Ministerial de 25 de noviembre de 1982, que lo desarrolla, ni su adscripción al Ministerio de Defensa con dependencia funcional y técnica de la Secretaría General para Asuntos de Personal y Acción Social de la Subsecretaría de Defensa, lo que confiere a los fondos que utiliza para sus fines la cualidad de públicos que el recurrente incomprensiblemente les niega, lo que obliga a desestimar ... este segundo motivo del recurso ..."

B) APLICACION A USOS AJENOS A LA FUNCION PUBLICA.

Consiste en una conducta de distracción y no de apropiación. Como dice HERNANDEZ HERNANDEZ (12) "El precepto equivale al

antiguo artículo 396 y contempla el "peculado de uso" con las innovaciones, respecto al mismo, de integrar como sujeto activo a la "autoridad", emplear el verbo "destinar" en vez de "aplicar", quizás más correcto técnicamente, sustituir la expresión "a usos propios o ajenos" por la equivalente y omnicomprensiva de los dos usos, "usos ajenos a la función pública", añadir la expresión "caudales o efectos puestos a su cargo" "por razón de sus funciones", coherente con el concepto que el legislador tiene del ilícito, y sustituir el vocablo "sumario" por el de "proceso"

Se sanciona la conducta de la autoridad o funcionario público que, abusando y con palpable extralimitación de la función que desempeña y por la relación que tiene con los bienes "muebles" o "inmuebles" a que se refiere el precepto, pertenecientes a las Administraciones, Entidades y Organismos que se enumeran, apartándoles de la finalidad pública a que están destinados se sirve de los mismos en el área o esfera personal o transfiere su posesión o los pone a disposición para su uso, goce, disfrute o utilización a cualquier persona o entidad de carácter privado. Conducta presidida por el ánimo de lucro, propio o ajeno, y que necesariamente tiene que causar grave perjuicio a la causa pública, quedando radiado el reproche penal si no aparece dicho perjuicio.

La diferencia entre el delito del artículo 433 y el del artículo 432, ambos del CP, es la misma que la que existía entre los antiguos artículos 394 y 396 del anterior CP, residiendo en el elemento subjetivo, dolo, propósito, intención que, como interno, hay que inferir de la conducta a exteriorizar, con criterios razonables conforme a la sana lógica y experiencia común. Entre ambas figuras delictivas existen elementos comunes: el sujeto activo, el objeto consistente en caudales públicos, la acción de detraerlos de su custodia y fin públicos para desviarlos al área de disponibilidad privada del funcionario infiel (propia o ajena). Pero en el segundo caso, y es ésta la causa esencial de la distinción, tal desviación es transitoria, temporal, no hay intención de incorporación irreversible al peculio personal, sólo un uso limitado temporalmente. Dicho de

otro modo no hay ánimo de aprehensión —"animus rem sibi habendi sino animus utendi".

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Avila de 5 de diciembre de 1991 condena a un Jefe de Oficina Técnica de Correos que teniendo en su poder talones que le habían llegado con ocasión de las funciones públicas que concreta y efectivamente ejercía (giros impuestos por particulares) dispuso de fondos para atender a sus propias necesidades, aplicando el artículo 396.1 del CP anterior. Dichos caudales se encontraban en la Caja Unica del Giro Nacional y tenían la conceptualización de públicos puesto que si bien esos giros se habían impuesto por particulares, al tratarse de cosas fungibles, como es el dinero, su propiedad pasaba a la Caja Postal, que es una institución de Derecho Público sometida a control público.

Presunción de apropiación (art. 433, segundo párrafo).

"Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior", es decir, a la autoridad o funcionario se le castigará como si se hubiese apropiado de los caudales o efectos, desplazándose la responsabilidad a lo previsto en el artículo 432, cuyas penas se le impondrán."

La STS 2ª de 8-11-95. Pte. Sr. Hernández Hernández aprecia ánimo apropiatorio en un delito de malversación, pese al reintegro de la cantidad, dada la prolongación temporal. Según dicha sentencia:

"La presunción de no sustracción definitiva de los caudales públicos, cuando se reintegran dentro de los diez días siguientes a la iniciación del sumario quiebra ante la existencia de prueba en contrario evidenciadora del ánimo de apropiación definitiva, y ello aun cuando se haya llevado a cabo la devolución en el indicado plazo, lo que obviamente conlleva la aplicación del artículo 394 CP (actual 432 CP)."

En el caso de autos, la acusada comenzó a apropiarse de dinero a lo largo de 1988, y continuó haciéndolo en 1989, 1990 y 1991, por lo que acertadamente se concluye su falta de intención de devolver tales cantidades, intención que sólo se manifestó tardíamente cuando fue descubierto su ilícito proceder, es necesario "estar ciego, carente de toda lógica, desprovisto de todo conocimiento y a espaldas de la realidad social para afirmar que la acusada carecía de la intención de apropiarse definitivamente de aquellos caudales".

Como se indicó, novedad importante en relación con la regulación anterior cabe destacar la despenalización del supuesto de aplicación de caudales o efectos a destino público diferente que contemplaba el artículo 397 del CP anterior. La repercusión es obvia en cuanto se aplica retroactivamente la Ley Penal más favorable (art. 2-2 CP).

Como ejemplo de malversación de uso por aplicación de caudales públicos a una finalidad administrativa distinta de la prevista cabe citar el supuesto contemplado en la STS 2ª de 14 de mayo de 1993, según la cual "si el recurrente, en su cargo de Suboficial Jefe de la Guardia Urbana entregó a un tercero, como anticipo del sueldo que debía percibir como gruista al servicio del Ayuntamiento para la retirada de vehículos mal estacionados en la vía pública, diferentes cantidades de dinero que obraban en las dependencias de la Guardia Urbana de la localidad, procedentes del cobro de multas por incidencias de la circulación rodada y que aún no habían sido entregadas en la Intervención del Municipio, como era su destino, dándoles por lo tanto una aplicación diferente de aquella que les correspondía, es visto que cometió el delito de malversación de caudales públicos previsto y sancionado en el artículo 397 CP ..."

C) APLICACION PRIVADA DE BIENES PUBLICOS.

Se trata de una tipificación "ex novo" de una conducta que no encajaba en el concepto tradicional de malversación de caudales.

Con esta tipificación expresa se comprenden claramente supuestos que en el Código

anterior eran dudosos, aunque doctrinalmente si se consideraban incluidos, como, por ejemplo, la utilización de un vehículo público para fines privados. Sin embargo, es clara la no inclusión en este tipo del empleo de personal funcionario o laboral al servicio de las Administraciones Públicas para fines particulares, lo cual es merecedor de sanción disciplinaria.

La distinción entre el artículo 433 y el artículo 434 no radica en el fin al que se aplique el bien público (siempre ajeno a la actividad pública y, por ende, privado) ni en el tipo de malversación (que es de uso y no de sustracción, en ambos casos), sino en el carácter de los bienes que se distraen. En el artículo 433, caudales o efectos públicos (numerario, títulos valores... en definitiva, bienes muebles). En el artículo 434, bienes muebles o inmuebles, distintos de efectos o caudales.

MALVERSACION IMPROPIA

Tipo legal. Artículo 435 CP:

Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

1º *A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas.*

2º *A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.*

3º *A los administradores o depositarios de dinero o bienes secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.*

Se denomina malversación impropia porque puede versar sobre caudales públicos distintos a los de las Administraciones o entes públicos y aun pertenecientes a particulares porque puede tener como sujeto activo a personas que no son funcionarios públicos aunque se asimilen a ellos, por lo que ha sido llamada, en ocasiones, la "malversación de la doble ficción" (13).

En relación con la anterior redacción ha desaparecido la referencia a los estableci-

mientos de instrucción o beneficencia. Se alude genéricamente a Administraciones Públicas, lo que nos lleva al concepto que de las mismas se contempla en el artículo 2º de la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. ¿Coincide esta enumeración o criterio sobre las Administraciones Públicas con el criterio mantenido en el artículo 434 del propio texto legal cuando hace referencia a: "...Cualquier Administración o Entidad Estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas..."? Cabe concluir afirmativamente a la vista del tenor literal del artículo 2º de la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

Por lo que se refiere al precepto anteriormente citado puede traerse a colación la STS 2ª de 30 de noviembre de 1992, la cual expresa que de un análisis de la normativa aplicable "se deduce claramente que el habilitado-graduado social es un depositario administrador "ex lege" de las pensiones que le son remitidas a su cuenta en la entidad financiera de que se trate, mediante remesa hecha con una clave determinada, de modo que toda su conducta desde que recibe la pensión hasta que es pagada al perceptor de la misma, está perfectamente reglamentada por dicha legislación; y en consecuencia, aunque el habilitado-graduado social no sea funcionario públicos propiamente dicho, lo es a los efectos ficticios señalados en el (anterior) artículo 399 CP ...".

Según la STS 2ª de 4 de diciembre de 1992 "los administradores de loterías participan en el ejercicio de funciones públicas, y los billetes de lotería y el dinero percibidos por un administrador de lotería por la venta de tales billetes gozan de la consideración de caudales públicos a los efectos del delito de malversación de caudales públicos" (Cfr. STS 2ª 6 de junio de 1989).

PROBLEMAS DE PARTICIPACION

La malversación de caudales constituye un delito especial y autónomo. Un delito en propia mano puesto que el sujeto activo del deli-

to ha de ser una autoridad o funcionario público. El problema fundamental que se plantea es el de la participación de un extraño. Cuando ambos sujetos toman parte, dominando el hecho, en la realización de la conducta típica, está de acuerdo la doctrina en la calificación separada, respondiendo el funcionario por la malversación y el "extraneus" por el delito contra la propiedad correspondiente. Sin embargo, en los antiguos supuestos 2º y 3º del artículo 14, del anterior CP (actualmente artículo 28.a) y b) la doctrina ha estado tradicionalmente dividida: Por una parte, con base en el antiguo artículo 60 (actual art. 65) PACHECO, así como CUELLO CALON, SANCHEZ TEJERINA y QUINTANO, mantienen la división del título de imputación, de igual modo que en el supuesto anterior; por otro lado, GROIZARD y VIADA, seguidos por FERRER SAMA y RODRIGUEZ DEVESA, niegan la explicación del mencionado artículo, manteniendo que el "extraneus" será penado como inductor o cooperador en el delito de malversación cometido por el funcionario. Esta divergencia doctrinal, como se recuerda en una S. de 1985 (16-VIII, Pte. Sr. Moyna) ha trascendido a la jurisprudencia, que tradicionalmente vino aplicando el artículo 60, si bien, en los últimos tiempos, ha mantenido la segunda postura, por aplicación lógica de la llamada accesoriedad de la participación, criterio ensayado en SS. de 1951 (16-VI) y 1963 (18-V), afirmado en 1969 (15-X) y de modo definitivo en 1975 (12-XII) y 1979 (31-XII); en el mismo sentido, SS. de 4-VII-1986, Pte. Sr. Vivas, y 16-III-1987, Pte. Sr. Barbero). LUZON CUESTA (14) y MUÑOZ CONDE (15).

RELACION CON LA JURISDICCION CONTABLE

Es conveniente señalar que ante el Tribunal de Cuentas (vid. art. 136 de la Constitución) se siguen los denominados procedimientos de reintegro por alcance. La Jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción (debe entenderse orden jurisdiccional penal). Cuando los hechos fuesen constitutivos de

delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia (art. 18.1 y 2 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas).

Aun cuando el tema es controvertido, suele considerarse que el enjuiciamiento criminal de una presunta malversación no impide que se dilucide el hecho ante la Jurisdicción contable a efectos de su competencia (no se aplicaría la prejudicialidad penal). La determinación de la responsabilidad civil no vincula a los órganos jurisdiccionales penales pero es obvio que dicha fijación tiene una incidencia, lo que se revela aún más trascendente cuando la pena puede variar en función del resultado (p. ej.: sustracción de más o menos de 500.000 ptas.)

Por otro lado, desde una perspectiva eminentemente práctica, conviene resaltar que la responsabilidad contable (art. 38 Ley Orgánica 2/82) concierne a quien por acción u omisión contraria a la Ley originase en menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados. Junto a la responsabilidad directa (art. 42 de la Ley Orgánica 2/82) puede depurarse una eventual responsabilidad (civil) subsidiaria, ya que, según el artículo 43 de la Ley Orgánica 2/82: *"1.- Son responsables subsidiarios quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las Leyes o Reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta de que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas"*. Resulta por tanto aconsejable extremar el cumplimiento de la normativa de control de los fondos públicos por aparte no sólo de las personas que los manejan directamente sino por los Jefes o Superiores que supervisan dicha disposición, ya que, incluso no existiendo responsabilidad penal puede originarse responsabilidad contable no sólo directa sino también subsidiaria de quienes no hayan adoptado la diligencia mínima exigible en la vigilancia, dando ocasión al menoscabo.

FRAUDES Y EXACCIONES ILEGALES

FRAUDES (art. 436)

Concordancias:

Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas. Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado. Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Artículo 194 CPM. Arts. 61 y ss, 85, 103 y 104 de la Ley de Patrimonio del Estado, Texto Articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril. Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley de Patrimonio del Estado.

Comentario:

Como modalidades de contratación pública han de considerarse la subasta, el concurso y el procedimiento negociado, conforme al artículo 76 de la ley 13/1995 de 18 de mayo de contratos de las Administraciones Públicas. Entre los actos relativos a dichas modalidades pueden enumerarse los siguientes: intervención en la Mesa de Contratación (art. 82 LCAP), intervención en las Comisiones Técnicas de Valoración de los criterios de adjudicación (art. 87 LCAP), recepciones de obras, servicios o suministros, inspecciones, expedición de certificaciones de obras.

En principio, parece aplicable a las enajenaciones de bienes públicos patrimoniales. Sin embargo, es dudoso que resulte congruente con el principio de legalidad y el de tipicidad (art. 25 de la Constitución) incluir conductas defraudatorias realizadas en las liquidaciones o enajenaciones de bienes embargados por la Hacienda Pública, pues resulta forzado considerar efecto a haber público a un bien perteneciente a un tercero (deudor, avalista), trabado por embargo subsiguiente a un crédito tributario impagado (vid. arts. 139 y ss del Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1684/1990, modificado

por Real Decreto de 24 de marzo de 1995).

Se ha suprimido el anterior artículo 401 del derogado Código Penal (mera gestión desleal. Antiguo tipo básico). La conducta consistente en interesarse (propósito de obtener un lucro económico) encuentra mejor encaje sistemático en el Capítulo IX, en el que, como se verá, se especifican diversas conductas presididas por un ánimo de participar lucrativamente en actividades privadas, aunque no se ocasione perjuicio a la Administración (arts. 439 a 442 CP). Por el contrario, el actual artículo 436 equivale al derogado artículo 400 (fraude, tipo cualificado), exigiéndose concierto y perjuicio para el patrimonio público. De igual modo, la incriminación a ciertos particulares asimilados a estos efectos (peritos, árbitros y contadores partidarios) que se conduzcan deslealmente pasa a ser tipificado en el artículo 440 del CP (Capítulo IX, De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función) en el que ya no se exige lesión patrimonial derivada de la participación en negocios en que intervengan por razón de su cargo. Esta sistemática es, sin duda, más correcta.

Es un delito de mera actividad, consumándose con la puesta en práctica del concierto o artificio defraudatorio. Caso de que la defraudación, perjuicio patrimonial, de la Administración llegue a producirse realmente, existirá un concurso entre este delito y la estafa (16).

EXACCIONES ILEGALES (art. 437)

Concordancias:

El arancel de los Notarios se aprobó por Real Decreto 1.426/1989, de 17 de noviembre. El arancel de los Registradores de la Propiedad se aprobó por Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre.

Comentarios:

Como dice la STS de 12-12-1986, RJ. 1986. 7908 "...la progresiva desaparición del arcaico sistema retributivo arancelario y la correlativa exigencia legal de que toda prestación patrimonial de los ciudadanos a la cobertura

de los gastos públicos sea liquidada e ingresada en las cajas del ente acreedor -Estado, Comunidad Autónoma, Provincia o Municipio- va convirtiéndose inevitablemente en residual la figura delictiva descrita en el artículo 402 del Código Penal (actual art. 437 CP).

Sujeto activo

Sólo pueden serlo aquellos funcionarios que exigen derechos, aranceles, etc., como forma de pago a su función (Notarios, Registradores de la Propiedad...)

Acción

Consiste en exigir directa o indirectamente (a través de persona intermedia, p. ej: un empleado) derechos legítimamente devengados, pero en mayor cuantía que los que le estuvieren señalados por razón de su cargo.

Culpabilidad

Para RODRIGUEZ DEVESA (17) cabe la comisión culposa, en la medida en que el tipo no exige una intención específica ni un propósito posterior. Sin embargo, con el sistema del Código Penal vigente ("crimen culpae" y no "crimina culposa") es necesario una incriminación expresa y concreta para cada supuesto de conducta imprudente reprochable penalmente, por lo que, sobrevenidamente, ha de entenderse que no cabe la comisión culposa.

Grado de ejecución

Basta la mera exigencia para que el delito se perfeccione aun cuando no lleguen los derechos a ser percibidos (RODRIGUEZ DEVESA (18) hace propia la opinión de CUELLO CALON, aunque no faltan autores con opiniones discrepantes (19).

En relación con la redacción del anterior C.P. puede hacerse notar que ha desaparecido la agravación por la habitualidad.

Artículo 438 CP:

"La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún

delito de estafa o apropiación indebida, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años."

No se trata de un delito independiente, sino de una mera agravación de la pena señalada para los delitos de estafa y apropiación indebida, cuando estas figuras punibles son llevadas a cabo por funcionario público, abusando de su cargo.

NEGOCIACIONES Y ACTIVIDADES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS Y ABUSOS EN EL EJERCICIO DE SU FUNCION

Es un objetivo del Código, y en particular de los tipos agrupados bajo la rúbrica, evitar que el funcionario o Autoridad abuse de una posición prevalente, normalmente en la vida económica. Algunas de estas conductas se podrían reprimir mediante un catálogo de infracciones y sanciones por vulneración de incompatibilidades a nivel orgánico. No obstante, el Legislador ha optado por su incriminación. Se persigue, por lo tanto, una radical protección de la neutralidad del funcionario. Puede traerse a colación en este punto la Doctrina Jurisprudencial elaborada en relación con el derogado artículo 401 del anterior Código Penal, por lo que puede entenderse, según la STS 2ª de 28 de septiembre de 1995 (Pte. Sr. Soto Nieto), que el bien jurídico protegido es el deber de lealtad y fidelidad a la Función Pública. En consecuencia, los tipos contemplan una contradicción de intereses: El público, que representa al funcionario, y el particular o propio, que pueda alentar el mismo como sujeto individual y privado; el bien jurídico protegido se encuentra, pues, en el buen funcionamiento e imagen de la Administración Pública, que ha de actuar libre de toda sospecha de parcialidad respecto de la conducta de sus funcionarios, garantizándose al máximo el deslinde entre los intereses particulares del funcionario y aquellos otros inherentes a la

gestión encomendada por razón de su cargo, tratándose, en definitiva, de preservar la integridad y rectitud del funcionario (STS. 2ª 2 de octubre de 1992 y 28 de junio de 1993).

En estas figuras el interés del funcionario radica en el logro de un beneficio, lucro o cualquier otra forma de compensación privada, patentizándose de este modo el abuso, prevalimiento o aprovechamiento de la Función Pública, puesta torticeramente al servicio de un plan egoísta e interesado, sin que se exija que al proceder del sujeto subsiga un efectivo resultado beneficioso para el mismo, ya que se trata de delitos de actividad, formales o de tendencia, no de resultado, radicando el dolo en la voluntad consciente de asumir, a la vez, la intervención como gestor de la Administración Pública y el rol de interesado privado en la operación fraguada con aquélla, y de ahí que la Jurisprudencia sea constante en proclamar no ser necesario que se obtenga el beneficio o lucro propuesto, ni que la Administración sufra un perjuicio, pudiendo suceder incluso que, de hecho, la Administración obtenga un beneficio por hallarse ante la oferta más ventajosa.

EMISION DE INFORME INTERESADO

Tipo legal. Artículo 439 CP:

"La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años."

Concordancias:

- Artículos 82 y ss de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.
- Artículos 20 a 24 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

- *Artículos 23 y ss y 48 y ss del Decreto de 27 de julio de 1943 por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Dirección General de lo Contencioso y del Cuerpo de Abogados del Estado.*
- *Artículo 97 del Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas.*
- *Artículo 7.h) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos.*
- *Artículo 128 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas.*

Comentario:

Aunque el precepto parece de nuevo cuño, pues el anterior artículo 401 comprendía propiamente actividades de gestión administrativa y no consultivas, jurisprudencialmente cabe citar como precedente, en base al antiguo 198 del derogado C.P., la S.T.S. de 18 de octubre de 1991; R.J. 1.991, 7305, que expresaba que:

"Concurren cuantos elementos integran el tipo en la segunda modalidad de conducta prevista, la del funcionario público que, con prevalimiento del cargo, interviene directa o indirectamente en empresa privada con móvil de lucro. Intervenir se hace equivalente de participación en la misma, beneficiándose, en consecuencia, de los ingresos que se produzcan provenientes de la actividad social programada, aquí redacción de proyectos de ingeniería y arquitectura tanto rústicos como urbanos. El procesado, sirviéndose de su cargo de Aparejador Municipal, de modo más o menos directo, en cuanto asumía la función de informar los proyectos que presentaban los aparejadores socios con el mismo de "Taigasa", señores A. y G., favorecía la labor de éstos y, consiguientemente, los beneficios de la sociedad. El delito en cuestión (cual resalta la Sentencia de esta Sala de 27 de septiembre 1969 -RJ 1969, 4651-) tiene como finalidad proteger

la honesta actividad contra la suspicacia, y el adecuado ejercicio de las funciones y servicios institucionales del Estado, efectuado a través de la gestión administrativa de las Autoridades y funcionarios públicos, que gozan de una relevante supremacía, y de aludir en ellos conductas abusivas o riesgos, con abuso de su misión social, al menos en particular beneficio de interés propios. Nada supone que, en el supuesto que se enjuicia, no se hubiesen repartido beneficios, ya que a su abstención se propendía y hacia ese fin convergían las actividades sociales. Obvio resulta que la situación creada sea sumamente propicia para la proliferación de encargos e intervenciones de los aparejadores o socios del acusado."

La conducta típica parece consistir en la emisión de un informe, jurídico o no, preceptivo o no, vinculante o no, por parte de autoridad o funcionario, que permite participar directamente al informante en el negocio o actuación sobre el que se dictamina o emite valoración.

Los hipotéticos supuestos prácticos son innumerables, pudiendo señalar la emisión de informe favorable o no en concesiones de licencias, autorizaciones y concesiones (p. ej., de armas, urbanísticas, de importación) ... o de subvenciones. Asimismo en los casos de recursos administrativos, reclamaciones de responsabilidad patrimonial, actuaciones jurisdiccionales en que intervengan autoridades o funcionarios como partes cualificadas en el proceso o como auxiliares de la Administración de Justicia, etc.

GESTION INTERESADA DE PARTICULARES ASIMILADOS A FUNCIONARIOS (art. 440)

Concordancias:

- *Artículos 222 y ss Código Civil.*
- *Artículos 286 y ss. Código Civil.*
- *Artículos 892 a 911 Código Civil.*

- *Artículos 1031.1; 1237; 1483 y ss; 1604; 2072 y ss; 2093, etc., de la L.E.C.*
- *Artículos 1073 y ss L.E.C.*
- *Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje.*
- *Artículo 402 Código Civil.*

Comentario:

La imparcialidad administrativa se hace extensiva a personas a las que se asimila a funcionarios y autoridades públicas.

Por "conducirse del modo previsto en el artículo anterior" hay que considerar "aprovechar tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación..... en tales negocios o actuación".

ACTIVIDAD INCOMPATIBLE INTERESADA (art. 441)

Comentario:

El precepto tiene su antecedente en el antiguo artículo 198 C.P. Algunos pronunciamientos jurisprudenciales -

Artículos 389 a 397 L.O.P.J.

- *Ley 53/1984 de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas*
- *Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre Incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los Centros, Organismos y Empresas dependientes.*
- *Real Decreto 517/1986, de 21 de febrero, de Incompatibilidades del Personal Militar.*
- *Artículo 6.h) del Real Decreto 33/1986, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.*
- *Artículo 27.h) de la Ley Orgánica 2/1986, de 14 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.*
- *Artículo 9.5 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.*

- *Artículo 6.8 del Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía aprobado por Real Decreto 884/1989, de 14 de julio.*
- *Artículo 191 C.P.M.*

Comentario:

El precepto tiene su antecedente en el antiguo artículo 198 CP. Algunos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto son los siguientes:

«Con la finalidad de proteger la honesta actividad contra la suspicacia, y el adecuado ejercicio de las funciones y servicios institucionales del Estado, efectuados a través de la gestión administrativa de las Autoridades y funcionarios públicos, que gozan de una relevante supremacía "erga subditus", y de eludir en ellos, conducta abusadas o riesgos, con abuso de su misión social, al menos en particular beneficio profesional de intereses propios, este artículo tipifica, la actividad de la Autoridad y funcionario público, que prevaleciendo de su cargo, ejerciere alguna profesión directamente relacionada con la esfera de sus atribuciones oficiales: la que representa, el simultáneo desarrollo de actividades públicas y particulares, unidas entre sí por conexidad funcional dependiente y por lo tanto dentro de incompatibilidad esencial y natural, decretada por normas especiales o por las generales establecidas en los artículos 82 a 90 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964 (RCL 1964, 348), con más la indispensable presencia, de un elemento subjetivo del injusto, que opera como dolo finalista y causal, de la querida y buscada prevalencia del cargo público, poniéndolo al servicio del interés privado, pues de producirse únicamente la incompatibilidad, sin el agregado culpabilista espiritual indicado, en razón a que el agente no se sirve o utiliza el cargo, para un mejor ejercicio profesional particular, la conducta no es inculparable por atípica, al faltarle un elemento esencial, por ausencia de conexión causal

y de culpabilidad finalmente dirigida, al abuso deseado de la función, que debe operar como móvil subjetivo, haciéndola materia de ilícito servicio (STS 27 septiembre 1969; RJ 1969, 4651).

Exige como dolo específico o como elemento subjetivo del injusto (Vid. STS 27 septiembre 1969 -RJ 1969, 4651-) la querida y buscada prevalencia del cargo público, poniéndole al servicio del interés privado, con el fin de obtener un lucro o una ventaja económica. (STS 16 noviembre 1983; RJ 1983, 5502).»

REVELACION DE SECRETOS O USO DE INFORMACION PRIVILEGIADA INTERESADAMENTE (art. 442)

Concordancias:

- Artículo 3º Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados.
- Artículos 413, 414, 415 y especialmente, 417 CP
- Artículos 278 a 280, 466, 583, 590 a 603, 198 y 535 CP.
- Artículos 18.1.3 y 4 y 20.3 y 4 de la Constitución Española.
- Artículo 301 y 417.2 LECrim.
- Artículos 52, 53 y ss y 116 CPM.
- Artículo 5.5 L.O.F.C.S.
- Artículo 13 Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968 (B.O.E. 6-4) modificada por la Ley de 7 de octubre de 1978 (B.O.E. 11-10) y el Reglamento de Desarrollo de la misma aprobado por Decreto de 20 de febrero de 1989 (B.O.E. 24-2).
- Artículos 7.7 y 8.11 L.O.R.D.G.C.
- Artículo 6.7 R.D.C.N.P.
- Artículo 80 L.F.C.E.
- Acuerdo de Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 por el que se declaró formalmente el carácter secreto de la estructura, organización, medios y procedimientos operativos de los servicios que pudiera revelar su actuación.

- L.O. 29 de octubre de 1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal.

- Ley 24 1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores.

Comentario:

Básicamente se pueden dar por reproducidas las consideraciones anteriormente expuestas para el artículo 417 con la peculiaridad de que en este caso a la revelación del secreto se equipara la de información privilegiada (no simples "informaciones") y lo que se tipifica es "hacer uso" tanto de los secretos como de la información privilegiada con ánimo de lucro. Para la consumación delictiva no es necesario que se obtenga el lucro. Si se obtiene se agrava la pena, la cual se convierte en prisión en caso de grave daño para la causa pública o un tercero.

En esta materia puede resultar interesante traer a colación lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que establece que: "Quienes dispongan de alguna información privilegiada deberán abstenerse de realizar, directa o indirectamente, cualquier tipo de operación en el mercado, sobre los valores a que la misma se refiera. Igualmente se abstendrán de comunicar dicha información a terceros o de recomendar la adquisición o cesión de los valores citados.

A los efectos de la presente Ley se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto, referente a uno o varios valores, que no haya sido dada a conocer al público y que, de haberse hecho pública, hubiera podido influir de modo relevante en su cotización". Asimismo, debe significarse que el artículo 99 de esta misma norma tipifica como infracción muy grave en su apartado o) el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley respecto de las informaciones privilegiadas.

En consecuencia, puede entenderse que las posibilidades de hacer uso de secretos o información privilegiada, siempre de carácter concreto, obtenida por razón del cargo o función, y no difundida, son múltiples. En efecto,

bajo la expresión "hacer uso" se comprende no solo la cesión a cambio de precio, dádiva o favor, sino también manipulaciones de precios en los mercados o alteración de las condiciones de negociación o pacto en los negocios jurídicos siempre con ánimo de lucro, por citar algunos ejemplos.

ABUSOS CONTRA LA HONESTIDAD

Tipo básico. Artículo 443 CP:

"Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, la autoridad o funcionario público que solicitaré sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado por análoga relación de efectividad, ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza, por adopción o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquél o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior."

Tipo cualificado. Artículo 444 CP:

"1. El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitaré sexualmente a una persona sujeta a su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.

2. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de efectividad."

Regla especial de concurso. Artículo 445 CP:

"Las penas previstas en los dos artículos anteriores se impondrán sin perjuicio de

las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos."

Concordancias:

– Artículos 178 a 184 del Código Penal.

Comentario:

La inclusión de los arts. 443 a 445 CP bajo la rúbrica del Capítulo IX aparece un tanto forzada ya que no se trata de perseguir un lucro económico sino una compensación privada (móvil sexual).

El vigente artículo 443 CP cambia la expresión "...se halle ligado de forma permanente por análoga relación de efectividad del anterior artículo 383 CP..." por ".....se halle ligada de forma estable....".

El vigente artículo 444 CP se refiere a "funcionario de Instituciones Penitenciarias" a diferencia del anterior artículo 384 CP (que aludía a funcionario de prisiones).

Son características comunes de ambos artículos (443 y 444 CP) el introducir la relación de adopción en el ámbito de protección y el suponer sendas agravaciones de la pena prevista en los preceptos que le sirvieron como antecedentes.

El delito se consuma, en cada caso, con la solicitud misma como actividad que no precisa resultado positivo. Como señalan MANZANARES y ALBACAR (20) de ello se deduce el adelantamiento de la represión penal por la condición del sujeto activo y la dependencia de la víctima, ya que estas conductas serían impunes o meramente injuriosas si partieran de un particular o no se dieran estas particulares circunstancias.

LUZON CUESTA (21) considera factible el concurso con la prevaricación.

Aunque doctrinalmente ya se consideraba (22) que la violación o estupro posteriores pueden estimarse en concurso con este delito, la regla del artículo 445 (que constituye una novedad) despeja cualquier duda sobre la punición concurrente, en su caso, con delitos de agresiones sexuales o de abusos sexuales.

La S.T.S. de 13 de junio de 1979, RJ 1979, 2671 condena como autor de un delito del antiguo artículo 383 CP a un Inspector del Cuerpo General de Policía por su conducta en relación con una mujer a la que interrogaba en el curso de una investigación policial.

OBSERVACION FINAL

Interesa destacar, una vez examinados los delitos contra la Administración, que la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, redacta el apartado 2º del artículo 1º de la Ley Orgánica 5/1995, sobre el Tribunal del Jurado, en los siguientes términos:

"2. Dentro del ámbito de enjuiciamiento previsto en el apartado anterior, el Tribunal del Jurado será competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal:

(...)

- f) de la infidelidad en la custodia de documentos (arts. 413 a 415).
- g) del cohecho (arts. 419 a 426).
- h) del tráfico de influencias (arts. 428 a 430).
- i) de la malversación de caudales públicos (arts. 432 a 434).
- j) de los fraudes y exacciones ilegales (arts. 436 a 438).
- k) de las negociaciones prohibidas a funcionarios (arts. 439 y 440)...

NOTAS

(Referida a la anterior bibliografía, op. cit., salvo mención expresa en contrario).

(1) Díaz y García Conlledo y Olazola Nogales, op. cit., pág. 2

(2) Muñoz Conde, op. cit., págs. 813 y 814.

(3) Hernández Hernández, Roberto, op. cit. págs. 1 y 55.

(4) Rodríguez Devesa op. cit. pág. 1181 y la tesis mayoritaria.

En contra Pacheco y Quintano Ripollés, que consideran la malversación como un delito contra la propiedad modificado por el sujeto activo funcionario público y ostenta el objeto igual naturaleza de público.

(5) El legislador tiene la evidente voluntad de no sancionar las conductas no intencionadas (o dolosas), a no ser que el mal causado o puesto en peligro lo haya sido respecto de un bien de singular importancia y a consecuencia de una intolerable falta de sensibilidad hacia el peligro que se creaba; así como en razón al "principio de intervención mínima" el poder resolverse la actuación del funcionario en el área administrativa.

(6) Sobre este aspecto puede consultarse QUERALT, "El concepto penal de funcionario público" CPC, núm. 27/1985, pág. 487. Sobre el concepto de autoridad, vid. el artículo 24 del C.P.

(7) La tendencia de la doctrina ha sido la de considerar-la como mera infracción administrativa (GROIZARD, A., el Código Penal de 1870 concordado y comentado, T. IV, págs. 320 y 321. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. M., nota pág. 330). Lo tomo de HERNANDEZ HERNANDEZ, op. cit.

(8) Para MUÑOZ CONDE, "no se trata sino de una modalidad de desobediencia que podía, por tanto, suprimirse" pág. 848. En general, también se consideraba que debía considerarse como mera infracción administrativa.

(9) La Sentencia de 8 de julio de 1991 acordó conforme al artículo 2.2º del derogado CP elevar una exposición al Gobierno a fin de que mediante el trámite al que legalmente correspondía se modifiquen las elevadas sanciones del artículo 394 CP.

(10) Para MUÑOZ CONDE la sustracción debe constar claramente y lo único que se facultaba al Tribunal era a determinar libremente la pena si no estaba comprobada la cuantía de lo sustraído. LOPEZ BARJA DE QUIROGA alude a inconstitucionalidad del precepto (op. cit. pág. 372). Especialmente relevante es la Sentencia de 25-6-1993 (Ar. 5249) interpretativa del anterior precepto a la luz de la Constitución.

(11) ORTS, op. cit., págs. 481 y ss.

(12) HERNANDEZ HERNANDEZ, op. cit., pág. 4.

(13) LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., op. cit., nota en la pág. 390.

(14) LUZON CUESTA, op. cit., pág. 274.

(15) MUÑOZ CONDE, op. cit., págs. 849 y 850. Este autor también se muestra favorable a la unidad del título de imputación y cita a SUAREZ MONTES DIAZ PALOS. Así, el particular que participe (induzca o coopere) en la malversación del funcionario responderá también de este delito. En el caso contrario, que sea el funcionario el que participe en la sustracción realizada por el particular, aquél responderá por el delito común salvo en los casos en que está especialmente previsto el consentimiento o la sustracción como conducta típica de malversación. LOPEZ BARJA DE QUIROGA desarrolla la cuestión en las págs. 175 y ss, op. cit.

(16) MUÑOZ CONDE, op. cit., pág. 852. Según este autor en contra FERRER. A favor del concurso ORTS, RODRIGUEZ DEVESA, se apoya en la diversidad de bienes jurídicos. PUIG considera aplicable incluso la agravación específica del anterior artículo 403 (actual art. 438 CP)

(17) RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal. Parte especial, octava edición, pág. 1156.

(18) RODRIGUEZ DEVESA, op. cit., nota anterior, ibidem.

(19) En contra GROIZARD y PUIG PEÑA, nota 24, pág. 1203, en RODRIGUEZ DEVESA, op. cit., decimoseptima edición, 1994.

(20) MANZANARES Y ALBACAR, op. cit., pág. 914.

(21) LUZON CUESTA, op. cit., pág. 286.

(22) MANZANARES Y ALBACAR, loc. cit., nota 20, ibidem.

BIBLIOGRAFIA

(artículos 428 a 445 CP)

"Delitos de los Funcionarios Públicos". Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, marzo 1994.

Carlos Climent Duran y Francisco Pastor Alcoy: "El Nuevo y el Viejo Código Penal comparados por artículos". Editorial General de Derecho, S.L., 1996.

Miguel Díaz y García Conlledo e Inés Olazola Nogales: "La Evolución Legislativa del Delito de Tráfico de Influencias". Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 223, de 30 de noviembre de 1995.

Roberto Hernández Hernández: "Malversación". Revista Jurídica La Ley, núm. 4004, miércoles 27 de marzo de 1996.

Norberto J. de la Mata y Xabier Etxebarria: "Malversación y Lesión del Patrimonio Público". J. M. Bosch, Editor, S. A., Barcelona, 1995.