

procedimiento abreviado, pues ninguno de los delitos estudiados tiene señalada pena privativa de libertad superior a 9 años. No obstante, en los supuestos de los artículos 443, 444 y 445 (abuso en el ejercicio de la función acompañado de delito contra la libertad sexual) si el delito cometido estuviera castigado con pena privativa de libertad superior a 9 años, el procedimiento será el ordinario, que abarcaría ambos delitos, al ser conexos.

LOS DELITOS DE MALVERSACIÓN

NORBERTO J. DE LA MATA

SUMARIO: — I. INTRODUCCIÓN: LOS DIVERSOS DELITOS DE MALVERSACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995. — II. EL OBJETO JURÍDICO TUTELADO EN EL NUEVO CAPÍTULO VII: 1. La pretendida doble naturaleza jurídica de los diferentes tipos de malversación; 2. Superación de la explicación tradicional de los delitos de malversación: la protección del ordenado funcionamiento de la Administración en la gestión del patrimonio público. — III. CONDUCTAS TÍPICAS INCRIMINADAS: 1. Elementos comunes a los tipos actualmente vigentes; 2. Las distintas conductas típicas; 3. Lesividad de las diferentes figuras de malversación.

I.- INTRODUCCIÓN: LOS DIVERSOS DELITOS DE MALVERSACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

El Capítulo VII del Título XIX del vigente Código penal español —dedicado a los delitos contra la Administración pública— incrimina, agrupadas bajo el epígrafe «De la malversación», una amplia variedad de conductas referidas a la apropiación o destino a usos ajenos a la función pública de caudales, efectos u otros bienes pertenecientes a las Administraciones públicas. Es tradicional en la doctrina española referirse a la complejidad y confusión conceptual que genera la interpretación de la tipificación de este Capítulo VII —tal como ocurre con la de la totalidad del Título en el que el mismo se incluye—, motivada precisamente por la variedad de conductas que desde los inicios de la codificación pretenden agruparse típicamente bajo un mismo concepto.

Síntoma de esta confusión conceptual es la vacilación terminológica, que afecta incluso al propio uso de la expresión malversación y se manifiesta en una literatura jurídica que, por ejemplo, alude a dos clases de malversación, propia e impropia, atendiendo para delimitar las conductas subsumibles bajo uno u otro concepto, sin unidad de criterio, bien a la naturaleza del acto, bien a la condición del sujeto activo o de los caudales.

Esta complejidad en el proceso de interpretación de los tipos del Capítulo VII incide de modo particular en el momento de definición de su objeto de protección, lo que repercute en la delimitación del ámbito

típico; no se olvide que utilizando aquél como criterio de interpretación teleológica se clarifica el sentido de expresiones típicas controvertidas, pero que, al mismo tiempo, para llegar a él es correcto proceder metodológico partir precisamente de la concreta descripción típica considerada. A ello se añade que sólo ocasionalmente, y a pesar de la larga tradición que las diferentes figuras de malversación tienen en el ordenamiento jurídico-penal español, han sido objeto de particular atención científica. Se constata, en todo caso, que quienes de ellas se han ocupado han insistido en poner de relieve la dificultad apuntada.

La definición del bien jurídico cuya indemnidad trata de garantizar el legislador, incriminando las distintas modalidades de malversación, se ha pretendido formular doctrinalmente de modo uniforme, esto es, proponiéndose un único objeto de protección para la totalidad de figuras incluidas en el Capítulo VII. Sin embargo, la lectura de su descripción legal ha dificultado dicha tarea, aun cuando de la literalidad del texto punitivo, en una primera aproximación, pudiera desprenderse que la defensa del patrimonio público está presente en la mayoría de las conductas descritas. Asimismo, si comparamos la regulación de la malversación con la protección que se otorga a la propiedad y al patrimonio en los tipos comunes del actual Título XIII del Código, se observa la extensión y adelantamiento de la protección penal cuando se trata de actuaciones —en autoría o participación en actos ajenos— de un funcionario o de un particular sobre fondos públicos.

El origen del delito de malversación ha de remontarse a la figura del *peculatus*, caracterizado en su época más lejana como un hurto de determinados bienes de especial relevancia de entre los públicos —en principio, ganado para el sacrificio y, por tanto, sagrado— y, por extensión, con el transcurso del tiempo, como hurto de cualquier cosa mueble perteneciente al Estado, al *aerarium* o al patrimonio del pueblo romano —también *res sacra*—, configurado como genuino delito contra la propiedad pública, «particularmente reprobado en razón de la cosa sustraída», en palabras de DÍAZ PALOS, independientemente de que el autor fuera o no funcionario.

Pronto se observará, no obstante, una evolución en la concepción de esta figura que traslada el acento de su lesividad a la traición de la fe pública, comenzando así a surgir la idea que lleva a observar en ella una infracción de los deberes que conciernen a determinados sujetos afectos a la cosa pública y, como ha señalado el propio DÍAZ PALOS, remontándose a ese momento histórico «la divergencia doctrinal que más tarde se produce sobre la naturaleza jurídica de este delito».

En todo caso, interesa destacar de esta evolución cómo en el Derecho histórico español todavía en la Novísima Recopilación (Libro XII,

Título XV, Ley 7) se protegía el patrimonio público contra el ataque de «personas, concejos o universidades», tuvieran o no las «personas» la condición de funcionario público.

En el período de la Codificación, el antecedente legal más directo de los artículos 432 a 435 del actual Código penal, tras una primera tipificación de contornos imprecisos en el Código de 1822, se encuentra en los artículos 309 a 313 del de 1848, en un Capítulo XIV de estructuración sistemática prácticamente idéntica a la que presentaba el recientemente derogado Capítulo X y ubicado asimismo en el Título dedicado a los «delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos». En su regulación se inspiran todos los Códigos posteriores, que mantendrán sustancialmente, con alguna modificación parcial, el esquema acogido en 1848 en la descripción de las conductas típicas.

En dicha estructuración ha seguido presente la lesividad originaria de carácter patrimonial, diluida, sin embargo, «perfilándose el delito en estudio como propio del funcionario público, que tiene a su cargo caudales o efectos públicos», como señala BLECUA, al incluirse junto a la genuina apropiación de fondos públicos del ahora artículo 432 Cp conductas de otra índole, como el abandono o negligencia en la custodia de fondos públicos, la desviación de fondos de un destino público a otro, el incumplimiento de obligaciones propias del funcionario y la no realización del pago que haya de efectuarse o la negativa a entregar la cosa puesta en su custodia o administración (arts. 395, 397 y 398 del Código penal de 1973 derogado). Ambos aspectos, patrimonial y de infracción de un deber público, se alteran a su vez con la denominada malversación impropia, especialmente con la ampliación de la sanción a particulares designados administradores o depositarios, por orden de autoridad legítima, de bienes embargados, secuestrados o depositados o a quienes estén encargados por cualquier concepto de fondos públicos (art. 435 Cp).

Sin necesidad de analizar los motivos que conducen a exacerbar la protección del patrimonio público y, paralelamente, de la función pública, sí puede señalarse que para explicar de manera uniforme el Capítulo que el Código ha venido dedicando a la malversación, producto quizás más de una evolución histórica asentada en criterios de utilidad que de una meditada decisión político-criminal sobre criterios dogmáticos, la doctrina y jurisprudencia aludirán constantemente a una doble naturaleza jurídica en la malversación: aceptando el indudable componente patrimonial que se observa en este delito, se destaca al mismo tiempo como elemento definitorio del mismo la deslealtad del funcionario, en cuanto infracción de su deber de comportarse en la gestión de los recursos públicos de conformidad con las normas aplicables a dicha gestión.

Siguiendo la expresión de SUÁREZ MONTES, y aunque posteriormente se cuestionará esta afirmación, no obstante de amplio consenso doctrinal, la «polimórfica tipificación» del ahora Capítulo VII podría implicar el reconocimiento por el legislador de una dualidad de contenido, basado en «la violación de un deber jurídico propio de ciertas funciones sociales», sin posibilidad de afirmar, sin embargo, «que el aspecto patrimonial carezca de toda relevancia en la estructura del presente delito».

Con todo, la opción que, tomada en 1848, ha mantenido el legislador español hasta la fecha se quiebra con los últimos intentos de reforma global del vigente Código penal de 1973. Así, en tanto los artículos 482 a 486 del Título X, Capítulo VII, rubricado «De la malversación de caudales públicos», del Proyecto de ley orgánica de Código penal de 1980 y los artículos 409 a 413 de la Propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal de 1983 apenas varían la dirección sustancial de la normativa derogada, en el Capítulo VII del Título XVI del Proyecto de ley orgánica de Código penal de 1992, rubricado «Delitos contra la Administración Pública», los artículos 413 a 415 recogen únicamente las conductas incriminadas en los artículos 394 y 396 del Código penal de 1973, así como, con ciertas variaciones, la disposición extensiva específicamente prevista por el artículo 399, en relación a muy concretos fondos de naturaleza pública o privada. Ni el abandono o negligencia inexcusable que da lugar a la sustracción de caudales o efectos públicos, ni la aplicación de éstos a destino público diferente del previsto, de los artículos 395 y 397, respectivamente, del antiguo Código penal, se contemplan en la redacción del Proyecto. Tampoco se hace referencia alguna a las peculiares conductas descritas en el controvertido artículo 398 Cp.

Insistiremos posteriormente en ello, pero interesa ya destacar cómo en el Proyecto de 1992, de las conductas consideradas conforme a la legislación derogada malversación de caudales, permanecen únicamente las que a menudo se han descrito como de más evidente contenido patrimonial. A este respecto la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992 señalaba que se pretende con la reforma suprimir respecto del texto actual «aquellas modalidades de malversación que únicamente son aplicación incorrecta del presupuesto», que en opinión del legislador «deben relegarse al ámbito administrativo», pareciendo con ello que definitivamente quisiera destacarse el aspecto patrimonial que define —para la doctrina dominante al menos en parte— el delito de malversación.

El criterio patrimonial lo seguía teniendo en cuenta el Proyecto, además, tanto para graduar la pena a imponer, diferente según la «sus-

tracción» alcance o no la cantidad de cincuenta mil pesetas (art. 413), como para agravar la sanción en casos de destino de los fondos puestos a cargo del funcionario a usos ajenos a la función pública, cuando no se reintegre en determinado plazo la cantidad distraída (art. 414), aspectos ambos también tomados en consideración en la previsión del Código derogado. La relevancia del aspecto patrimonial se destacaba asimismo por la exigencia expresamente contenida en su artículo 413.1 de que concurra ánimo de lucro en el sujeto activo, así como por la agravación contemplada en el número 2 del mismo artículo, prevista «si la malversación revistiere especial gravedad o si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratase de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública». Sin olvidar, por último, que el Título XVI en que se inserta ese Capítulo VII, abandonando la nominación tradicional, acoge la de «Delitos contra la Administración Pública» y que se seguirá equiparando al particular encargado de fondos públicos con el funcionario público en determinados casos.

En el Texto finalmente entregado por el Gobierno al Parlamento como Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1994 los arts. 410 a 413, ubicados en el Capítulo VII del Título XVI, dedicado a los Delitos contra la Administración pública, mantienen similar redacción a la prevista por el Proyecto de 1992, que apenas sin variación ha pasado a ser normativa vigente, tras la entrada en vigor del Código penal de 1995 mediante Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en los arts. 432 a 436.

Al margen de las novedades ya reseñadas, que destacan el carácter patrimonial de esta figura —reinterpretado, no obstante, como posteriormente se pondrá de relieve desde una perspectiva sustancial atenta al correcto ejercicio de la función pública—, interesa subrayar la atenuación de las penas de la nueva regulación —recuérdese que el derogado art. 394 en su número cuarto permitía imponer la pena de reclusión menor para apropiaciones de más de 2.500.000 pts., sanción equivalente a la que merecía el delito de homicidio— y la exigencia de ánimo de lucro en los arts. 432 y 434, que, sin embargo, poco puede aportar, al menos en la interpretación del primero de los artículos, en cuanto ya en la regulación derogada éste estaba implícito en el ánimo de apropiación reconocido como exigencia típica. Mención expresa merece la introducción de un nuevo precepto que no sólo distorsiona el entendimiento sistemático de la malversación, sino que va a originar no pocos problemas de índole concursal con el resto de preceptos del Capítulo y cuestionar esta naturaleza patrimonial que se viene proponiendo.

II.- EL OBJETO JURÍDICO TUTELADO EN EL NUEVO CAPÍTULO VII

1.- La pretendida doble naturaleza jurídica de los diferentes tipos de malversación

Es usual en la doctrina española aludir a la doble naturaleza de este delito, en sus diferentes conductas típicas, o, en otros términos, a su carácter «pluriobjetivo», cuando se trata de definir su objeto de protección, en cuanto se considera menoscabado tanto el deber de fidelidad del funcionario, o persona asimilada, como el patrimonio público. En este sentido señalaba CUELLO CALÓN, en relación a los arts. 394 y ss. del Código de 1973, que siendo esencial la violación del deber de fidelidad del funcionario público, este delito reprime tanto el perjuicio económico como el abuso de confianza depositada en él, esto es, «estaremos ante un doble aspecto, de infracción de la probidad y de lesión de los intereses patrimoniales del Estado», opinión que matizaba FERRER SAMA aludiendo a una triple pluralidad de intereses lesionados: por una parte, el quebrantamiento de especiales deberes impuestos a determinadas personas por virtud del ejercicio de funciones públicas; por otra, un ataque a intereses de índole patrimonial; y, por último, el perjuicio al Estado o a otras entidades públicas.

La denominación de delito contra la Administración pública que recibe en el Código penal actualmente vigente, así como en los Proyectos de 1980, 1992 y 1994, o de delito de los cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, conforme señalaba el Título VII del Código penal derogado, no obsta para que doctrina y jurisprudencia resalten el componente patrimonial de la malversación.

Una primera aproximación al objeto de protección de lo que el Código penal denomina malversación, a partir de la descripción de las conductas típicas que el legislador agrupa bajo dicha denominación, permite advertir esa dirección lesiva de carácter patrimonial, en cuanto que las conductas de apropiación y destino a usos ajenos a la función pública tipificadas pueden implicar un menoscabo, definitivo o no, de fondos de titularidad pública. La propia génesis de la actual malversación, que encuentra en el *peculatus* romano su más remoto precedente incriminador, así parece indicarlo.

En algunas de las conductas que describía el antiguo Capítulo X el perjuicio patrimonial era evidente, y así lo destacan los autores, al producirse un desplazamiento patrimonial desde la Administración pública hacia el autor de la apropiación (así, en los arts. 394 ó 396), aún cuando tal desplazamiento no fuera definitivo, en tanto que en otros el per-

juicio cabría entenderlo producido, aunque sobre ello no se pronunciaba apenas la doctrina, si se observa que dicha Administración puede verse obligada a «proveer con otros medios económicos no previstos» las necesidades que los fondos no entregados o desviados (antiguos arts. 397 ó 398) debían cubrir, para no dejar desatendido un servicio público concreto ya presupuestado. De ahí que la doctrina dominante insistiera en el paralelismo entre el delito de malversación y el de apropiación indebida, independientemente de que se afirme que la malversación constituye un tipo especial propio o impropio, aceptándose, en general, que los tipos comunes contra el patrimonio son aplicables subsidiariamente cuando falte el elemento personal requerido en el sujeto activo.

En esta línea de argumentación, aunque prescindiendo de una consideración patrimonial tradicional, QUERALT ya con la legislación derogada incluía la malversación de caudales entre los delitos contra el orden socioeconómico, en virtud del ataque que se produce contra la Hacienda pública. Para este autor lo que está en juego inmediatamente es la Hacienda pública misma en su vertiente del gasto, no tanto el deber de fidelidad o la capacidad prestacional de los poderes públicos, como sostendrá respecto al resto de delitos de funcionarios. Este carácter patrimonial del delito lo destaca basándose especialmente en la excusa semiabsolutoria contenida en el párrafo 2.º del artículo 395 derogado, similar a la del actual art. 433. A su juicio, en mi opinión acertado, si el núcleo de estos preceptos fuese la infracción de un deber, este párrafo 2.º carecería de sentido. Del efecto semiabsolutorio de la devolución de los fondos se infiere, como él señala, que el acento de la tutela penal recae sobre el mantenimiento de la capacidad económica de la Administración, pues es evidente que dicha devolución no subsana la infracción del deber ya consumada. El interés en lograr la restitución, primándola con una considerable atenuación de la responsabilidad, revela el carácter básico de la tutela patrimonial, en tanto que la infracción del deber sólo cobra sentido desde tal perspectiva.

Desde consideraciones similares, BLECUA, resaltando el carácter patrimonial de estas infracciones como base legitimadora de la tutela penal y anticipando la nueva regulación, proponía de *lege ferenda* hace una década la reducción de la variedad de las conductas típicas, señalando que el «delito de malversación de caudales públicos debería concebirse como una conducta de distracción definitiva o temporal de recursos públicos, realizada con ánimo de lucro, por parte de quienes son detentadores de tales bienes, tuvieran o no la condición de funcionarios públicos, sin perjuicio de la agravación que ha de aplicarse a quienes ostenten un cargo público». En definitiva, como él mismo señala, este grupo de delitos debieran reorientarse hacia el objeto material —cauda-

les y efectos públicos— dejando en segundo plano la condición de funcionario que pueda tener el sujeto activo.

Sin insistir en otras tesis, estamos ante posturas que de una u otra forma realzan la consideración patrimonial de los tipos de malversación, sin dejar de reconocer con ello la peculiar naturaleza del patrimonio afectado y el marco —el de la Administración pública— en que se desenvuelve la conducta del sujeto activo, notas distintivas que son precisamente las que conducen, a los mismos autores, a indagar el objeto de tutela de los artículos 394 y ss. del Código derogado partiendo de la ubicación sistemática del Capítulo X en el que se encuadraban, dedicado a los «delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos». Existía, además, cierto consenso doctrinal en intentar trascender o, al menos, redefinir el modo en que estos artículos protegen el patrimonio público, lo cual viene motivado por la inidoneidad de la concepción tradicional de los delitos contra el patrimonio para explicar suficientemente, de manera dogmática, la naturaleza de un Capítulo construido sobre las bases de una protección privilegiada de aquel patrimonio —por la naturaleza pública de los intereses en juego—, deudora también de un espíritu pragmático.

Por todo ello, a pesar de la aceptación doctrinal general del componente patrimonial de la malversación, han sido la cualidad del sujeto activo —su condición de funcionario, ahora también autoridad, o particular afecto a la función pública— y su específica relación respecto al objeto material del delito los elementos sobre los que tradicionalmente la doctrina ha venido entendiendo sustentado el injusto penal de este delito.

Baste aludir a SUÁREZ MONTES, autor tradicionalmente de obligada referencia para la doctrina española al estudiar la malversación, que se detiene de forma particular en el análisis de su naturaleza jurídica, «a la luz del Derecho positivo», llegando a la conclusión, asumida ampliamente por la doctrina dominante, de que esta figura no puede entenderse únicamente como un delito contra la propiedad cualificado por el carácter público del sujeto activo y del objeto material del delito, «puesto que semejante punto de vista [...] que tiene su apoyo en el peculado romano y el ejemplo de alguna legislación extranjera, nos parece de difícil acomodo al Derecho positivo español».

Los argumentos esgrimidos por SUÁREZ MONTES derivaban de las peculiaridades propias que ha presentado la configuración legal dada a este delito. En relación con el Código derogado señalaba, en primer lugar, que la figura del peculado, tipificada en el artículo 394, representaba sólo una de las variadas formas agrupadas bajo la denominación de malversación y que ni siquiera esa figura en concreto parecía reunir to-

das las características propias de los delitos contra la propiedad. En segundo lugar, que existían otras formas genuinas de malversación, como por ejemplo las omisiones recogidas en el artículo 395 y el propio artículo 394, que carecían de toda correspondencia en el Título XIII y otras —en referencia a los artículos 397 y 398— que no requerían lesión patrimonial. Por último, que la sanción de alguna de las modalidades resultaba incomprensible desde la perspectiva de los delitos contra la propiedad, en cuanto, por ejemplo, sujeto activo podía serlo el propietario de los caudales apropiados, e incluso sin que se vea perjudicado el derecho del acreedor.

Además de las razones apuntadas, insistía SUÁREZ MONTES en que «el deber de fidelidad inherente a dichos cargos no se agota en el respeto que inspira el patrimonio ajeno, sino que impone conductas positivas como lo demuestra incuestionablemente la existencia de tipos de malversación por omisión». Y en su opinión, el deber de fidelidad no se refiere aquí a algo abstracto, general a toda la función pública, sino a los concretos deberes que se especifican a lo largo de los varios tipos legales.

Por ello, aunque reconocía la relevancia del aspecto patrimonial en la estructura de la malversación y observa que son las «formas más graves de infidelidad en la gestión del patrimonio público las que son elevadas a la categoría de delito, bien porque entrañan un perjuicio efectivo, bien por el peligro de que éste se produzca», entendía que la infidelidad poseía una «significación autónoma», cifrando así el contenido principal del injusto de los delitos de malversación en el desvalor de acción, en la infidelidad —infracción de deberes concretos—, sin negar el desvalor de resultado de la lesión patrimonial, relegado a un segundo plano.

Esta primacía del carácter de deslealtad sobre el quebranto de tipo patrimonial como elemento fundamental del injusto es subrayada por la mayoría de los autores de nuestra doctrina jurídico-penal antes de la entrada en vigor del Código de 1995, en posturas que tienden a reafirmar el distanciamiento de la malversación de los delitos contra la propiedad del entonces y ahora Título XIII y a primar, en virtud de su ubicación sistemática en el que hoy es Título XIX, entre los delitos contra la Administración Pública —pero en el Código derogado, delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos—, la importancia del elemento personal, siendo al analizar el contenido de la figura del derogado artículo 397 y, en menor medida, también de la que describía el artículo 398 cuando se presta especial atención al aspecto puramente funcional, poniendo de manifiesto la doctrina y jurisprudencia el alejamiento de la conducta en ellos descrita de aspectos estrictamente patrimoniales.

2.- Superación de la explicación tradicional de los delitos de malversación: la protección del ordenado funcionamiento de la Administración en la gestión del patrimonio público

En relación con la regulación ya derogada y observando que el antiguo Capítulo X se ubicaba en un Título VII dedicado a los «Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», desde una perspectiva sistemática éste debía representar un dato particularmente destacado a la hora de interpretar los tipos que se incluyen en él. Sin embargo, y como se ha señalado, la doctrina no se ha ceñido con exclusividad a la rúbrica de dicho Título para definir el bien jurídico protegido. Ya FERRER SAMA aclaraba con un matiz crítico que ello era así pues excepcionalmente en este caso el Código optaba por un criterio de agrupación de las diferentes figuras incriminadas —la cualidad de funcionario público del sujeto activo— muy distinto del del bien jurídico, que no obstante es la base de sistematización del resto de Títulos.

En este sentido, reiteradamente se ha puesto de relieve además cómo ni la exigencia de la condición de funcionario público que ha de tener el sujeto activo era tal en la totalidad de delitos que el Título incluía, ni dejábamos de encontrar dicha condición en otros tipos fuera de él. Y aunque como residuo histórico haya permanecido largo tiempo una rúbrica en la que se ponía de relieve una característica más o menos común a una serie de delitos de escasa semejanza, la tendencia del legislador materializada ahora también en el nuevo Capítulo VII ha sido la de conceder prioridad a la idea del bien jurídico como criterio sistematizador —y de interpretación, por tanto— de las distintas infracciones penales. «Tan dispares y heterogéneas son las figuras delictivas encuadradas en el Título, [...] que no cabe ejercitar un análisis en conjunto de su naturaleza», señalaría en relación con esta idea QUINTANO.

Con todo, y aun aceptándose sin reparos esta crítica, la doctrina ha recurrido al elemento común del que ahora es el Título VII del Código, la cualidad del sujeto activo, al definir el objeto tutelado en sus diversos tipos. Ahora bien, en una remisión ya tradicional, como señalara OCTAVIO DE TOLEDO, exigiendo un replanteamiento de las categorías de «fidelidad, probidad y deberes del servicio» de la doctrina tradicional, «seguir una perspectiva unilateral de vinculación de los delitos de funcionarios con el Estado [...] determina la configuración exclusiva de los 'delitos de funcionarios' como infracciones del 'deber del cargo', del deber dimanante de la relación que liga al funcionario con el Estado». Son múltiples las causas que producen históricamente una afirmación de la teoría del «deber del cargo», que, sin embargo, como él advierte, «no resiste un análisis comparativo de los resultados, en punto a bien

jurídico». El «deber del cargo» no puede constituirse, en sentido técnico jurídico-penal, en objeto de protección penal, ya que, en todo caso, su relevancia se establece como concepto que existe en función de la protección de un verdadero bien jurídico. Aún más, añade, «el sostenimiento del 'deber del cargo' como objeto de protección de los 'delitos de funcionarios' implica, además de una concepción política inaceptable, una visión formalista y abstracta del bien jurídico, incompatible con las funciones limitadoras del *ius puniendi* estatal que [al bien jurídico] le son comúnmente atribuidas».

Es aceptable desde un punto de vista objetivo, como subraya BACIGALUPO, entender que la infracción de un deber esté presente y sea relevante, en tanto que «la legalidad de la actividad administrativa y el correcto ejercicio de la potestad administrativa dependen de su ejercicio en forma adecuada a los deberes del funcionario», puestos éstos en referencia a los principios democráticos y al ejercicio del servicio público. De ello no debe derivarse, sin embargo, y como él mismo indica, que «la infracción del bien jurídico se produzca cada vez que el funcionario infrinja uno de tales deberes».

Analizando los concretos deberes que aparentemente dan contenido a los tipos integrados en el antiguo Título VII del Código penal y que se proponen como contenido exclusivo de los distintos «delitos de funcionarios», se comprueba, como señala OCTAVIO DE TOLEDO, que, en realidad, tales deberes no agotan dicho contenido, sino que simplemente guardan una relación de funcionalidad con el bien jurídico. Por ello, parece acertado considerar, como él añade, que «no es admisible que tales deberes cobren independencia respecto a dichos bienes jurídicos, de manera que adquieran el rango de una nueva categoría, a través de una fosilización de los bienes jurídicos que constituyen su esencia», sino que la infracción de los deberes, por ejemplo, de custodia y administración de los recursos públicos, constituirá el presupuesto objetivo necesario para la afirmación de una lesión penalmente relevante del patrimonio público —verdadero bien jurídico protegido en algunos delitos de aquel Título VII como la malversación— por parte del funcionario público.

Por ello, como destaca GARCÍA ARÁN, es necesaria la configuración objetiva del deber de que se trate, dado que la antijuricidad material de una conducta no puede afirmarse exclusivamente en virtud de su infracción, centrandó el injusto típico no en la relación funcional, sino en la protección de las diversas cualidades que deben acompañar el ejercicio de la actividad administrativa. Consecuentemente, el objeto jurídico protegido en los «delitos de funcionarios» se debe analizar desde una perspectiva indagatoria de tales cualidades, que, como la correc-

ta administración de los fondos públicos conforme a los principios de legalidad, objetividad e imparcialidad, han de constituir la auténtica base del bien jurídico protegido. En la concepción del «deber del cargo» para definir el injusto de los delitos de funcionarios se traduce una visión autoritaria de la actividad administrativa incompatible con un Estado social y democrático de derecho, que obliga a una reformulación de dicha concepción en una línea de materialización de carácter institucional.

Así, con la intención de superar una configuración subjetiva de estos delitos, evolucionando desde la deslealtad hacia un referente objetivo de menoscabo del ordenado funcionamiento de la Administración pública, se han propuesto nuevas fórmulas conceptuales, materializadas si se quiere de dichos deberes.

Desde la perspectiva que se adopta en la crítica al deber del cargo como principio fundamentador de un injusto penal, la reiterada doble naturaleza del delito de malversación de caudales públicos ha de ser reinterpretada. La infracción del deber no puede residenciarse en la fidelidad o lealtad, sino en la salvaguarda de un interés digno de protección penal, que compete especialmente a quien se encuentra en situación especial de dominio sobre dicho interés. De otra forma la deslealtad queda vacía de significado y diluye el contenido material del injusto de forma incompatible con un Derecho penal del hecho.

En el ámbito de la actuación de los funcionarios públicos, los intereses a proteger se enmarcan en los objetivos que caracterizan el servicio que fundamenta la existencia de la Administración: un servicio que debe atender a los imperativos de legalidad, objetividad y eficacia en el cumplimiento de los fines asignados. Como indican MORILLAS y PORTILLA, se trata de reestructurar los delitos de funcionarios «excluyendo aquellas tesis que basan el bien jurídico en la subordinación 'oficial', para fundamentarlo en las exigencias del ciudadano frente a la actuación del Estado».

Así lo subraya también ORTS BERENGUER al insistir en que «no reside [el objeto de protección] en los deberes de fidelidad y probidad del funcionario para con la Administración, aunque tales deberes existan [...] sino en el acervo público y los servicios prestados por la Administración». E incluso autores como OLESA o SUÁREZ MONTES, para quienes el «deber de lealtad» constituye elemento conceptual básico en el entendimiento de la malversación, definen el bien jurídico de este delito aludiendo al «buen orden y prestigio de determinados servicios públicos» y al «acervo público y los servicios prestados por la Administración». En el más reciente estudio de CUAREZMA, refiriéndose a la figura descrita en el antiguo artículo 394 señalará este autor que esta-

mos ante un delito que protege los caudales o efectos públicos como «presupuestos del ideal cumplimiento de la función patrimonial del Estado», como «sustrato esencial de los servicios públicos». Análogamente, en relación al también antiguo artículo 397, entiende que la protección penal se proyecta «sobre la adecuada aplicación del patrimonio público [...]. Protege pues, la buena marcha y ordenación presupuestaria». Y en ambas definiciones se omitirá ya toda referencia a la infracción de deberes por parte del funcionario.

El mantenimiento del buen orden de la Administración pública compete lógicamente de modo directo a los encargados del desarrollo de la función pública; de ahí la consideración de la malversación como «delito de funcionarios». Pero, objetivados los deberes del funcionario público y su infracción en conceptos referentes a la lesión del buen funcionamiento de los servicios públicos o de las diversas funciones que incumben al Estado y, en concreto, a las Administraciones públicas, la importancia que ha de otorgarse a la cualidad de funcionario público en la determinación de la antijuridicidad material de la conducta se debe asociar a la relación funcional con la lesión del bien jurídico. El depósito del ejercicio de la función pública en manos del funcionario coloca al bien jurídico en una posición de especial vulnerabilidad respecto a estos sujetos. Por tanto, la protección de las funciones públicas ha de tomar en consideración esta situación especial que podrá implicar un mayor desvalor de acción derivado de la específica función de protección de ciertos bienes jurídicos, aunque la infracción de esta función —la infracción de los deberes en los que se concreta el correcto ejercicio de las funciones públicas— adquirirá únicamente relevancia en cuanto presupuesto objetivo determinante de la lesión del bien jurídico. Expresado en otros términos, el contenido material de antijuridicidad que se exige para la intervención del Derecho penal no se satisface en la mera infracción de un deber del cargo, sino que es necesario que esa infracción comporte una cierta entidad para afectar al correcto funcionamiento de la Administración. E incluso este correcto funcionamiento, conforme a legalidad, objetividad y eficacia, constituye una referencia demasiado general e insuficiente en sí misma para determinar la necesidad de tutela penal. Por ello, sólo pasa a ser objeto de tutela penal cuando su afección se acompaña de lesión a intereses que pueden cifrarse de forma específica, como es en nuestro caso el interés en el mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y en su correcta gestión.

La tendencia a materializar los deberes de fidelidad y probidad del funcionario en su relación con la Administración en el correcto ejercicio de la función pública permite centrar el objeto de tutela de los denominados delitos de funcionarios en el ordenado funcionamiento de di-

cha Administración. Pero para redefinir el ámbito de tutela de cada uno de los delitos cuyo menoscabo puede prevenirse a través de las previsiones que integran el actual Título XIX del Código hemos de detenernos en la normativa, función y características propias de cada espacio de actuación administrativa, rehuendo la generalización y abstracción que se predica de la teoría del 'deber del cargo' y concretando en cada particular ámbito de gestión pública aquel marco específico de actuación y, en consecuencia, el objeto realmente tutelado. En el ámbito de los delitos de malversación, el ordenado funcionamiento de la Administración tiene un referente concreto en la gestión de los caudales públicos.

Con ello, la interpretación tradicional del actual Capítulo VII del Título XIX, deudora aún de la teoría de la infracción de deberes, ha de ser superada a partir de una reformulada doble perspectiva.

Por una parte, en absoluto ha de primar el aspecto de la deslealtad, pues, aunque concurra, el injusto ha de definirse desde otros parámetros. La doctrina a menudo también alude a la deslealtad para explicar el delito de apropiación indebida del artículo 252 Cp o los delitos societarios de los arts. 290 y ss. Cp o al quebranto de la buena fe o confianza en el tráfico comercial en relación al delito de estafa y, sin embargo, no se duda en afirmar que es el patrimonio —o la propiedad, en su caso— el objeto de protección penal. Que esa deslealtad provenga de persona afecta a la función pública no parece que deba invitar a una conclusión distinta en relación a los delitos de malversación, aunque se pretenda establecer una protección privilegiada del patrimonio público en comparación con la que se prevé para el patrimonio privado, normalmente —pero no con exclusividad— frente a comportamientos de los sujetos encargados de su correcta gestión. Tal protección habrá de encontrar su fundamento en base a la contemplación de los peculiares intereses y fines de naturaleza pública que definen dicho patrimonio, que quizás puedan exigir el mantenimiento del destino de los bienes con mayor intensidad que en el caso del patrimonio privado.

Por otra parte, en los delitos de malversación el injusto queda cifrado en la lesión de la correcta gestión del patrimonio público en un sentido de perjuicio a su idoneidad para el cumplimiento de los fines propios de la Administración desde un punto de vista patrimonial. Incorrecto funcionamiento y lesión patrimonial coinciden y se superponen, o incluso puede afirmarse que constituyen anverso y reverso de una misma conducta; dos caras inescindibles desde el momento en que se trate de recursos públicos a cargo de un funcionario. Entendemos, por ello, que cuando se afecten otras funciones de los entes públicos, distintas de la patrimonial, serán otros los tipos que hayan de encontrar aplicación.

Y quizás la pretendida doble naturaleza de estos delitos provenga de la incapacidad dogmática conceptual para justificar «patrimonialmente» una protección adelantada y extendida del patrimonio público desde una mera observación del menoscabo cuantitativo de los fondos públicos, que evidentemente no se producía en algunas de las conductas descritas típicamente por el viejo Código y es hoy difícilmente explicable en relación con el novedoso art. 434 Cp.

El ordenado cumplimiento por la Administración de su función patrimonial pública se verá afectado cuando se perjudique la correcta ejecución del gasto público o, si se quiere, la correcta circulación de los recursos públicos, perspectiva dinámica de la que se derivan los deberes de los sujetos que vehículan la gestión administrativa, no se olvide, patrimonial.

Cuando en el ámbito de la malversación la doctrina alude a la lesión del ordenado funcionamiento de la Administración en la gestión de fondos públicos, no se está sino describiendo implícitamente, al menos parcialmente, la lesión del patrimonio público, en cuanto éste ya no puede satisfacer la finalidad a que está destinado y en cuanto, con ello, no puede desarrollar correctamente su función la Administración, en este ámbito de gestión. Y al mantener la lesión o puesta en peligro del patrimonio público —desde esta perspectiva— como dato a tener en cuenta para determinar el objeto de tutela de la malversación, trasladando al mismo tiempo el acento de la deslealtad del funcionario a la correcta gestión de ese patrimonio —que posibilita el cumplimiento de los fines a que está destinado—, nos aproximamos a una perspectiva funcional del concepto de patrimonio que permite explicar que el objeto de protección de estos delitos pueda identificarse entonces directamente con el patrimonio público.

Señala CUAREZMA, si bien únicamente en relación al peculado definitivo o de uso de los antiguos artículos 394 y 396 Cp, que «el peculado es un delito que protege los caudales o efectos públicos como presupuestos del ideal cumplimiento de la función patrimonial del Estado. O dicho con otras palabras, el objeto de protección del peculado no es otro que el patrimonio público, sustrato esencial de los servicios públicos». Ha de añadirse a nuestro juicio que no un patrimonio en su concepto estático, en cuanto menoscabo cuantitativo de un haber contable, sino un concepto dinámico, en que prima la idoneidad del conjunto económico individualizado para llevar a cabo la finalidad a que estén destinados los caudales públicos. Una óptica funcional —desarrollada doctrinalmente en el ámbito de los delitos patrimoniales tradicionales, particularmente en el marco del delito de estafa—, consideramos que permite afirmar el carácter exclusivamente patrimonial del objeto jurídi-

co tutelado en las diferentes formas de malversación. Perspectiva, por otra parte, fácilmente admisible teniendo en cuenta que se trata de la protección de un patrimonio público, sometido normativamente, por tanto, a determinadas previsiones presupuestarias y a un concreto proceder en la ejecución del gasto y vinculado a la consecución de unas finalidades objetivadas jurídicamente.

No se sostiene que la «infracción de deber» que compete al funcionario haya de ignorarse para explicar el significado de estos delitos, pero se ha de rechazar a la hora de concretar el objeto de tutela penal, como señala GARCÍA ARÁN, «una concepción subjetiva del deber, que sitúa en primer plano el quebrantamiento de la confianza que el Estado deposita en el funcionario, desplazando el contenido objetivo del deber a cumplir», contenido objetivo que ha de recuperarse como bien jurídico propio de cada figura legal. En este sentido, el deber del funcionario, la correcta ejecución del mismo, no es un interés penal *per se*, sino presupuesto instrumental de protección del verdadero interés jurídico-penal. Parece acertado, por ello, seguir las posturas que oponiéndose a una visión del funcionario que actúa solamente en interés del Estado pretenden objetivar su deber, negando que el injusto descansa en la lesión de la relación funcional y cifrándolo en el correcto ejercicio de la función pública, siempre desde la perspectiva de los ciudadanos, frente a los cuales el deber de la Administración y de sus órganos operativos físicos —los funcionarios— cobra auténtica relevancia penal.

Por ello, y para concluir, en mi opinión el objeto de protección se cifra en el patrimonio, público, en su mantenimiento y gestión en orden a salvaguardar su idoneidad para cumplir los fines patrimoniales previstos —esto es, en un patrimonio que se define funcionalmente— porque precisamente la objetivación de los deberes del funcionario en este ámbito se asocia a la relación que le une con dicho patrimonio; no se olvide que de entre la amplia gama de delitos contra la Administración pública, la malversación se dirige precisamente contra el cumplimiento de la función patrimonial en el modo en que a dicha Administración corresponda. Evidentemente no podrá aceptarse un concepto estático de patrimonio —en cuanto menoscabo cuantitativo de un haber contable que no necesariamente ha de producirse—, para comprender las peculiaridades de la configuración legal de la malversación; sí un concepto dinámico, en que prime la idoneidad del patrimonio para llevar a cabo la finalidad a que estén destinados los caudales públicos. Lo subrayan MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, en relación con el nuevo art. 433, al indicar que «la protección funcional del patrimonio de la Administración como soporte básico de políticas de intervención enderezadas a la satisfacción constitucional de los intereses generales queda garantizada (al menos, parcialmente), con la propia plasmación del peculado

por distracción», señalando ya con carácter general que «la especial naturaleza del mismo [patrimonio], la vinculación entre sujeto activo y objeto material, así como las ampliaciones comprendidas en el art. 435 CP [...] junto con la posibilidad de reintegro (y la consiguiente incriminación del peculado de uso), apuntan a la delimitación de una pluriforme protección de un mismo bien jurídico, el patrimonio, que se presenta entonces instrumental, esto es, al servicio de la satisfacción de los intereses generales a que el art. 103.1 CE se refiere». De tal modo que cuando en el ámbito de este delito la doctrina acude a la lesión del ordenado funcionamiento de la Administración para definir su objeto de tutela, entendemos que no se está sino describiendo implícitamente la lesión funcional del patrimonio. En la malversación es evidente el interés por salvaguardar un patrimonio público mediante el cual la Administración, gestionando unos fondos desde el sometimiento a la normativa correspondiente, satisface las oportunas necesidades públicas. Qué duda cabe que existe un interés en la «pureza» de la Administración pública, en el cumplimiento de los deberes profesionales o la actuación del funcionario conforme a su deber. Del interés en el correcto ejercicio de la función pública, al margen de otras consideraciones y en relación a la malversación, depende la óptima gestión de unos fondos de la que a su vez se deriva la satisfacción de intereses del administrado. Pero, en este sentido, lo interesante de la concepción funcional del patrimonio es que, sin necesidad de recurrir a la admisión de una doble naturaleza jurídica que la doctrina mayoritaria estima presente en dicho delito, permite reconducir la perspectiva del correcto ejercicio de la función pública a una visión puramente patrimonial, teniendo en cuenta, no obstante, las peculiaridades del patrimonio público, que, en su caso, podrían «quizás» explicar una protección diferenciada, al margen de la que prevé el Título XIII del Código para el patrimonio privado.

III.- CONDUCTAS TÍPICAS INCRIMINADAS

1.- Elementos comunes a los tipos actualmente vigentes

La diversidad de conductas que se sancionan en los artículos 432 a 435 Cp no impide encontrar en ellas varios elementos comunes. Doctrina y jurisprudencia cifran éstos, al margen de las particularidades del art. 435, en el carácter público de los caudales o efectos malversados —objeto material del delito—, la cualidad de funcionario del sujeto activo y la especial relación que se exige entre ambos elementos o relación funcional que el sujeto activo, funcionario, ha de tener con el objeto material del delito, los caudales públicos.

Sin ahondar en el estudio de estos tres aspectos en los que tradicionalmente se insiste al comentar estas conductas, en cuanto elementos del injusto típico en su parte objetiva, sí interesa precisar una serie de cuestiones.

Así, por caudal público ha de entenderse, conforme señalan doctrina y jurisprudencia mayoritarias, cualquier clase de bien mueble con valor económico, dinero, efectos negociables, etc. y, en mi opinión de modo muy discutible, la mano de obra, concepto indiscutido que habrá de extenderse al menos en algún supuesto a los bienes inmuebles, por expreso reconocimiento legal en el nuevo art. 434 Cp, bien entendido que dicha previsión no debe afectar al concepto propuesto para el resto de preceptos.

La interpretación sobre la cualidad pública de los caudales ha sido fuente de tradicional debate, resuelto jurisprudencialmente en favor de la postura, aceptada doctrinalmente, que exige únicamente para afirmar dicha cualidad la pertenencia de los mismos a la Administración, en sentido amplio, siendo incluso suficiente que estén destinados al erario público. Para que adquieran tal condición pública bastará, por tanto, la mera entrega al funcionario, aun cuando debiéndose haber incorporado al patrimonio de la Administración no se realice dicha incorporación, siempre claro está que exista un derecho expectante. La casuística a este respecto es, no obstante, extremadamente rica, admitiéndose como públicos, por ejemplo, los giros o postales telegráficos, por cuanto el Estado garantiza el pago de la cantidad girada, las tasas adeudadas al Ayuntamiento que el Alcalde ingresa en una cuenta particular o los intereses generados en una cuenta bancaria particular por los fondos malversados e ingresados en la misma, así como el dinero ingresado por el cobro de multas y del servicio de grúa y no en cambio el correo ordinario, los cheques emitidos por simple certificado o las cantidades ingresadas en la Caja Postal en un plan de ahorro, distinciones que la Jurisprudencia realiza a partir de la apreciación o no de tres requisitos que determinan la condición de público: así, la incorporación a las actividades que la Administración desempeña, la vinculación a un funcionario que adquiere unos deberes de custodia y la responsabilidad de la entidad pública derivada de la infracción de tales deberes. El art. 435, sobre el que luego se insistirá en relación con la condición de funcionario público, amplía el objeto material a bienes embargados, secuestrados o depositados, aunque pertenezcan a particulares.

En cuanto a la condición de funcionario público del sujeto activo, ésta viene definida a efectos penales por el artículo 24.2 Cp, que acoge un concepto más amplio que el que impera en el ámbito administrativo—incluyéndose tradicionalmente a quienes ostentan el carácter de auto-

ridad, con lo que la incorporación de este término a los arts. 432 a 434 no va representar ninguna extensión en la aplicación de los preceptos—, exigiéndose únicamente la participación en el ejercicio de funciones públicas y una legitimación de la misma desde una perspectiva más de orden material que formal; más aún en relación con el art. 435, que extiende la incriminación prevista por los arts. 432 a 434 a particulares encargados de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas y administradores o depositarios de efectos públicos o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, extensión fundamentada en la importancia de los bienes afectados y la lesión por el particular de la función a que están adscritos los mismos, pero a mi juicio difícilmente explicable cuando tales bienes no pueda entenderse participan de una naturaleza pública. Téngase en cuenta que este precepto permite, incluso, sancionar a quien «malversa» sus propios bienes, embargados por autoridad judicial. Más parece que este precepto, quebrando la interpretación sistemática del Capítulo VII, favorecida con el nuevo Código, protege no ya la correcta gestión del patrimonio público, sino decisiones de la Autoridad.

El círculo de la autoría —idoneidad de las personas que podrán ser sujeto activo del delito, dentro de esta concepción que tradicionalmente se ha dicho hace de la malversación un delito especial propio o impropio, según sea la modalidad comisiva— aún se restringe más por la exigencia de una especial vinculación con los caudales. Esta vinculación debe consistir en que el funcionario «tenga a su cargo por razón de sus funciones» los fondos malversados (arts. 432 y 433). Como señala ETXEBARRIA, en relación con la reciente sentencia de 25 de marzo de 1996, es precisamente «que sea el funcionario específicamente competente para el manejo o custodia de los fondos quien los aparta de su función lo que determina que el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado se vea comprometido». Pero una interpretación excesivamente amplia de esta vinculación, como señala este mismo autor, puede conducir a una desnaturalización del delito, por cuanto el abuso del cargo es un elemento esencial del mismo, no ya en relación con el objeto de tutela, pero sí por la configuración típica que requiere posibilidad de disposición de los fondos. No se trata de sancionar genéricos deberes de fidelidad sino el quebranto de la función a que están destinados los fondos públicos porque quien los administra o custodia facilita dicho quebranto. En este orden de cosas, la desaparición de la expresión «a disposición» es irrelevante en cuanto dicha disposición, fáctica o jurídica, está comprendida en la nueva formulación «a su cargo».

2.- Las distintas conductas típicas

El tipo tradicionalmente de contenido más genuinamente patrimonial del ahora Capítulo VII ha sido el equivalente al actual art. 432 Cp. En él se describe como conducta típica una «sustracción» de caudales públicos, que la jurisprudencia interpreta ampliamente como comprensiva de separar, extraer, quitar, despojar o desviar los caudales de las necesidades del servicio, haciéndolos suyos un funcionario; en expresión de QUERALT, «retirar definitivamente del acervo público el dinero u otros efectos». Como advierte SUÁREZ MONTES, en realidad no estamos ante una sustracción sino ante una apropiación, que consiste «en el comportamiento del sujeto que dispone de la cosa como si fuera dueño, realizando sobre ella actos de dominio incompatibles con el título de su posesión» o, como indica de modo más exigente OLESA, en «extraer los caudales del ámbito público en que se hallaban situados, para colocarlos bajo el dominio privado del agente». En definitiva, y dada la disponibilidad física de los fondos malversados, estamos ante una genuina conducta de apropiación en sentido estricto y no de sustracción, si bien ha de tenerse presente que lo relevante en un caso y en otro, como se pone de relieve al estudiar la distinción entre los delitos de hurto y apropiación indebida, es el concepto de apropiación en cuanto incorporación patrimonial del sujeto activo, con independencia de cuál sea la dinámica comisiva mediante la que se materialice dicha incorporación. Como señala ETXEBARRIA, cuando los caudales no pueden considerarse públicos o quien los sustrae no tiene la condición de funcionario o siéndolo no tiene los caudales a su cargo, habrá que recurrir a los tipos de hurto o apropiación indebida, en su caso apreciando la agravación genérica del art. 22.7.^a o la específica del art. 438 Cp.

En el mismo artículo 432, y junto a la conducta de apropiación, se contempla —en lo que es particular del Código español— la comisión por omisión del delito, al incriminarse con idéntica pena el consentimiento en la sustracción por otro, tácito o expreso, de los caudales o efectos que el funcionario tiene a su cargo. Obviamente, y así lo subraya MUÑOZ CONDE, de dejar esta conducta sometida a las reglas generales de la participación en un hecho ajeno, el funcionario público que consiente, incluso facilitando, la sustracción de caudales públicos a su cargo, podría resultar privilegiado. El hecho de que la apropiación incriminada como malversación produzca una respuesta penal agravada respecto a la del delito de apropiación indebida explica que la participación omisiva se equipare a la misma, bajo similares circunstancias personales y objetivas, y se haga acreedora de idéntica sanción.

El carácter patrimonial en este artículo se acentúa en cuanto que, y pese a la reforma operada en los tipos comunes contra la propiedad e

incluso en este mismo precepto en relación a la determinación de la pena mediante el sistema de cuantías, se distingue que la sustracción alcance o no la cantidad de quinientas mil pesetas, además de preverse una agravación atendiendo al valor de las cantidades sustraídas. En todo caso, las penas se han reducido considerablemente, tanto para el tipo básico como para los tipos agravado y atenuado, lo que sin duda facilitará la aplicación de unos tipos que la Jurisprudencia en muchas ocasiones era reacia a aplicar, acudiendo frecuentemente, cuando era inevitable, a la vía del indulto. Interesa subrayar también que la agravación prevista por el n.º 2 del art. 432 no viene exigida sólo por la importancia de la cantidad sustraída —irrelevante si la sustracción no causa además un daño o entorpecimiento al servicio público—, sino también, de modo acertado, por el valor histórico o artístico de lo sustraído o su destino a aliviar alguna calamidad pública. Estamos ante conceptos que todavía habrá que ir definiendo pero que en su conjunto tratan de resaltar la especial condición del patrimonio público, destinado funcionalmente a la satisfacción de intereses de carácter general.

En cuanto a la novedad que introduce la exigencia de «ánimo de lucro», poco va a aportar en cuanto el concepto de sustracción, reinterpretado en el sentido de apropiación implica una incorporación definitiva al patrimonio del sujeto activo o del de aquél a quien se consiente la sustracción, derivando de dicha incorporación un lucro que puede identificarse con el beneficio derivado de la apropiación misma; y difícilmente podrá entenderse requisito adicional la obtención de un beneficio ulterior al que produce dicha apropiación, con lo que no parece aportar nada que no exija ya el dolo típico, salvo en el caso de quien, sin incorporación a su patrimonio, consiente la sustracción.

En el artículo 433 Cp se incrimina el denominado peculado de uso o impropio, esto es, la aplicación de fondos a usos ajenos a la función pública, conducta similar a la incriminada en el artículo 432, pero diferenciada de ésta según doctrina dominante por el elemento subjetivo concurrente en uno y otro caso, ánimo de apropiación definitivo o temporal, o, como reitera la jurisprudencia, *animus rem sibi habendi* o *animus rem sibi utendi*.

La prescripción del párrafo segundo de este artículo 433 Cp viene, sin embargo, a adulterar la distinción aludida, al establecerse una presunción de culpabilidad, que el legislador prácticamente convierte en presunción *iuris et de iure* —al menos por los efectos penológicos que de ella se derivan—, de existencia de ánimo apropiatorio definitivo cuando no se verifique el reintegro en un plazo de diez días —a contar desde la incoación del proceso, y no como indicaba el Texto derogado del sumario—, aunque al mismo tiempo y en sentido inverso —de nue-

vo en un intento de primar la recuperación de los fondos apropiados— la misma disposición abre una vía que permite escapar al funcionario de las penas, ahora ya menos graves, contenidas en el artículo 432 Cp. En todo caso, la jurisprudencia, aplaudida por la doctrina, ha evolucionado hacia el reconocimiento de la posibilidad de desvirtuar la presunción, similar a la del Código de 1973, cuando existen otros medios probatorios del ánimo subjetivo diferentes del dato objetivo del reintegro, si bien lamentablemente no tanto en el sentido de evitar la aplicación del art. 432, ausente el reintegro, sino en el contrario de evitar la aplicación del art. 433 aun produciéndose el mismo.

Hay que destacar de este artículo que el evidente carácter patrimonial de la conducta descrita parece desdibujarse al suprimir la doctrina, ausente toda previsión legal, la exigencia de que, como en los tipos comunes contra la propiedad, concorra un ánimo de lucro que no se entiende necesario en este precepto, frente a la exigencia que sí contiene el art. 432 Cp, supresión que, sin embargo, quizás de nuevo pudiera entenderse debida únicamente a aspectos probatorios.

Ahora bien, tanto en el peculado propio como en el peculado de uso el sujeto activo obtiene una utilidad derivada de la incorporación a su patrimonio, aún temporal, de los fondos malversados, perjudicándose, en principio, el patrimonio público —no la propiedad—; conclusión que además ahora ya no hay que conciliar con la diferencia de penalidad prevista en el párrafo 1.º del antiguo art. 396 según concuerda o no daño o entorpecimiento del servicio público, elemento distorsionador en el acercamiento al objeto de protección de esta figura, siendo muy diversas las consecuencias que se derivaban de entender que estuviéramos ante un perjuicio que excede el propio daño derivado de la sustracción en sí o, por el contrario, ante dicho daño, pudiéndose llegar incluso, según la opción que se tomara, a imponer la pena de suspensión —a nuestro juicio equivocadamente— cuando el mismo no se producía y había únicamente una utilización indebida de fondos sin perjuicio, ni patrimonial ni de otra índole, alguno. En lo que respecta a la penalidad, es similar la que prevé el precepto actual en relación con la del antiguo art. 396 en su tipo básico, si bien ahora la multa sustituye a la inhabilitación.

En definitiva, la punición de la apropiación temporal también puede entenderse constituye una nueva particularidad de la protección del patrimonio público, una extensión de barreras en la protección penal del patrimonio del Estado y otros entes públicos, que en la del patrimonio privado sólo en muy concretos casos se adopta.

En el art. 434 Cp, con una pena sustancialmente más grave que la prevista para la distracción del art. 433 e incluso superior a la de la

modalidad atenuada del art. 432 CP para apropiaciones definitivas de menos de 500.000 pts., lo que sin duda dificultará la aplicación del precepto, el legislador ha introducido una nueva figura absolutamente desconocida en la legislación española y surgida en el último momento, como se ha señalado, «con nombre y apellidos». Se trata de la aplicación privada de bienes muebles o inmuebles de la Administración que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, efectúe la autoridad o funcionario público.

Poco se puede aportar todavía en relación con esta figura. Estamos, por una parte, ante una «aplicación privada» de bienes muebles o inmuebles que ya contempla, salvo en relación con éstos, el art. 433, del cual el nuevo artículo se distingue exigiendo la concurrencia de ánimo de lucro y «grave perjuicio para la causa pública», así como por la mayor gravedad de la pena a imponer. ORTS ha señalado, aludiendo, sin embargo, a un desproporcionado esfuerzo interpretativo, que el art. 434 abarcaría una aplicación privada de caudales de carácter más duradero que la del art. 433 Cp; más detenidamente, MORALES PRATS y MORALES GARCÍA señalan que podrán subsumirse en este precepto «todas aquellas conductas tendentes a la obtención de ventajas económicas derivadas de la utilización privada de bienes muebles o inmuebles de las Administraciones Públicas, siempre que no concorra ánimo apropiatorio ni desplazamiento físico del objeto material». Sin duda será la apreciación o no de «grave perjuicio» la que determine la aplicación de uno u otro precepto. La delimitación con el art. 432, presente en ambos el ánimo de lucro, habrá de venir dada por el carácter permanente o transitorio, aunque duradero, del uso de bienes públicos, bien entendido que la aplicación privada de inmuebles sigue encontrando cabida únicamente en este precepto, que, con ello, cuestiona la consideración de la malversación como delito de apropiación y que el ánimo de lucro en tales casos habrá de entenderse referido a la obtención de una ventaja diferente de la que pudiera generar una apropiación imposible en caso de inmuebles.

Por último, en el Capítulo VII se ubica también el artículo 435 Cp que extiende la sanción penal por las conductas descritas con anterioridad a quien no siendo funcionario público esté encargado o sea administrador o depositario de fondos de titularidad pública o de fondos privados embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, extensión cuya explicación se busca en la particular afección a la función pública, ya del sujeto de la acción típica, ya de su objeto. No encuentra la doctrina ningún obstáculo para admitir la equiparación en el primer supuesto, a pesar de la distinta naturaleza de las dos clases de fondos, por la notoria importancia de los bienes y su indiscutible carácter público, juzgándose excesiva, sin embargo, la equiparación en el se-

gundo supuesto, con la que quizás únicamente se busca el respeto a las decisiones de la autoridad. La jurisprudencia por su parte es constante en fundamentar el ahora artículo 435 sobre la base de una doble ficción más o menos criticable, basada en la naturaleza pública de las actividades que contempla: la de atribuir la característica de públicos a unos sujetos que no lo son propiamente y a unos caudales de por sí igualmente privados, en virtud de la función pública a la que son adscritos.

Desaparece de entre las figuras tipificadas como delito de malversación por el Código derogado, tras la entrada en vigor del Código de 1995, en primer lugar, la modalidad omisiva culposa del antiguo art. 395 que exigía una infracción «inexcusable», esto es, temeraria, del deber de vigilancia de los fondos públicos, que diera lugar a una sustracción por otra persona de caudales o efectos cuyo valor excediera de las 30.000 pesetas; figura de difícil comprensión patrimonial, encontrándonos en todo caso ante un adelantamiento o extensión de la protección del patrimonio público —en aras a una mayor garantía del mismo y a modo de protección cualificada respecto a la del patrimonio privado— que incrimina la mera negligencia en el cumplimiento del deber de custodia. Sin embargo, la interpretación de la excusa semiabsolutoria contenida en el párrafo segundo, que permitía atenuar la pena hasta la simple reprensión si se reparaba el perjuicio patrimonial, bien por reintegrarse los caudales por el propio funcionario, bien por realizarse las gestiones que conducían a dicho reintegro, induce a considerar la importancia que el legislador atribuía a que se produjera efectiva, y no sólo potencialmente, el perjuicio al patrimonio público. Realizado el comportamiento imprudente, es decir, la infracción grave de los deberes de guarda y custodia que competen al funcionario —y producido el resultado típico—, es evidente que el reintegro de lo malversado no subsanaba la negligencia cometida sino únicamente el desequilibrio contable.

Más alejado todavía de la perspectiva patrimonial, en cuanto exigencia de un perjuicio de esta índole, parecía en principio el antiguo artículo 397 Cp, también sin correlato alguno en el nuevo Código, que incriminaba la aplicación de fondos públicos a fines también públicos pero diversos de aquéllos a los que estaban destinados, siempre que los fondos públicos tuvieran asignada una finalidad precisa, concretada mediante ley, disposiciones de rango inferior, acuerdos de las corporaciones competentes o mandato de la autoridad a quien correspondiera, diferenciándose, como en el artículo 396, que se produjera o no un daño o entorpecimiento al servicio público y reduciéndose de nuevo la pena hasta la suspensión en este último caso.

La incriminación del artículo 397 se ha cuestionado desde un primer momento. Desde un criterio sistemático, que permite ordenar los ti-

pos penales de mayor a menor gravedad y atendiendo al mismo tiempo al aspecto de la lesividad, que permite comprobar la aparente ausencia, según interpretación tradicional —a mi modo de ver no del todo satisfactoria—, de quebranto patrimonial en esta infracción por no haber aplicación a usos privados, venía afirmándose la mucha menor gravedad de esta conducta en relación con las que describían los tipos precedentes. Parecer que se tornaba en crítica cuando se afirmaba que la alteración del destino de los caudales viene impuesta en ocasiones por las exigencias de la gestión del servicio público, llegándose a concluir que en realidad estábamos, al menos en el tipo básico, ante un mero delito formal. En este contexto se entiende la descripción jurisprudencial de la conducta en él contenida como «deslealtad a la ordenanza reguladora de la aplicación de caudales».

Por último, desaparece también el artículo 398 que, desvirtuando aún más el carácter patrimonial del Capítulo, comprendía en sus párrafos primero y segundo la no realización de un pago y la no entrega por parte del funcionario de una cosa puesta bajo su custodia o administración, respectivamente, sin que se distinguiera aquí ni la producción o no de perjuicio al servicio público, ni la motivación apropiatoria o no de la negativa. Concebido como de carácter subsidiario respecto al resto de los tipos del Capítulo, su aplicación suponía la no procedencia de otro más grave, resolviéndose el posible concurso por consunción. Se ha mantenido que se trataba de una sospecha o presunción sobre actos preparatorios de otros tipos y no parecía desacertado de antemano intuir que no estábamos sino ante un mero delito de desobediencia, difícilmente explicable en un Derecho penal del hecho, asentado sobre la lesividad a bienes jurídicos.

3.- Lesividad de las diferentes figuras de malversación

Que el patrimonio afectado con las conductas descritas en los artículos 432 ss. Cp sea de titularidad pública, con lo cual se ven menoscabados determinados intereses de todo un grupo social, puede motivar que el grado de protección sea más intenso que cuando únicamente se ven afectados intereses patrimoniales particulares y que, por ello, puedan adelantarse hasta cierta medida las barreras de protección penal, se amplíen los medios comisivos relevantes para la lesión del mismo bien jurídico y se prevean penas de mayor gravedad. Esta razón puede implicar una necesidad de sanción no sólo cuando se produce una efectiva merma patrimonial económica, sino en todo ataque contra el acervo público que afecte a su funcionalidad, poniendo en peligro su integridad, su disponibilidad o su destino a determinados fines.

Salvo concretas excepciones, en el Derecho positivo español vigente el menoscabo del patrimonio privado sólo se sanciona en casos de ataque al mismo mediante acción positiva dolosa. La protección cualificada del patrimonio público a que contribuyen, entre otros, los tipos de malversación, permite incriminar no sólo la conducta de apropiación en sí misma sino la omisión dolosa que permite la apropiación por otro sujeto, como forma autónoma y agravada de participación (art. 432), el destino de recursos públicos a usos ajenos a la función pública (art. 433 Cp) o la aplicación privada de bienes públicos (art. 434 Cp), tal vez en razón de la mayor consideración que se otorga, aunque sea de forma tácita, al efectivo cumplimiento de las funciones del patrimonio público, en último término, a los fines o funciones que la Administración pública debe satisfacer y para cuya realización le son atribuidos unos recursos que, por ello, merecen la calificación de públicos.

Ahora bien, es necesario volver a insistir en la indeseable confusión entre lo que constituye protección del patrimonio y lo que representa protección de otros intereses carentes de contenido patrimonial, que arranca de la toma en consideración de los deberes del cargo como elemento nuclear de las conductas del Título XIX. Eliminado este elemento perturbador se impone la necesidad de aclarar los intereses en juego y su relevancia.

La óptica dinámica y funcional en el modo de entender el patrimonio como objeto de protección penal permite explicar ciertos aspectos de la privilegiada protección que otorga la malversación, en cuanto referidos al perjuicio del potencial patrimonial de la Administración para el cumplimiento de sus fines; así en los artículos 432, 433 y respecto a alguno de los casos que pudieran acomodarse en el artículo 434, puesto que posibilita la observación de los bienes pertenecientes a dicho patrimonio no como algo estático que permite identificarlos con el derecho sobre objetos del valor económico que determine el mercado, sino como elementos de una unidad funcional destinada a la finalidad fijada por el titular. Si asumimos esta perspectiva en relación al patrimonio privado, qué duda cabe, en base a similares consideraciones, es perfectamente viable en relación al patrimonio público. Evidentemente, existen diferencias importantes entre una y otra clase de patrimonio, pero en modo alguno tendentes a negar la viabilidad de un concepto funcional para el patrimonio público.

Precisamente en el patrimonio público la funcionalidad de los bienes sujetos a dominio se encuentra objetivada y garantizada legalmente, con base en los intereses generales, con mayor rigor y certeza que en el caso de los particulares, de tal forma que cualquier intervención susceptible de lesionar dicha funcionalidad, al margen de la existencia de un

menoscabo cuantificable numéricamente, habrá de considerarse típica en el ámbito de la malversación, realizada alguna de las modalidades comisivas que taxativamente se describen. Los fines conferidos a los recursos públicos han de estar fijados con unos condicionamientos procedimentales y materiales asentados en los principios de legalidad, objetividad e imparcialidad, conforme exige el artículo 103.1 de la Constitución española, por lo que el concepto funcional de patrimonio y propiedad no sólo alcanza todo su sentido cuando se refiere a titularidades públicas, sino que encuentra en dicho marco el ejemplo más idóneo para definir unos caudales públicos sometidos a la realización de un interés público determinado por la voluntad soberana del Ente gestor, desde un sometimiento a la legalidad vigente en cada caso. Los caudales públicos, objeto material del delito de malversación han de entenderse como pertenecientes a un patrimonio destinado a un fin que se perjudica cuando, malversados, se quiebra la capacidad de la Administración para cumplir el mismo, de modo tal que el fin, por su importancia, llega a cobrar autonomía.

De este modo, la lesión del patrimonio público y, en su caso, su puesta en peligro, ha de hacer referencia no a una disminución económica cuantificable de forma contable, sino a un menoscabo de la aptitud —incluso en tiempo oportuno— para cumplir los fines públicos legalmente prefijados. Solamente en el caso de que la conducta irregular del funcionario sea absolutamente inidónea para producir peligro alguno respecto al bien jurídico protegido, desde esta perspectiva atenta a la capacidad para satisfacer la función prevista para los caudales públicos, debiera dejar de ser posible enjuiciar la misma conforme a uno de los tipos de malversación del Capítulo VII, salvo, claro está, que se entienda que en alguno de ellos —así, en el art. 434 Cp— se está protegiendo un objeto de tutela distinto del patrimonio. Obsérvese que dicha aptitud no se relacionará con el mero menoscabo económico contable, por lo cual conductas pretendidamente de utilización temporal podrán ser idóneas para afectar funcionalmente a los caudales objeto de la acción, de modo que en tales casos la sanción de la conducta, desde una perspectiva exclusivamente patrimonial, no planteará problema alguno. Pero a la inversa, si funcionalmente tales comportamientos no son idóneos para ejercer una potencialidad lesiva del patrimonio público, deberán considerarse irrelevantes en el ámbito de protección de la malversación.

Así, desde la perspectiva funcional, la incriminación de las conductas de los artículos 432 y 433 Cp —en este supuesto, sin embargo, no en todos los casos— responde a una misma idea, por afectarse de la misma manera el bien jurídico protegido. Un correcto entendimiento del término expropiación permite afirmar que aun en casos de pretendida utilización temporal de un bien —o de una cantidad de dinero— se

perjudica el patrimonio ajeno, si no definitivamente, sí duramente, en cuanto no se puedan cumplir ya o, al menos, no del mismo modo, los fines asignados a los concretos fondos utilizados. En este sentido, el resultado típico será equivalente, se produzca o no el reintegro a que alude el pfo. 2.º del art. 433 Cp: esa expropiación permanente del titular, en cuanto sus bienes ya no podrían satisfacer las finalidades a que estaban determinados.

No obstante, en caso de que dicha expropiación no fuera permanente y se reintegrara al titular lo «destinado a usos ajenos a la función pública», sin que en ningún momento se hubiera visto éste privado de poder utilizar sus bienes conforme a las finalidades previamente establecidas de antemano, cabrá la sanción de dicha aplicación —recuérdese que así se hace en los artículos 244 y 623 Cp— en base a la perturbación posesoria que se produce y a consideraciones ajenas al hecho en sí de una expropiación patrimonial inexistente y próximas, por el contrario, a criterios político-criminales de carácter preventivo, en la línea de evitar cualquier situación de potencial peligro para una expropiación permanente. Teniendo en cuenta, de un lado, que la asimilación a efectos de consumación que en otros ámbitos se realiza entre conductas que lesionan de modo efectivo el patrimonio o la propiedad y aquéllas que únicamente suponen un concreto peligro de perjuicio patrimonial de gran entidad sólo es explicable desde una perspectiva funcional. Y, de otro, que lo que desde diferente punto de vista debe ser considerado como un mero peligro patrimonial para el saldo contable del titular, desde dicha perspectiva representa o puede representar —pues insistimos, no toda utilización implica expropiación— un perjuicio efectivo para la funcionalidad objetiva del bien o conjunto de bienes que satisfacen los intereses del titular, público o privado.

En este contexto, era de difícil explicación la diferenciación que, a efectos de penalidad, realizaba el pfo. 1.º del antiguo art. 396 según resultara o no «daño o entorpecimiento del servicio público»; si no existía dicho daño, entendido como perjuicio patrimonial funcional, no debiera admitirse la sanción penal, siempre desde la alternativa aquí defendida, y de conformidad con el principio de ofensividad. Podría únicamente adquirir significado entendiendo que dicha previsión hacía referencia a un entorpecimiento adicional al propio perjuicio patrimonial, en cuyo caso podría aceptarse como circunstancia agravatoria sobre la infracción básica concretando a qué entorpecimiento se hace referencia, como se intenta, por ejemplo, en el art. 235.2.ª Cp aludiendo a un «grave quebranto del servicio público» o a «una situación de desabastecimiento». Por ello, el Nuevo Código suprime aquella distinción.

En algunos de los supuestos de aplicación de los caudales administrados a destino público diferente del previsto que recogía el antiguo

art. 397 Cp, podía aceptarse también la existencia de un perjuicio a la funcionalidad del patrimonio público, en cuanto se entendiera que el supuesto agravado de «daño al servicio público» contemplaba una lesión de la capacidad funcional de los recursos públicos, pues mediante una aplicación de los mismos diferente de la prevista se podría reducir la potencialidad del patrimonio público para cumplir los fines legalmente impuestos. Cuando no resultara daño, sin embargo, entendido en ese sentido —y con las matizaciones realizadas en relación al antiguo art. 396 Cp—, difícilmente podía aceptarse la lesión patrimonial y difícil era entonces aceptar su relevancia penal en este contexto. De ahí también que, acertadamente —al menos en este ámbito— haya desaparecido esa figura.

En relación a las restantes conductas del Capítulo VII no recogidas por la nueva regulación o bien eran ya reconducibles a los conceptos de apropiación o distracción, o bien eran simple expresión de una irregularidad administrativa difícilmente acomodable en el ámbito de protección de la malversación.

En cuanto a la nueva figura descrita en el art. 434 Cp, son válidas las argumentaciones formuladas en relación con la apropiación temporal del art. 433 Cp, que en mi opinión debieran extenderse incluso a la utilización de bienes inmuebles, en razón del grave perjuicio que puede generar un continuo aprovechamiento privado de infraestructuras públicas. Por supuesto, no podría aceptarse esta postura si se entiende, como indica MUÑOZ CUESTA, en mi opinión equivocadamente, que el grave perjuicio que delimita la aplicación del precepto puede tener carácter material o moral, siendo suficiente que se produzca un descrédito o desprestigio de la misma que haga perder toda credibilidad en los gestores públicos, interpretación que quebraría la unidad del Capítulo VII.

Desde la perspectiva aquí mantenida, en concretos supuestos, sea de la órbita de los arts. 433 ó 434, sea incluso de la órbita del art. 432 Cp —ya que se reconoce que en muchos casos será difícil encontrar una relación de imputación objetiva respecto al resultado dañoso para el patrimonio—, cuando no se observe perjuicio patrimonial alguno, en virtud del principio de lesividad u ofensividad y en atención al ámbito de protección de la norma, debiera proponerse su atipicidad. De *lege ferenda*, por idéntica razón, en otros trabajos mi propuesta hacía referencia a la derogación de aquellos tipos en que no se observaba daño ni peligro patrimonial de suficiente entidad y así lo ha reconocido la nueva regulación.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, José: *Derecho penal*. 2.^a ed. anotada y puesta al día por J.L. Hernández Guijarro y L. Benéitez Merino. Ed. Akal. Madrid, 1986.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: «Sobre la reforma de los delitos de funcionarios», en *Documentación Jurídica, monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*. Vol. II, págs. 1095/105. Ed. Ministerio de Justicia. Madrid, 1983.
- BLECUA FRAGA, Ramón: «La aplicación pública de caudales a diferente destino como delito de malversación», en *ADPCP*, 1985, págs. 747/65.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan: *Manual de Derecho penal español. Parte especial*. 2.^a edición aumentada, corregida y puesta al día. Ed. Ariel. Barcelona, 1991.
- CUAREZMA TERAN, Sergio: «La naturaleza del art. 397 del Código penal y la distinción con el peculado propio. (Comentario a la STS, Sala 2.^a, de 9 de julio de 1991)», en *Poder Judicial*, 1991, pgs. 197/202.
- «Malversación de caudales públicos propia e impropia. Comentario a la STS (Sala 2.^a) de 9 de julio de 1991», en *La Ley*, 1992-1, págs. 437/44.
- CUELLO CALÓN, Eugenio: *Derecho penal, Tomo II. Parte especial. Vol. I y II*. 14.^a ed. (reimpresión). Revisado y puesto al día por César Camargo Hernández. Ed. Bosch. Barcelona, 1980.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier: «Observaciones para una discusión sobre el concepto funcional de propiedad y patrimonio», en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, págs. 243/64. Ed. BOE. Madrid, 1995.
- Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*. Ed. PPU. Barcelona, 1994.
- «Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa», en *Poder Judicial*, n.º 34, 1994, págs. 295/314.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J./ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, Xabier: *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación, por funcionario, de caudales públicos*. Ed. J.M. Bosch. Barcelona, 1995.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: «Inducción o autoría mediata en malversación impropia», en *La Ley*, 1986-4, págs. 521/31.
- DÍAZ PALOS, Fernando: «Malversación de caudales públicos», en *NEJ*, T. XV, págs. 816/24. Ed. Seix Barral. Barcelona, 1972.

- ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, Xabier: «Malversación de caudales públicos», en *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Delitos de funcionarios*. Ed. IVAP. Vitoria-Gasteiz, 1996 (en imprenta).
- FERRER SAMA, Antonio: *Comentarios al Código penal. Tomo IV*. Estades Artes Gráficas. Madrid, 1956.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes: *La prevaricación judicial*. Ed. Tecnos. Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *El delito de prevaricación de funcionario público*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1994.
- HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Roberto: «Malversación», en *La Ley*, 27 de marzo de 1996, págs. 1/4.
- LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA, Jacobo: *Manual de Derecho penal. Parte especial III*. Ed. Akal. Madrid, 1992.
- MAZA MARTÍN, José Manuel: «Delito de malversación de caudales públicos por Director de un Ente Público. Animo de apropiación como elemento esencial de la conducta típica. Error de prohibición. (Comentario a la sentencia de 6 de Julio de 1992 de la Audiencia Provincial de Madrid)», en *RGD*, Ene-Feb 1993, págs. 121/46.
- MIR PUIG, Carlos: «De la malversación de caudales públicos: propuesta de una nueva interpretación del artículo 397 del Código Penal», en *CPC*, 1991, págs. 75/89.
- MORALES PRATS, Fermín/MORALES GARCÍA, Oscar: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Gonzalo Quintero (Olivares (Director) y José Manuel Valle Muñiz (Coordinador). Ed. Aranzadi. Pamplona, 1996.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo/PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: «Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias», en *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal y coordinados por Miguel Bajo Fernández, T. XVI, págs. 173/244. EDERSA. Madrid, 1994.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal. Parte especial*. 11.^a ed. revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1996.
- MUÑOZ CUESTA, Javier: «El delito de malversación», en *La Ley*, 17 de octubre de 1996, págs. 1/4.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio: *La prevaricación del funcionario público*. Ed. Civitas. Madrid, 1980.
- OLESA MUÑIDO, Francisco Felipe: «El delito de malversación por sustracción de caudales o efectos públicos en el vigente Código penal español», en *Estudios jurídicos en honor de Octavio Pérez-Vitoria*. Tomo I, págs. 621/74. Ed. Bosch. Barcelona, 1983.

— ORTS BERENGUER, Enrique: *Derecho penal. Parte especial*. Por T.S. Vives Antón, J. Boix Reig, E. Orts Berenguer, J.C. Carbonell Mateu y J.L. González Cussac. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1993.

— *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen II (Art. 234 a Disposiciones Finales)*. Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1996.

— QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep: *Derecho penal español. Parte especial*. 3.ª ed. Ed. Bosch. Barcelona, 1996.

— QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Comentarios al Código penal*. 2.ª ed. renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por Enrique Gimbernat Ordeig. EDERSA. Madrid, 1966.

— RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Derecho penal español. Parte especial*. 16.ª ed. Ed. Dykinson. Madrid, 1993.

— RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: «Dolo y error en un delito de malversación impropia (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 22 de Septiembre de 1989)», en *La Ley*, 1990-2, págs. 1074/8.

— RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: *Compendio de Derecho penal. Parte especial*. 2.ª ed. Ed. Trivium. Madrid, 1987.

— SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio: «El delito de malversación de caudales públicos», en *RGLJ*, 1966, pgs. 831/79.

— ZABALEGUI MUÑOZ, María del Carmen: «La malversación de caudales públicos», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, IV, págs. 153/200.

LOS DELITOS RELACIONADOS CON LA EMISIÓN DE INFORMES Y LA TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES

JOSÉ L. GONZÁLEZ CUSSAC

SUMARIO: — I. PLANTEAMIENTO. — II. EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN DEL ARTÍCULO 404: 1. El concepto de resolución; 2. El término «asunto administrativo». 2.1. Requisito subjetivo. 2.2. Requisito objetivo. 2.3. Actos de trámite y reglamentos. 3. La modalidad omisiva. — III. LAS PREVARICACIONES ESPECÍFICAS. — IV. BIBLIOGRAFÍA.

I.- PLANTEAMIENTO

Para abordar correctamente la cuestión de hasta qué punto la emisión de un informe administrativo o la tramitación de un expediente, puede generar responsabilidad penal conforme al nuevo texto punitivo de 1995, se hace preciso distinguir dos ámbitos delictivos completamente distintos.

El primero de ellos se configura en torno al clásico delito de prevaricación de autoridad o funcionario público, contenido en el artículo 404. En este contexto deberemos analizar los conceptos de *resolución*, de *asunto administrativo*, la posibilidad de admisión de la modalidad omisiva, y del informe como forma imperfecta de ejecución o como acto de participación.

El segundo ámbito delictivo se refiere a las nuevas figuras descritas en los artículos 32, 322 y 329, ya denominadas por la reciente doctrina como «prevaricaciones específicas». En ellas, se castiga directamente la emisión de informes favorables *a sabiendas de su injusticia*, en relación a los delitos contra el patrimonio histórico, ordenación del territorio, y medio ambiente.

A continuación, analizaremos estos problemas, con especial atención a la jurisprudencia, distinguiendo estos dos grupos de tipos delictivos.