

ÍNDICE

APARTADO PRIMERO: CUESTIONES BÁSICAS DE LOS DELITOS DE MALVERSACIÓN Y PECULADO 6

1. Introducción. Existencia del delito de malversación y fundamento de la tipicidad autónoma. 6

- 1.1. *Introducción*..... 6
- 1.2. *Antecedentes históricos*..... 9
- 1.3. *Antecedentes históricos del Derecho español y brasileño*..... 10
- 1.4. *Fundamento de la tipicidad autónoma* 13
- 1.5. *Conclusiones provisionales* 15

2. El bien jurídico protegido en los delitos de malversación 16

- 2.1. *La concepción dualista de bien jurídico*..... 16
- 2.2 *El correcto funcionamiento de la Administración Pública como bien jurídico común o categorial*..... 28
- 2.3. *Legitimidad de la función pública como objeto de la tutela jurídico-penal*..... 32
- 2.4. *Aproximación constitucional* 34
 - 2.4.1. La satisfacción del interés general 36
 - 2.4.2. Protección del *principio de eficacia* en cuanto principio conductor de la actuación de la Administración..... 37
 - 2.4.3. La <objetividad> o <imparcialidad> 39
 - 2.4.4. El Desarrollo de los procedimientos de gestión administrativa ajustado a los cánones constitucionales 39
- 2.5. *Concreción individualizada* 40
- 2.6. *El bien jurídico específico de los delitos de malversación. El concepto de patrimonio*..... 46
 - 2.6.1. El bien jurídico protegido en los delitos de malversación bajo la perspectiva funcional 47
 - 2.6.1.1. Infracción del deber del cargo..... 48
 - 2.6.1.2. Críticas de la doctrina a la concepción del deber de cargo 49
 - 2.6.1.3. Prestigio o dignidad de la Administración..... 51
 - 2.6.2. Lectura del bien jurídico protegido en los delitos de malversación a partir de la relación existente entre la Administración y los ciudadanos 52
 - 2.6.2.1. Crítica de la doctrina 54
 - 2.6.3. Dimensión patrimonial..... 56
 - 2.6.3.1. Crítica a la concepción patrimonial como único interés protegido en los delitos de malversación..... 58
 - 2.6.4. Protección funcional del patrimonio público..... 59
 - 2.6.4.1. Crítica de la doctrina a la concepción funcional 61
 - 2.6.5. Protección de los *servicios* prestados por el patrimonio público 62
 - 2.6.6. Protección del principio de eficacia 63

| | |
|---|------------|
| 2.6.7. La función de la rúbrica en la interpretación del bien jurídico protegido..... | 63 |
| 2.6.8. Lectura del bien jurídico protegido con base en la reestructuración del Capítulo de la malversación..... | 65 |
| 2.6.9. Jurisprudencia del Tribunal Supremo | 69 |
| 2.6.10. Toma de postura: el patrimonio como único bien jurídico protegido..... | 70 |
| 2.6.11. Concepto jurídico-penal de patrimonio | 73 |
| 2.6.12. El bien jurídico protegido en la malversación impropia..... | 78 |
| 2.6.13. La cuestión del consentimiento eficaz en los delitos del cargo | 81 |
| 2.6.14. El bien jurídico protegido en la legislación brasileña..... | 84 |
| 2.6.15. Conclusiones provisionales..... | 87 |
| 3. La infracción de los deberes públicos como elemento constitutivo del delito de malversación..... | 89 |
| 3.1. <i>La tesis de ROXIN</i> | 89 |
| 3.2. <i>La concepción de JAKOBS</i> | 90 |
| 3.3. <i>La aportación de SÁNCHEZ-VERA</i> | 93 |
| 3.4. <i>La aportación de SILVINA BACIGALUPO</i> | 95 |
| 3.5. <i>La concepción de FEIJOO SÁNCHEZ</i> | 96 |
| 3.6. <i>Tertium non datur</i> | 99 |
| 3.7 <i>Sobre las críticas a la tesis de los delitos de infracción de deber</i> | 100 |
| 3.8. <i>Autoría inmediata o directa</i> | 108 |
| 3.9. <i>Coautoría</i> | 110 |
| 3.10. <i>Autoría mediata</i> | 111 |
| 3.11. <i>Participación</i> | 114 |
| 3.12. <i>La cuestión del quantum de la pena que debe corresponder al extraneus</i> | 119 |
| 3.13. <i>La autoría y participación en la legislación brasileña</i> | 124 |
| 3.14. <i>Conclusiones provisionales</i> | 125 |
| 4. El sujeto activo. Concepto de funcionario público y autoridad a efectos penales.. | 127 |
| 4.1. <i>Requisitos</i> | 128 |
| 4.2. <i>Títulos de incorporación</i> | 132 |
| 4.3. <i>La cuestión del funcionario de hecho</i> | 135 |
| 4.4. <i>Concepto de autoridad</i> | 137 |
| 4.5. <i>Confrontación entre los conceptos penal y administrativo de funcionario público</i> | 140 |
| 4.6. <i>El sujeto activo en la legislación brasileña</i> | 142 |
| 4.6.1. <i>El funcionario público por equiparación (art. 327, § 1º, del CPB)</i> | 146 |
| 4.6.2. <i>Causa de aumento de pena (art. 327, § 2º, CPB)</i> | 150 |
| 4.6.3. <i>El funcionario de hecho</i> | 152 |
| 4.7. <i>Conclusiones provisionales</i> | 153 |

| | |
|---|------------|
| 5. El objeto material..... | 155 |
| 5.1. <i>Concepto y características de caudales o efectos.....</i> | 155 |
| 5.2. <i>Carácter público del objeto material.....</i> | 158 |
| 5.3. <i>Nexo entre el objeto material y el ente público</i> | 162 |
| 5.4. <i>El momento en que el objeto material alcanza la condición de público</i> | 164 |
| 5.5. <i>Bienes particulares como objeto de los delitos de malversación</i> | 168 |
| 5.6. <i>La cuestión de la relevancia económica del objeto material</i> | 169 |
| 5.7. <i>Aprovechamiento irregular de la mano de obra.....</i> | 170 |
| 5.8. <i>Partes que componen el cuerpo humano</i> | 172 |
| 5.9. <i>Gastos o fondos reservados</i> | 173 |
| 5.10. <i>Fondos de la Unión Europea.....</i> | 175 |
| 5.11. <i>Conclusiones provisionales</i> | 177 |
| 6. La especial relación entre el sujeto activo y el objeto material..... | 178 |
| 6.1. <i>La tenencia a cargo de los caudales o efectos.....</i> | 178 |
| 6.2. <i>La tenencia a cargo <por razón de sus funciones>. Alcance</i> | 182 |
| 6.3. <i>Confrontación de la malversación con la apropiación indebida de funcionario... </i> | 188 |
| 6.4. <i>Conclusiones provisionales</i> | 192 |

APARTADO SEGUNDO: ESTUDIO CONCRETO DE LAS FIGURAS TÍPICAS 193

| | |
|--|------------|
| 7. Problemas de delimitación típica..... | 193 |
| 7.1. <i>La modalidad activa del artículo 432 CP.....</i> | 193 |
| 7.1.1. El tipo agravado del art. 432.2: La especial gravedad | 197 |
| 7.2. <i>Modalidad omisiva.....</i> | 199 |
| 7.3. <i>Destino para usos ajenos a la función pública (art. 433 CP)</i> | 206 |
| 7.3.1. Alcance de la expresión <usos ajenos a la función pública>..... | 207 |
| 7.3.2. Fundamento del apartado segundo del artículo 433 CP..... | 209 |
| 7.3.3. Reintegro de lo distraído. Requisitos | 212 |
| 7.4. <i>Aplicación privada de bienes públicos (art. 434 CP).....</i> | 216 |
| 7.4.1. Grave perjuicio a la causa pública | 217 |
| 7. 5. <i>Conclusiones provisionales</i> | 219 |
| 8. Deslinde de las figuras típicas | 221 |
| 8.1. <i>El <animus> como elemento clave a la diferenciación entre los arts. 432 y 433 ..</i> | <i>221</i> |
| 8.2. <i>Delimitación del artículo 434 CP</i> | <i>225</i> |
| 8.2.1. Criterio de la inexigibilidad de relación específica en el art. 434 CP..... | 226 |
| 8.2.2. Criterio del uso prolongado | 227 |
| 8.2.3. Criterio de la ausencia de desplazamiento físico del objeto material | 228 |
| 8.2.4. Criterio de la alternatividad: uso o sustracción..... | 230 |
| 8.2.5. Criterio de la ausencia de intención de reintegro..... | 230 |
| 8.2.6. Criterio de la naturaleza pública o privada del uso..... | 231 |
| 8.2.7. Delimitación a partir del carácter mueble o inmueble del objeto material | 232 |
| 8.2.8. Criterio distintivo en torno a la naturaleza pública o privada del objeto | 233 |
| 8.2.9. Distinción en virtud de los verbos <aplicar> y <destinar>..... | 233 |
| 8.2.10. Distinción en atención a los momentos positivo y negativo de la expropiación | 235 |
| 8.2.11. Toma de posición: distinción con base en el ánimo de lucro y el resultado típico | 236 |
| 8.3. <i>Conclusiones provisionales</i> | <i>238</i> |
| 9. Especial referencia a la malversación impropia | 238 |
| 9.1. <i>Apartado 1</i> | <i>241</i> |
| 9.2. <i>Apartado 2</i> | <i>243</i> |
| 9.3. <i>Apartado 3</i> | <i>245</i> |
| 9.4. <i>Requisitos para la aplicación del apartado tercero</i> | <i>248</i> |
| 9. 5. <i>Conclusiones provisionales</i> | <i>253</i> |
| 10. Las figuras típicas en la legislación penal brasileña | 254 |

| | |
|---|------------|
| <i>10.1. Consideraciones generales</i> | 254 |
| <i>10.2. El peculado-propio (art. 312 caput, CPB)</i> | 255 |
| 10.2.1 Conductas típicas. El tipo objetivo y el tipo subjetivo..... | 255 |
| 10.2.2. El denominado <peculado de uso> | 258 |
| 10.2.3. Objeto material..... | 260 |
| 10.2.4. La <posesión> de la cosa | 263 |
| 10.2.5. La posesión <en razón del cargo> | 264 |
| 10.2.6. Consumación..... | 265 |
| 10.2.7. Tomada de cuentas..... | 268 |
| 10.2.8. Conducta compensatoria..... | 269 |
| <i>10.3. El peculado-hurto (art. 312, § 1º, CPB)</i> | 269 |
| <i>10.4. El peculado-imprudente (art. 312, § 2º, do CPB)</i> | 271 |
| <i>10.5. El peculado por error de otra persona (art. 313 del CPB)</i> | 273 |
| <i>10. 6. La reparación del daño</i> | 277 |
| <i>10.7. Conclusiones provisionales</i> | 280 |
| 11. El tipo subjetivo | 282 |
| <i>11.1 Problemas específicos del dolo de malversación</i> | 282 |
| <i>11.2. El ánimo de lucro</i> | 286 |
| <i>11.3. Conclusiones provisionales</i> | 293 |
| 12. La malversación omisiva | 294 |
| 13. Conclusiones | 304 |

APARTADO PRIMERO: CUESTIONES BÁSICAS DE LOS DELITOS DE MALVERSACIÓN Y PECULADO

1. Introducción. Existencia del delito de malversación y fundamento de la tipicidad autónoma.

1.1. Introducción.

En la actualidad tienen gran trascendencia los problemas relacionados con el correcto funcionamiento de la Administración Pública, debido al creciente intervencionismo del Estado del bienestar. Cada vez más las Administraciones Públicas necesitan asignar dinero y títulos, bienes muebles e inmuebles para financiarse y posibilitar la consecución de sus fines, casi siempre a través de sus agentes, lo que conlleva un riesgo muy grande de ataques a su patrimonio e intereses.

Así, es absolutamente imprescindible prevenir y castigar los comportamientos de los funcionarios públicos, que en el desempeño de sus funciones, hacen uso de las facultades que les son otorgadas para atacar el patrimonio público. Y el Código Penal español de 1995 ha supuesto un giro notable en la regulación de sus responsabilidades penales, sobre todo por los cambios realizados en el ámbito de la malversación.

Desde una perspectiva político-criminal con la criminalización de la malversación y del peculado se pretende hacer frente, aunque indirectamente, al fenómeno de la corrupción, práctica nefasta a los intereses de la Administración de cualquier país. Las consecuencias jurídico-penales derivadas de tales delitos son graves dado que tal práctica reiterada puede afectar la confianza de los ciudadanos en la eficaz y correcta gestión de la cosa pública y mermar la consecución de sus objetivos.

En la presente investigación se analiza la evolución jurisprudencial y doctrinal sobre el tratamiento penal del delito de malversación propia e impropia, buscando evidenciar las diferencias y similitudes entre las legislaciones española y brasileña y los puntos de vista que a mi juicio resultan más satisfactorios a las soluciones de los casos concretos. Pero cumple anticipar que malversación y peculado representan dos opciones político-criminales para resolver un mismo problema social, siendo el peculado un modelo

menos moderno en el que priman los deberes de fidelidad frente al carácter más patrimonial de la malversación.

El trabajo está estructurado de la siguiente manera. En la primera parte del trabajo se trata sobre el fundamento del injusto de la malversación, en el cual se examina la problemática de la Administración Pública como bien jurídico colectivo y su patrimonio como bien jurídico concretamente tutelado en el delito de malversación, bien así las aportaciones de la literatura jurídico-penal para estimar este delito como de infracción de deber. Ya en la segunda parte se trata sobre las modalidades de conductas típicas, en la cual se intenta establecer el mejor criterio para deslindar las figuras típicas y el alcance objetivo del tipo de cada una de éstas.

En efecto, el primer problema que cabe enfrentarse en un análisis de tal especie de delito radica en el bien jurídico protegido. En las sociedades complejas pos-industriales la tendencia es la introducción de bienes jurídicos colectivos en el ámbito de tutela penal, fenómeno expansivo que es duramente criticado por un sector de la doctrina que defiende que el bien jurídico tutelado no puede alejarse de las bases del <Derecho penal clásico>, conectadas con el libre desarrollo personal. Desde la reforma penal de 1995 la literatura española ha introducido numerosas y valiosas aportaciones sobre lo que efectivamente se busca proteger con el delito de malversación. En mi exposición serán analizadas las principales concepciones para concluirse que, desde una perspectiva dualista del bien jurídico lo que se busca proteger es el patrimonio como instrumento del correcto funcionamiento de la Administración Pública, función básica y permanente del Estado cuya utilidad para el conjunto de la sociedad es inconmensurable. O sea, que el correcto funcionamiento de la Administración como bien jurídico genérico en su vertiente de función pública debe concretarse en cada figura delictiva por el bien jurídico específico. En el caso de la malversación, a mi juicio el bien específico es el patrimonio público, lo que plantea la cuestión de si su significado se agota en el valor monetario (dimensión estática) o si él trasciende al interés o fin que el disponente pretende satisfacer.

Pero también se buscará demostrar que el injusto del delito de malversación no se agota con el ataque al patrimonio público de la Administración. Es necesario que el funcionario actúe quebrantando el deber específico del cargo, dado que la simple condición de funcionario no es suficiente para ello. Aunque la doctrina mayoritaria prefiera continuar

manejando con el tradicional delito especial, se observa una progresiva tendencia hacia el reconocimiento de la tesis de los delitos de infracción de deber desarrollada por Roxin, debido sobre todo a las valiosas aportaciones de autores como Jakobs, Feijoo Sánchez, Silvina Bacigalupo y Sánchez Vera.

Las conclusiones obtenidas servirán de base a la segunda parte del trabajo, donde se analizan las modalidades de conductas típicas, cuyos rasgos son bastantes semejantes en las legislaciones española y brasileña. Aquí las principales cuestiones se refieren al alcance del concepto de funcionario público, sobre todo por el fenómeno de la huida hacia el derecho privado; concepto y características del objeto material; la problemática de la especial relación entre el sujeto activo y el objeto material y del criterio de deslinde de las figuras típicas, así como las dificultades que plantean la introducción de la denominada <malversación impropia>.

Si resulta difícil llevar a cabo una tipicidad satisfactoria en los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, es fruto de consenso que el legislador español dificultó aún más el cometido hermenéutico a cargo de la doctrina y jurisprudencia al exigir expresamente en la malversación el ánimo de lucro además de penalizar conductas consistentes en la aplicación de bienes muebles o *inmuebles* de las administraciones a fines privados. Pero aunque la novedad más destacada frente al anterior texto punitivo sea la creación de un nuevo tipo penal consistente en dar una aplicación privada a bienes públicos (art. 434 CP), quizá el más llamativo sea la modalidad de malversación impropia prevista en el art. 435.3º, donde convergen unos elementos que le apartan del tipo básico, ya que no es sujeto activo el funcionario, ni los bienes objeto del delito son públicos.

Todas estas cuestiones son objetos de análisis en este trabajo, en el que se trata asimismo de los criterios que la doctrina ha ido asentando como posibles elementos diferenciadores y caracterizadores de las distintas figuras típicas del delito de malversación. Para ello me ocuparé tanto de la cuestión de la legitimidad de la Administración Pública como bien jurídico colectivo como asimismo de las cuestiones que irrumpen de la aplicación de cada figura típica, en aras de dar soluciones satisfactorias a los problemas que se producen en la práctica.

1.2. Antecedentes históricos

La punición de la malversación se remonta a una época bastante remota. El Código de Hamurabi y el Código de Manu hacían referencia a las sustracciones de bienes pertenecientes al monarca, puniendo al agente con la pena de muerte. También en Atenas el hurto de dineros del Estado, realizado por los depositarios de la autoridad pública, era penado con la pena capital.

En el Derecho Romano la denominación de *peculatus* aparece con anterioridad a la introducción de la moneda. Consistía en el hurto de bienes públicos de especial relevancia, entre los cuales el del ganado¹, independientemente de la cualidad de la persona que practicaba el delito. Después, el *peculatus* pasa a ser entendido como toda la sustracción de metales o monedas pertenecientes al erario de la comunidad romana, que era la más común de las prácticas por parte de los funcionarios subalternos o de mayor rango jerárquico.

Pero, en aquella lejana época, debemos tener en consideración que el *peculatus* sólo tenía en cuenta el patrimonio del pueblo romano, único que ostentaba la cualidad de <sacro>. Y al lado del *crimen peculatus* había el *crimen sacrilegi* y el *crimen residuarum precinarium*. Los dos primeros consistían en el hurto de dineros u otra cosa mueble de propiedad pública o sacra, y el de *residuis* era el peculado impropio, que consistía en el hecho del funcionario público, que siendo deudor de cuantía, no la restituía en la tomada de cuentas. Aquellos bienes que pertenecían a los ciudadanos y municipios y que eran de carácter privado no estaban incluidos, lo que en el lenguaje actual equivale a limitar el delito a los <bienes del Estado>².

En una segunda etapa, prepondera el <abuso de oficio público> o de la <fe traicionada>. En ella el objeto del ilícito se extiende considerablemente, refiriéndose no

¹ En aquella época el ganado (pecus) se equiparaba al dinero (pecunia) al actuar como moneda. Además, en Roma los animales destinados a los sacrificios eran los bienes de mayor valor o importancia y su sustracción era objeto de grave reproche. Posteriormente, Servio Tullio mandó grabar en las monedas metálicas la cabeza de un buey o de un cordero para expresar los bienes que representaban. El hurto de aquellas monedas pertenecientes al erario por quien tenía el deber de guardarlas generó el crimen de *peculatus*.

² Según OLESA MUÑOZ, *Malversación*, p. 632, “existe una fundamental diferencia entre la noción de “*peculatus*” y nuestros delitos de malversación. El “*peculatus*” sólo excepcionalmente exigía una especial cualidad en el agente. Era *el carácter público de la cosa sustraída* lo que calificaba el hecho como *furtum publicum*.”

sólo ahora al patrimonio del pueblo romano, sino al de <cualquier Administración Pública>, es decir, a los <caudales públicos> y al de la apropiación perpetrada por un <funcionario público>, llegándose así a la malversación propiamente dicha³.

Además, el delito de *peculatus* comprendía no sólo el hurto sino también la apropiación indebida, alcanzando sobre todo la cuantía debida al fisco por los funcionarios encargados de la contabilidad (*pecuniae residuae*). Se llegó, incluso, a estimar como crimen de *peculatus* todo el fraude realizado contra el erario, aunque no representara sustracción o desvío de dinero.

Aunque en muchos estatutos la pena era más benigna, siendo aplicada aquella prevista a los ladrones, en la Edad Media penas atroces fueron aplicadas al autor de crimen de *peculatus*, siendo común que la condenación consistiese en el destierro. Solo a partir del movimiento humanista del siglo XVIII las penas para este crimen fueron bastante mitigadas⁴.

1.3. Antecedentes históricos del Derecho español y brasileño

En el Derecho Histórico de España bajo la rúbrica de “malversación” se punía tradicionalmente las conductas de los funcionarios públicos que, abusando del cargo, se apropiaban o usaban indebidamente de los bienes públicos, habiéndose recogido dicho concepto de la doctrina romana. En las “Partidas” y en la “Novísima Recopilación”⁵ se observaba un extremo rigor, pues se castigaba con la muerte la sustracción de caudales del rey o perteneciente a las villas o ciudades.

Sólo a partir de la época codificadora, con el Código de 1822, la pena es la privativa de libertad unida a la de multa, declaración de infamia y devolución de lo malversado. El Código de 1848, cuyo sistema inspiró a todo el demás, reformado por el de 1850 con algunos matices, ya regulaba los hechos perpetrados por la malversación. En el

³ HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Malversación*, p. 1451; DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 817.

⁴ Cfr. FRAGOSO, *Lições*, p. 409.

⁵ Observa DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 817, que diferentemente del Derecho Italiano, el cual reserva el nombre de *malversazione* a la impropia, esto es, la referida a caudales particulares asimilados a los públicos, dando denominación de *peculato* al que recae estrictamente sobre caudales públicos, una de las peculiaridades del Derecho español reside en el ayuntamiento de ambas especies de malversación, lo que dificulta la comprensión de su naturaleza jurídica”.

Código de 1944 también lo trata de forma semejante. Éste, al mismo tiempo, ya hacía distinción entre “sustracción” y “distracción” y con él, por lo tanto, surgiría el denominado “peculado de uso”. La reforma del Código penal de 1963 adicionó en los arts. 394 y 395 la expresión “a su disposición”, a fin de legalizar una interpretación jurisprudencial que ya venía siendo hecha.

El Código derogado contenía muchas figuras que fueron despenalizadas por las críticas que se le hicieron a la doctrina, como por ejemplo el de abandono o negligencia (art. 395 CP); la aplicación de caudales públicos con destino público diferente al legalmente previsto (art. 397 CP) y la retención indebida de caudales públicos (art. 398 CP). Asimismo desaparece la expresión “a su disposición”, se suprime el sistema de cuantías y las penas privativas de libertad son reducidas considerablemente. Con relación a este último aspecto debemos resaltar la gravedad de las penas privativas de libertad, que podían llegar a ser iguales a las del homicidio, lo que motivó innumerables peticiones de indulto por parte de los Tribunales de Instancia y del propio Tribunal Supremo por vulneración al principio de proporcionalidad.

Con el Código de 1995⁶, la reglamentación de la malversación sufrió cambios relevantes, se simplificó, conforme reconoce la doctrina dominante, los preceptos los encontramos en el Libro II, Título XIX (Delitos contra la Administración Pública), Capítulo VII que ahora se denomina simplemente “De la malversación” (arts. 432 a 435). El legislador se propuso simplificarlos y someterlos a los principios informadores del Derecho penal, despenalizando, como se ha visto, varias conductas de relevancia penal bastante discutible, de manera que “se recorta la respuesta sancionadora del Derecho penal, de conformidad con los principios de fragmentariedad y subsidiariedad propios del mismo, para los casos de malversación”⁷. Al mismo tiempo, el legislador introdujo expresamente el ánimo de lucro en el ámbito de los arts. 432 y 434 y los bienes inmuebles como objeto material en el art. 434 CP, innovaciones cuya trascendencia es bastante discutible.

⁶ Según OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 260, evidentemente en el legislador penal de 1995 no han primado razones etimológicas sino históricas, prácticas e incluso didácticas para mantener la denominación malversación (del latín *mal versatio*), ante la desaparición del viejo art. 397 en el que se sancionaba la conducta del funcionario que diese a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente a aquella a que estuvieran destinados, por lo que etimológicamente parece más adecuada la denominación peculado”.

⁷ ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 69.

Así, es posible afirmar que ya no encuentra eco la clásica expresión de SUÁREZ MONTES sobre la “polimórfica tipicidad” de la malversación, aunque la nueva regulación, principalmente en lo que atañe al deslinde de las conductas típicas, plantee problemas de interpretación aún no resueltas por la doctrina y jurisprudencia.

Ya en relación con el ordenamiento jurídico brasileño, las Ordenaciones Filipinas trataban del crimen de peculado en el Título LXXIV, puniendo cualquier oficial del Rey, o persona otra, que hurtase o maliciosamente levase las rentas públicas. El Código penal de 1.830 previó el crimen de peculado en el Título VI, que trataba <de los crímenes contra el tesoro público y propiedad pública>, castigando el empleado público que se apropiara, consumiera, extraviara, o consintiera que otro se apropiara, consumiera, o extraviara, en todo o en parte, dinero o efectos públicos que tuviera a su cargo. En el Código de 1.890 el crimen de peculado estaba inserto en el Título correspondiente a los <crímenes contra la buena orden y administración pública> y de manera bastante semejante a su previsión en el Código anterior, aunque en el artículo 221 se tuviese incluido el verbo <sustraer>. Referido Código, que incluía el peculado entre los crímenes funcionales, mantuvo la concepción estrecha del Código anterior, considerando solamente los valores públicos como objeto material. Posteriormente, a través del Decreto 4.780, de 27/12/1923, fue el crimen de peculado integrado a la <Consolidación de la Leyes Penales>. En ello, el objeto material está ya constituido – además de los bienes públicos - por bienes muebles particulares que estuvieran bajo guardia, deposito, recaudación o administración de la Administración Pública⁸, como ya lo había previsto la ley 1.785, de 28 de noviembre de 1907.

El Código Penal de 1940, vigente hasta hoy, sigue el modelo italiano. No obstante, no distingue entre bien público o privado y pune el peculado imprudente. Se apartó, en este punto, de su modelo dominante, el estatuto peninsular, que reservaba el *nomen iuris* de peculado (art. 3140) cuando el bien perteneciera a la Administración Pública, y llamaba de malversación en perjuicio de particulares (art. 315) cuando se tratase de bien particular⁹.

⁸ Respecto de los elementos integrantes del crimen de peculado, de acuerdo con el Decreto 4.780, de 27/12/1923, véase: GALDINO SIQUEIRA, *Código penal*, p. 295-296.

⁹ COSTA JÚNIOR, *Direito penal*, p. 987.

1.4. Fundamento de la tipicidad autónoma

Los delitos de malversación podrían, a juicio del legislador, consistir en tipos calificados contra el patrimonio en razón de deberes exigibles específicamente al autor funcionario o autoridad, como sucedió en Alemania y como defiende un sector de la doctrina¹⁰. De cualquier forma, si se origina un recorte de las condiciones fáctico-jurídicas y de las relativas a la autoría eso es porque el parámetro evaluador de la necesidad de tutela responde a mecanismos diversos de los ejercidos con relación al patrimonio privado¹¹. No se puede negar que el funcionario o autoridad tienen un deber de solidaridad más intenso con relación al patrimonio público que un particular. De manera que la tenencia de los caudales <a cargo> o <a disposición> implica una situación jurídica más compleja que las formas posesorias, en la medida en que viene directamente vinculada a las obligaciones del sujeto como partícipe en el ejercicio de la función pública¹².

Un sector de la doctrina encuentra la razón de la punición autónoma en el mismo bien jurídico tutelado¹³. Pero la posición dominante entiende que la malversación, así como

¹⁰ En este sentido: POLAINO NAVARRETE, *Malversación*, p. 403, quien, al defender que los delitos de malversación deberían ser estudiados dentro de los delitos contra el patrimonio, observa que la nueva regulación de 1995 se ha quedado a mitad del camino; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 52-53, estima que su única especialidad con relación a los delitos que tutelan el patrimonio común radica en el mayor reproche que merecen los atentados al patrimonio público perpetrados por sujetos que infringen deberes específicos de custodia o gestión; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, p. 507-510, defendía que la malversación no es sino un delito contra la propiedad cometido por un funcionario público, cuya singular entidad jurídica responde a la <simbiosis de valores que se entremezclan en su estructura> y que abona por su apartamiento de los específicamente patrimonial. Según referido autor, su naturaleza de delito contra la propiedad vendría avalada por sus propias características típicas: a) la sustracción por un funcionario público de los caudales que tenga a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones supone la realización de una conducta de apoderamiento de bienes ajenos bajo los presupuestos subjetivos que caracterizan a las modalidades lucrativas de los delitos contra la propiedad; b) la relación causal y normativa entre la tenencia de los caudales públicos y el ejercicio de las funciones expresa la causa por la que la malversación ha sido específicamente castigada como <delito profesional>, pero viene también acentuar su parentesco conceptual con la apropiación indebida, puesto que en ambas a aquél le corresponde con carácter previo la custodia o disposición del objeto material del delito; c) del mismo modo que en la apropiación indebida, de nuevo, el delito se consuma en el momento en que se verifica la sustracción, sirviendo en su caso el posterior reintegro únicamente para enervar la aplicación de la atenuante de arrepentimiento espontáneo; d) su régimen punitivo se gradúa conforme a consideraciones de resultado, al modo habitual que en los delitos contra la propiedad ordinarios, si bien con mayor rigor como corresponde a especies calificadas.

¹¹ Cfr. MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 52.

¹² Cfr. OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 632 y ss.

¹³ MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1962-1963, ven en el principio de eficacia como una entidad suficiente como para reclamar por una tutela penal de modo independiente de los delitos de malversación al margen de los delitos patrimoniales comunes; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. 1.182, sostiene que el diverso tratamiento otorgado a los caudales públicos en relación con el patrimonio privado se justifica por la especial confianza que el Estado o cualquier otro ente debe depositar entre sus administradores; Según FERRÉ OLIVÉ, *Corrupción*, p. 21, la adecuada gestión del patrimonio público excede la simple tutela de un patrimonio privado, o sea, “hay que prestar especial atención al origen de los

los demás delitos realizados por funcionarios o autoridades, encuentra fundamento en la posición que tales sujetos detentan en relación con el bien jurídico. Es decir, en la malversación no basta que prevalezca la función pública, es menester que el sujeto infrinja un específico deber de custodia - deber de garante - con relación a los caudales o efectos que le son confiados. El funcionario tiene la obligación de evitar que se produzca el resultado consistente en la sustracción de los caudales o efectos públicos¹⁴. Existe, por tanto, una relación funcional entre el funcionario y el bien jurídico protegido por la cual se le interpone a éste el deber de mantener la continuidad sin cambios de la institución. Se le exige al funcionario, pues, una <dedicación>¹⁵. De no ser así, se debe recurrir a los delitos patrimoniales, especialmente a la apropiación indebida. Como observa FEIJOO SÁNCHEZ¹⁶, el fundamento del injusto no se encuentra, pues, en el básico *neminem laedere* (relación negativa con el bien jurídico), sino en una prestación positiva o un respeto a cierto estándar (relación positiva con el bien jurídico) vinculado a la posición jurídica especial que detenta el funcionario o autoridad, a la asunción de tareas públicas. Y ello porque los funcionarios son quienes mueven el engranaje administrativo y por lo tanto quienes ostentan lo que en Derecho penal se suele denominar “ámbito de dominio del bien jurídico”, ya que de su actuación <desde dentro> depende la preservación o el perjuicio de ese bien jurídico¹⁷.

fondos que en buena medida han sido detraídos de los ciudadanos a través de los tributos. Para referido autor, “tratándose de la gestión a un patrimonio muy peculiar, lo relevante no es solamente la sustracción o apropiación que puede llevar a cabo el funcionario o autoridad. Lo fundamental es la forma en la que se gestionan los caudales o bienes públicos”.

¹⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p.4065.

¹⁵ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 52, para quien en los casos de deberes especiales por responsabilidad institucional “debe existir entre el autor y el bien una relación positiva, es decir, una dedicación – no necesariamente interesada”.

¹⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *Consideraciones*, p. 1680-1681. Las consecuencias prácticas de esta postura, según el referido autor, son las siguientes: a) sólo pueden ser autores, coautores o autores mediatos de dichos delitos las personas especialmente obligadas a ello, siempre que se den, evidentemente, el resto de los requisitos típicos; b) los *extranei* sólo pueden ser partícipes. De ello se tratará en el momento oportuno.

¹⁷ Cfr. ASÚA BATARRITA, *Tutela*, p. 23. En el mismo sentido: ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p.184: “El deber del funcionario ha de entenderse como un elemento esencial, que constituye al funcionario una posición de garante respecto a la indemnidad del concreto objeto de tutela”. ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 255, para quien el “bien jurídico se encuentra bajo una relación de absoluta dependencia respecto del funcionario competente, pues de él depende que el patrimonio público y su gestión o administración de una forma imparcial y objetiva se mantengan indemnes”; DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 818, para quien “para que haya malversación es menester que los caudales públicos estén especialmente confiados al funcionario asimilados”; OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 289, al indicar que “el ordenamiento jurídico no sólo espera del funcionario el cumplimiento de sus deberes específicos, sino que lo coloca en posición de garante, por lo que debe evitar el resultado”, ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 177, al observar que el funcionario “ocupa una posición de garante de la no producción del resultado, pues, como señalan COBO-VIVES, el ordenamiento jurídico no sólo espera que el funcionario actúe en cumplimiento de su específico deber, sino que también espera que evite el resultado”; CRESPO BARQUERO, *Comentarios*, p. 1720, según el cual “lo que históricamente se concebía como *deslealtad* del funcionario puede reformularse precisamente en términos de responsabilidad (...) en la gestión del erario

Asimismo la equiparación punitiva de la malversación impropia estriba en el deber, pues se refiere “a situaciones en que una persona ocupa una posición de garante similar a la de un funcionario que tiene a su cargo caudales o efectos por razón de sus funciones”¹⁸. Es decir, la justificación estriba en la función desempeñada, la cual no difiere sustancialmente de la función pública propia de un funcionario¹⁹.

1.5. Conclusiones provisionales

Tanto el ordenamiento jurídico español como el brasileño tienen una tradición histórica respecto del delito de malversación o peculado. Lo que cumple plantear es si desde una perspectiva moderna es aún legítima la existencia de un delito de estas características. Hay que tener presente que en el marco del Estado Social moderno, cada vez más intervencionista, las Administraciones Públicas necesitan cada vez más asignar

público, pasando de la relación personalista Administrador-funcionario a la ubicación de éste último en su condición de *garante ex lege* de la eficacia, la transparencia exigible y la legalidad en el uso y la aplicación en los recursos de su cargo”; VÁZQUEZ-PORTOMENÉ, *Delitos*, p. 298-300, hace eco de aquellos planteamientos que identifican como característica principal de su estructura un elemento de orden <funcional>: el abuso de la función pública. Propugna, así, el tratamiento de la malversación por apropiación como delito independiente, en sentido técnico y también valorativo, del delito de apropiación indebida. “Así lo impone, desde luego, la conjunción en su tipo de una serie de elementos específicos, diferenciados de los que corresponden a la apropiación; pero también, y ante todo, la presencia de un medio comisivo absolutamente ajeno a la estructura técnica de los delitos patrimoniales: las facultades o poderes inherentes al desempeño de funciones públicas de gestión y administración de recursos públicos, y que al integrarse en la conducta típica operan una verdadera <transmutación> de su naturaleza. Expresado gráficamente, la malversación no puede definirse como una apropiación de bienes públicos acaecida en el marco organizativo de la Administración Pública, ni siquiera como una detracción perpetrada al amparo de la posición del sujeto activo (un funcionario) en el seno de aquélla. Consiste, antes que nada, en el empleo de medios <del cargo> (técnicos, fácticos o jurídicos), para poner por obra una apropiación; empleo que permite adscribir la conducta típica a la categoría de las infracciones del deber jurídico-público de imparcialidad. Dicho ello, no puede dejar de subrayarse que la literatura suele incurrir en un *error procedendi* al decidirse por la calificación de delito impropio, agravado, en detrimento de la de delito autónomo. La conceptualización del delito propio o de delito dependiente, indica J. Cuello Contreras, “no se encuentra al principio del proceso de interpretación, condicionándola, sino al final de la misma, como conclusión de los resultados interpretativos a que se llega después de plantearse una serie de problemas que afectan fundamentalmente al concurso, participación y error”.

¹⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, *Consideraciones*, p. 1687.

¹⁹ En el mismo sentido: DE LA MATA y ETXEBARRÍA, *Malversación*, p. 32: “extensión cuya explicación se busca en la particular afección a la función pública”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 306-308, para quien la distinta gravedad punitiva estriba en el ejercicio de determinadas actividades equiparables a las propias de una función pública; De manera similar, entiende SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 868, que el fundamento de la asimilación deviene de la confianza que deben inspirar aquellos a quienes se les encomienda una función pública y la necesidad de defender los deberes de custodia que de ella resultan. O sea, también en estos supuestos se produce una violación de los deberes propios del cargo del depositario o administrador de los bienes, lo que justifica la expresada asimilación. Asimismo la sentencia del Tribunal Supremo de 16-04-80 entendió que la razón determinante de la responsabilidad del depositario de bienes embargados es “porque al ser investido del cargo de depositario, le incumbe el ejercicio de una función pública”.

dinero y títulos, bienes muebles e inmuebles para financiarse y posibilitar la consecución de sus fines, casi siempre a través de sus agentes. Y eso genera un incremento de la corrupción y desvíos, lo que obliga al Derecho penal a reaccionar de forma más intensa en relación con aquellos sujetos que tienen un especial deber de velar por el patrimonio público.

El fundamento del injusto en la malversación no se encuentra en el básico *neminem laedere* (relación negativa con el bien jurídico), sino en una prestación positiva o un respeto a cierto estándar (relación positiva con el bien jurídico). Existe, por tanto, una relación funcional entre el funcionario y el bien jurídico protegido por la cual se le incumbe a éste el deber de mantener la continuidad sin cambios de la institución, esto es, el deber de evitar que se produzcan daños al patrimonio público.

2. El bien jurídico protegido en los delitos de malversación

2.1. La concepción dualista de bien jurídico

Sin ingresar en la polémica discusión jurídico-penal de si el cometido del Derecho penal es proteger bienes jurídicos o la vigencia y validez de las normas, la verdad es que la interpretación de aquellos constituye criterio rector de los tipos, puesto que los delitos suelen agruparse en atención al objeto de protección. En otros términos, a las consideraciones de la parte especial se revela claramente fundamental la noción de bien jurídico, lo cual es ampliamente reconocido como la base de la estructura y de la interpretación de los tipos²⁰. Por tanto, el primer problema al que se enfrenta el intérprete en el estudio de cualquier delito es la identificación del bien jurídico²¹.

La doctrina ha venido transformando la concepción del bien jurídico en una teoría de la <dañosidad social> (los comportamientos merecedores de pena son aquellos que

²⁰Cfr. JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 275; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *El consentimiento*, P. 05.

²¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 85-86 pone de manifiesto que el bien jurídico desempeña dos funciones que deben ser delimitadas: a) la función dogmático-hermenéutica y de ordenación sistemática de la parte especial o immanente al sistema, cuyo principal cometido es servir como elemento de ayuda para delimitar el contenido de los distintos preceptos de la parte especial de acuerdo con una interpretación teleológica, de manera que la referencia al bien jurídico protegido en un tipo penal o en un conjunto de tipos penales es una especie de slogan programático; b) una función político-criminal de crítica a que ciertos bienes se protejan penalmente o trasciendan al sistema.

producen daño social), cuya idea básica es excluir del ámbito jurídico-penal las exigencias especiales de carácter religioso o moral²². Así, debe rechazarse la noción de bien jurídico como <entidad meramente ideal>, desvinculado de la lesividad material (por ejemplo, referido a <valores>, <ideas> o <pretensión de respeto>). El Derecho penal debe manejar con un concepto <realista> de bien jurídico (integración en el ámbito de la realidad social), por lo que debe preferirse las definiciones que posibiliten una más fácil verificación empírica²³.

²² En el mismo sentido: VON HIRSCH, *Bien jurídico*, p. 47: “si no existe un *harm to others*, la teoría del bien jurídico no puede legitimar la criminalización de una conducta”; FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 426: “El principio de la <utilidad penal> impone la tolerancia jurídica de toda actitud o conducta no lesiva a terceros”; JAKOBS, *Derecho penal*, p. 48-49, según el cual la respuesta a qué bienes privados deben ser protegidos bajo tutela pública y qué bienes públicos necesitan protección penal “depende más bien de la dañosidad social de la conducta lesiva”; FIGUEIREDO DIAS, *Questões fundamentais*, p. 58, quien, al hablar de los límites de la criminalización, observa que “mismo que se pueda estar de acuerdo que todo el crimen se traduce en un comportamiento determinante de una dañosidad social, la verdad incuestionable es que no toda aquella dañosidad puede legítimamente constituir un crimen”; Según SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 276, “todo bien, para ser <jurídico> requiere que los ataques contra el mismo se revelen como trascendentes en la esfera social en un sentido dañoso”; TAVARES, *Teoria do injusto penal*, p. 198-199, para quien “son invalidas normas incriminadoras sin referencia directa a cualquier bien jurídico, ni si admite su aplicación sin un resultado de daño o de peligro a ese mismo bien jurídico”; FERRÉ OLIVÉ, *Corrupción*, p. 16: “todo delito debe poseer un bien jurídico de referencia que será lesionado o puesto en peligro por el comportamiento prohibido”; KAHLO, *Bien jurídico*, p. 60, según el cual con la aplicación del principio *harm to others* “pueden quedar excluidas del Derecho penal aquellas conductas que o bien sólo conllevan daño para el agente bien sólo vulneran representaciones morales”. En sentido contrario: FRISCH, *Bien jurídico*, según el cual, desde una perspectiva realista y teniendo en cuenta representaciones morales profundamente interiorizadas, es posible dudar de la potencia crítica del concepto de bien jurídico: “a decir verdad, la cualidad de bien jurídico de reconocidos bienes jurídicos se basa, efectivamente, en las representaciones morales básicas profundamente interiorizadas y más o menos compartidas por la colectividad”. Respecto de la protección <penal de auténticos delitos contra los sentimientos> HÖRNLE, *Protección*, p. 384 y ss.

²³ En el mismo sentido: AMELUNG, *Bien jurídico*, p. 251; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 162. Según ROXIN, *Bienes jurídicos*, p. 447: “los bienes jurídicos no tienen por qué tener realidad material. La disponibilidad sobre las cosas que garantiza la propiedad o la libertad de actuación que protege la prohibición de las coacciones no son objetos físicos, pero sin embargo son parte de la realidad empírica”. De acuerdo con SCHÜNEMANN, *Limites invioláveis*, p. 18, el bien jurídico “no es un interés cualquier, sino sólo un interés urgente de convivencia que puede ser protegido por el Derecho penal”; GRECO, *Princípio da ofensividade*, p. 106: “Definiciones de bien jurídico que lo transformen en una entidad ideal, en un valor, en algo espiritual, desmaterializado, son indeseables, porque ellas aumentan las posibilidades de que se postulen bienes jurídicos *à la volonté*, para legitimar cualquier norma que se desee. Orden pública, seguridad pública, incolumidad pública, confianza, todo eso puede ser más fácilmente entendido como bien jurídico si el concepto de éste referirse a meras entidades ideales, y no a datos concretos; ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho penal*, p. 129, “cuando se pretendió reducir el delito a una pura infracción al deber, el bien jurídico no podía ser otro que la voluntad del Estado”; FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 440: “si el Derecho penal es un remedio extremo, deben quedar privados de toda relevancia jurídica los delitos de mera desobediencia”. JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 277, quienes observan que de lo que se trata es de los bienes jurídicos son las relaciones de las personas con los <intereses reales>, los cuales, con todo, “no deben comprenderse como objetos accesibles a la percepción del sentido, sino que son valores espirituales del orden social sobre los que descansa la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la comunidad”. En sentido contrario: JAKOBS, *Derecho penal*, p. 53, según el cual “el núcleo de todos los delitos sólo se hallaría en el incumplimiento de un deber”.

En la actualidad, dos son las posiciones que intentan traducir la forma de operarse la dañosidad social. De una parte, la concepción <monista-personal> del bien jurídico>, sostenida por la denominada Escuela de Frankfurt. A la teoría personal del bien jurídico la esencia de la legitimación del Derecho penal está en la protección de intereses con referente individual. La idea clave es que sólo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización. Identifica el bien jurídico, pues, con <satisfacción de las necesidades humanas> o que sirva al <libre desarrollo del individuo>. El bien jurídico es así definido como un <interés humano necesitado de protección penal>, estimando por <intereses> aquellos bienes vitales imprescindibles para la vida en común. Hechos disfuncionales que no afecten a las posibilidades de autorrealización del individuo no serán punibles²⁴. De otra parte, la llamada concepción <dualista del bien jurídico>, defendida, entre otros, por SCHÜNEMANN²⁵, HEFENDEHL²⁶, FIGUEIREDO DIAS²⁷, FEIJOO SÁNCHEZ²⁸, AMELUNG²⁹, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA³⁰, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ³¹ y TIEDEMANN³². De acuerdo a la teoría dualista, los bienes jurídicos pueden ser de naturaleza individual o

²⁴ En este sentido: ROXIN, *Bienes jurídicos*, p. 448, quien observa que el concepto de bien jurídico no puede limitarse a bienes jurídicos individuales, sino que incluye bienes jurídicos de la comunidad. “Éstos, sin embargo, sólo son legítimos cuando en última instancia sirven al ciudadano individual”; STERNBERG-LIEBEN, *Bien jurídico*, p. 109: “Esta teoría personal del bien jurídico refleja correctamente la relación entre el individuo y la sociedad establecida por el orden de valores de la Ley Fundamental para el ámbito penal. Aun cuando la imagen del ser humano de la Ley Fundamental parte de su naturaleza social, todas las colectividades que le rodean (hasta su institucionalización como Estado) deben girar en torno él, correspondiéndoles exclusivamente una función de protección, promoción y servicio” STRATENWERTH, *Bienes jurídicos colectivos*, p. 371-372, es de opinión que el concepto de bien jurídico colectivo es prescindible. “Por un lado, si la ley protege los intereses individuales más o menos consolidados de una pluralidad de sujetos, tal vez de un número indeterminado o puede que de todos, entonces no tenemos que crear ningún bien jurídico universal para justificar la norma penal (que naturalmente siempre puede tener más o menos sentido). Por otro lado, si lo que está en cuestión son decisiones normativas básicas que nos atañen a todos como colectividad, entonces debemos discutirlos como tales junto con las razones que puedan hablar a favor o en contra de su cobertura penal”; Para SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 270-271, el peligro inherente a la idea de funcionalidad, que podría llevar a proteger valores morales, estrategias políticas, o a dar cabida a puntos de vista totalitarios, debe afrontarse mediante la inclusión en el concepto de bien jurídico de una referencia central al individuo. De ahí que quizá sea lo mejor el integrar una sola idea los aspectos de <referencia individual> y de <dañosidad social>, afirmando que el objeto de protección jurídico-penal necesariamente debe expresar las condiciones que hacen posible un libre desarrollo del individuo a través de su participación en la vida social; TAVARES, *Teoria do injusto penal*, p. 199: “el bien jurídico sólo vale en la medida en que se inserta como objeto referencial de protección de la persona, pues sólo en esta condición es que se insiere la norma como valor”.

²⁵ SCHÜNEMANN, *Consideraciones*, p. 19-25; él mismo, *Limites invioláveis*, p. 25 y ss.

²⁶ HEFENDEHL, *Riesgos futuros*, p.3.

²⁷ FIGUEIREDO DIAS, *Questões fundamentais*, p. 74, El mismo, *Sociedade do risco*, p. 57.

²⁸ FEIJOO SÁNCHEZ *Sobre la <administrativización>*, p. 13 y ss.; el mismo, *Retribución y prevención general*, p. 430 y ss.

²⁹ AMELUNG, *Bien jurídico*, p. 236-238.

³⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción*, p. 224 y 701.

³¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Reflexiones*, p. 103.

³² *Apud* GRECO, *Princípio da ofensividade*, p. 103.

bienes universales, sin que quepa encontrar un denominador común a los mismos, al tener su origen en intereses heterogéneos³³.

En el marco de la concepción <monista-personal> el concepto de bien jurídico recibe un contenido concreto sólo en la medida en que se trate de *intereses individuales*, pues desde una perspectiva liberal el núcleo axiológico radica en el ciudadano³⁴. Por ello, sólo es posible reconocer como bien jurídico un interés humano necesitado de protección jurídico-penal, esto es, que legitime la acción del Estado desde el punto de vista de la persona: protección de las bases para el libre desarrollo del individuo y su participación justa e igualitaria en la integración social. Las estructuras que sostienen y legitiman al Estado y sociedad no pueden ser entendidas como fines en sí mismos sino como medios para el desarrollo de la persona en sociedad.

Sin embargo, el hecho de que los bienes jurídicos giran sólo en torno a la persona no significa que estén fuera del ámbito de protección los objetos de carácter supraindividual (los llamados bienes jurídicos colectivos o universales), cuya titularidad no pertenezca a la persona individual sino a la sociedad o al Estado, como son ejemplos los delitos contra la Hacienda Pública o contra la Administración. Nuestro Estado actual – se dice – no puede concebirse sin bienes jurídicos colectivos, pues ellos constituyen medios importantes para la autorrealización social del individuo. Sucede sólo que la protección de dichos bienes remanentes se lleva a cabo tan sólo en el interés *mediato* o *indirecto* de las personas afligidas: con respecto al ser humano y en su vinculación con sus necesidades existenciales³⁵. En una palabra, los bienes jurídicos colectivos están subordinados a los

³³ MATA y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, p. 12-13.

³⁴ En el mismo sentido: BUSTOS RAMÍREZ, *Control Social*, p. 167: “lo que se protege es el hombre concreto dentro de una relación social concreta y, por lo tanto, “el bien jurídico surge como un principio garantizador de carácter cognoscitivo; todo individuo y la sociedad toda debe saber qué se está protegiendo con el sistema jurídico y con cada precepto”; STRATENWERTH, *Derecho penal*, p. 56; ALCÁCER GUIRAO, *Apuntes*, p. 96, para quien, desde una perspectiva liberal, el núcleo axiológico del Derecho penal radica en el ciudadano, y no en la sociedad o el Estado; ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho penal*, p. 129, para quienes “bienes jurídicos son sólo aquellos cuya lesión se concreta en ataques lesivos a una persona de carne y hueso”; Mismo JAKOBS, *Derecho penal*, p. 50-51, para quien puede quedar relegada la cuestión de si los objetos deben ser bienes por sí mismos o por su utilidad para una persona o para la sociedad, estima que con “esta inclusión de la persona en el concepto de bien jurídico se puede encontrar lo valioso del bien jurídico mejor que mediante la mera enumeración de objetos. Desde luego que así pierde claridad el concepto, pero hay que aceptarlo, porque ciertamente no existe posibilidad de definirlo con mayor claridad”; FERNÁNDEZ, *Bien jurídico*, p. 126-127, para quien “un bien jurídico sólo puede ser tal para el derecho penal, si consiste en un *valor* social, que recoge o subsume en su interior alguno de los derechos humanos básicos, reconocidos a la persona humana”.

individuales y en esta medida son legítimos sólo cuando se pueden reconducir a intereses personales.

Por tanto, un concepto <personalista> de bien jurídico obliga también a un entendimiento social-normativo de los bienes colectivos, que deben surgir de la propia estructura social y apoyarse sobre categorías empíricas que alcancen a expresar la idea que les sirve de fundamento: el tratarse de presupuestos o condiciones para la protección y el desenvolvimiento de los bienes individuales. Pero la colectividad por sí sólo no es objeto de protección del Derecho penal; bienes jurídicos de la generalidad sólo pueden ser concebidos en un sentido *instrumental*, esto es, sólo en cuanto puedan funcionalizarse desde el individuo³⁶. Ello tiene la inevitable consecuencia de que los bienes jurídicos colectivos estarían siempre jerárquicamente subordinados a los bienes jurídicos individuales, siendo su violación, en principio, menos gravosa³⁷.

La concepción que identifica el bien jurídico como <intereses individuales>, a pesar de tener origen en la Ilustración, ha recibido severas críticas por parte de un importante sector doctrinal que la tilda de reaccionaria, perversa, atávica y egocéntrica. Se dice que el individualismo monista es demasiado estrecho, puesto que ni siempre es posible referir el bien jurídico colectivo a los intereses de individuos concretos³⁸. Por

³⁵ En el mismo sentido: ALCÁCER GUIRAO, *Apuntes*, p. 96; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 272-273.

³⁶ HASSEMER, *Lineamientos*, p. 282: “un concepto personal del bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona: solamente puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre”. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 291-292, según el cual la incriminación de <delitos con víctima difusa> supone una vulneración de la exigencia de afectación individual. Deben, por tanto, ser concebidos en un sentido *instrumental* respecto a la persona humana, referencia fundamental de todo bien jurídico-penal; ALCÁCER GUIRAO, *Daños cumulativos*, p. 15, para quien “el canon de legitimación es la funcionalidad del bien jurídico supraindividual para los intereses personales”.

³⁷ En este sentido: STERNBERG-LIEBEN, *Bien jurídico*, p. 109-110; FIGUEIREDO DIAS, *Sociedade do risco*, p. 56.

³⁸ En este sentido: FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, p. 430, para quien la teoría personal del bien jurídico sólo sería asumible en una sociedad que careciera de intereses comunes, pues “parte de una desacertada dicotomía entre individuo y sociedad, como si los intereses de uno fueran ajenos al otro”; SCHÜNEMANN, *Consideraciones*, p. 19-25, para quien el concepto personal del bien jurídico ha caído en la trampa de la sociedad postmoderna, pues no tiene en cuenta las dimensiones de las distintas potencialidades de lesión de una determinada sociedad en función de su estadio de desarrollo tecnológico, cuya consecuencia es la disipación de los recursos de generaciones venideras por parte del hedonismo sin sentido de un seudo individualismo fabricado industrialmente; FRISCH, *Bien jurídico*, p. 312: “el concepto de bien jurídico es altamente relativo y cualquier cosa menos un concepto inequívoco cuando se intenta precisarlo a las condiciones de existencia y desarrollo de los individuos. Qué aspectos deben integrar tales condiciones de desarrollo dependerá, como es natural, de cómo y en qué medida uno se represente tal desarrollo. Así, en tanto bien jurídico tan sólo quedaría claramente excluido lo que no fuera necesario o lo que nadie requiera para su desarrollo. En cualquier caso, nadie aboga por la protección penal de tales

ejemplo, la pretensión estatal sobre el impuesto de la renta no decae por el hecho de que el dinero recaudado vaya a ser empleado para comprar tanques de guerra y no para construir guarderías³⁹. No es idónea, por tanto, para justificar el proceso de irrupción de bienes supraindividuales o colectivos, con lo que queda al margen de la intervención penal graves desviaciones de la *nueva criminalidad* (delitos socioeconómicos, medioambientales, corrupción política y administrativa, etc.). Así, a pesar de la ausencia de cualquier referencia a intereses individuales, los defensores de la autoría personal del bien jurídico son obligados a manejar con una noción de <referencia indirecta al individuo> tan amplia que sólo en la terminología difiere de la concepción dualista. Ello hace con que al final se incurra en el <decisionismo>, dando lugar a fallos arbitrarios.

Además, hay que reprochar a la concepción monista-personal el hecho de estar estribada en un Derecho penal disfuncional, desvinculado del contexto histórico-social, por ignorar los profundos cambios sociales acaecidos en las últimas décadas⁴⁰. La característica del Estado moderno es su papel social e intervencionista, en el cual resulta inapropiado un Derecho penal <minimalista> que no tenga en cuenta la denominada <delincuencia expresiva> (la macro criminalidad, de las clases poderosas) y por

condiciones”; GRECO, *Principio da ofensividade*, p. 104, quien agrega que “la teoría monista-personal del bien jurídico, por interesante que sea, no puede ser aceptada, porque ella lanza sobre los bienes jurídicos colectivos un estigma que no les hace verdadera justicia. Bienes jurídicos colectivos no son una novedad en el Derecho penal. Ellos no fueron introducidos con el moderno Derecho penal ambiental y económico. Los crímenes de falsedad de moneda y de corrupción, existentes en toda y cualquier legislación penal desde tiempos olvidados, tutelan bienes jurídicos colectivos, e nada hay de errado con eso”; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 88, según el cual “el Derecho penal no puede anclarse en un pensamiento individualista y tutelar exclusivamente ataques que atenten a bienes jurídicos cuya naturaleza sea estrictamente individual. Así, del mismo modo que sucede en otros sectores del denominado Derecho penal moderno, en el ámbito económico hay bienes jurídicos de naturaleza colectiva, intereses de todos, que indiscutiblemente deben ser tutelados por el Derecho penal nuclear ante las modalidades de agresión más intolerables; e incluso existen bienes jurídicos que, sin ser intereses generales, son bienes de carácter supraindividual que afectan a amplios sectores de la población y que, bajo determinadas condiciones, también pueden ser merecedores de tutela penal”; SEHER, *Legitimación*, p. 75: “si el concepto de bien jurídico no es capaz de abarcar todas las materias objeto de regulación penal, decae como instancia crítica de legitimación”; SOTO NAVARRO, *Bienes colectivos*, p. 234, para quien “si las decisiones de incriminación se hacen depender de forma directa y exclusiva de las necesidades del individuo, se corre el riesgo de dar entrada en el Derecho penal a la satisfacción de meras necesidades psicológicas o pretensiones subjetivas”.

³⁹ AMELUNG, *Bien jurídico*, p. 236.

⁴⁰ Como pone de manifiesto FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, p. 432 y 441, “esta teoría se ha quedado anclada en una visión liberal pura del Estado que no se corresponde con el cambio de paradigma que la concepción del Estado ha sufrido a lo largo del S. XX, y que se ha concretado en la fórmula de Estado Social”. Y prosigue: “El problema de este recurso de Hassemmer a la política penal es que en su búsqueda de soluciones intenta desarrollar un Derecho penal disfuncional pensado para contextos históricos completamente distintos. Pretende ingenuamente y pecando de idealismo acomodar la sociedad existente con sus características a un modelo de sociedad ideal, trazando como meta un retorno a un Derecho penal liberal ideal como modelo de Derecho penal clásico que nunca ha existido y que, desde luego, en la actualidad sería completamente disfuncional.”

consiguiente continúe castigando la clase de siempre: la clientela de los bajos estratos sociales. Una <modernización> del Derecho penal en el sentido de su adaptación a la evolución de la sociedad, al cambio social y al predominio, exige el reconocimiento de los bienes jurídicos universales en la política criminal⁴¹. Así, en el momento actual el Derecho penal es obligado a tener en cuenta la aparición de nuevos bienes jurídicos, los llamados bienes colectivos o intereses difusos, cuya característica es la indeterminación de las víctimas, pues “precisamente una de las pocas funciones que pueden cumplir los Estados modernos es configurar y proteger intereses públicos supraindividuales”⁴².

De tales bienes difusos es cada vez más dependiente el ser humano en la nueva <sociedad de riesgos>: una sociedad en la que los riesgos se refieren a daños no delimitables, globales y, con frecuencia, irreparables⁴³. Los rasgos prototípicos de la sociedad del riesgo son por un lado el de ser una sociedad caracterizada por una inseguridad objetiva y una sensación de inseguridad subjetiva y de otra por la <irresponsabilidad organizada>⁴⁴. Ello exige la formación de un nuevo Derecho penal, el cual tiene abiertamente que asumirse como <instrumento de control> de las nuevas situaciones generadas por los avances tecnológicos. En esta nueva realidad, los fenómenos de la <expansión> y de la <administrativización> del Derecho penal pasan a ser una tendencia como forma de proteger los bienes jurídicos institucionales, como son los casos de los delitos contra la Administración pública, sobre todo por el empleo de la técnica de la

⁴¹ En este sentido: MÜSSIG, *Bien jurídico*, p. 56 y 64; SCHÜNEMANN, *Consideraciones*, p. 24-25.

⁴² FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, p. 444.

⁴³ El diagnóstico sociológico acerca de la <sociedad del riesgo> es harto conocido debido a las aportaciones de ULRICH BECK, *La sociedad del riesgo*, p. 23-92, según el cual en la modernidad desarrollada aparece un nuevo destino <adscriptivo> de peligro: aquél que suele permanecer *invisible*, que contiene un efecto *bumerang* (contiene una tendencia a la globalización y tampoco los ricos y los poderosos están seguros ante ellos) y que amenaza con destruir las bases naturales de la vida. En el nuevo paradigma de la sociedad de riesgo cambia la cualidad de la comunidad, que se encuentra ahora bajo el *signo del miedo* y que sueña no más con la igualdad sino con la *seguridad*. Sobre el denominado <Derecho penal del riesgo>: FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, p. 419 y ss., quien señala que “si se deduce alguna idea evidente de los trabajos de Beck es que las inseguridades de la población no son irracionales”; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción*, p. 209 y ss., según el cual “así como la sociedad industrial reclama de los poderes públicos *igualdad*, la sociedad posindustrial exige de éstos *seguridad*”; ALCÁCER GUIRAO, *Daños acumulativos*, p. 3, el cual señala que en la sociedad de riesgo hay una mayor exigencia de individualizar responsables, para con ello encontrar una explicación al daño y una satisfacción al reproche; Díez RIPOLLÉS, *Seguridad ciudadana*, p. 07, quien observa que no estamos ante meros sentimientos de inseguridad socialmente difundidos, sino ante un conocimiento cada vez más preciso de los riesgos existentes.

⁴⁴ MENDOZA BUERGO, *Gestión del riesgo*, p. 68 y ss.

protección anticipada de los bienes jurídicos colectivos y de los delitos de peligro abstracto⁴⁵.

La tentativa de descalificar globalmente los bienes jurídicos colectivos con la crítica de que serían ilegítimos debido a su vaguedad e imprecisión no procede, pues la indeterminación de estos bienes jurídicos no deriva de su propia naturaleza. Hay bienes jurídicos individuales susceptibles de las mismas objeciones, razón por la cual el verdadero problema no está en los fundamentos políticos criminales del Derecho penal moderno sino en la defectuosa técnica legislativa empleada. Existen bienes jurídicos colectivos de mayor concreción como asimismo bienes jurídicos individuales vagos e imprecisos. Por eso, la crítica debe dirigirse a la indeterminación en sí misma, debido a los peligros que acarrearán a la formulación típica; pero ello con independencia de cuál sea la clase de bienes⁴⁶.

⁴⁵ Precisamente, la denominada Escuela de Frankfurt ha centrado sus críticas contra el <Derecho penal moderno> o de la <sociedad de riesgo> en el hecho de él estar configurado por una tendencia intervencionista y expansionista, utilizándose del Derecho penal como medio preventivo (en el cual cofúndense las funciones características del Derecho penal y del Derecho administrativo) y como instrumento de transformación social a través de la <funcionalización de los bienes jurídicos>, funcionalización está plasmada en la creación de bienes jurídicos abstractos sin referente individual. Así, las infracciones concernientes a esos nuevos bienes jurídicos podrían ser reguladas a través de lo que Hassemmer denomina de <Derecho de intervención>, situado a medio camino entre el Derecho penal y el Derecho de contravenciones. Con ello surgió lo que se ha denominado <el discurso a la resistencia de la modernización del Derecho penal>. Sobre el proceso de <administrativización del derecho penal> como patología: FEIJOO SÁNCHEZ, *Sobre la administrativización*, p. 19 y ss., quien observa que “la sanción de una conducta por realizar algo que, simplemente, es estadísticamente peligroso, pero que en el caso concreto no supone una organización defectuosa para otro ámbito de organización sólo puede canalizar a través del Derecho Administrativo”; el mismo, *Retribución y prevención general*, p. 809 y ss., en que pone de manifiesto que la peligrosidad estadística no es suficiente para fundamentar la intervención del Derecho penal. De la misma opinión: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción*, p. 220, según el cual el Derecho Administrativo, al contrario del Derecho penal, “no está vinculado a criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino de mera afectación general, estadística”; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, p. 121 y ss., quien pone de manifiesto que el Derecho administrativo sancionador no tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que debe, más bien, atender a consideraciones de afectación general, estadística. Pero tal criterio por sí solo no es operativo en el ámbito jurídico-penal, pues ahí no interesa el aspecto estadístico, sino si la persona cuya conducta estamos enjuiciando puso realmente en peligro bienes jurídicos o no.

⁴⁶ En el mismo sentido: FEIJOO SÁNCHEZ, *Bien jurídico*, p. 08, para quien las críticas políticas-criminales no deben ir dirigidas contra delitos que protegen bienes jurídicos sin referente individual directo, “sino contra tipificaciones incorrectas en la medida en la que pequen de vaguedad, de formulaciones excesivamente generales y sin concreción o determinación suficiente”; DÍEZ RIPOLLÉS, *Seguridad ciudadana*, p. 08: “las críticas en este campo no suponen más que un estímulo para la mejora de las técnicas legislativas empleadas, pero no conllevan una descalificación global de la propuesta modernizadora”; SOTO NAVARRO, *Bienes colectivos*, p. 192, quien observa que “también carecen de concreción o la han conseguido tras un arduo proceso algunos de los bienes jurídicos tradicionalmente admitidos, de naturaleza individual o colectiva, (como el honor, la libertad de formación de la voluntad – en relación con el delito de amenazas –, la seguridad del Estado, la fe pública, la Administración de la Justicia, etc.), sin que se discuta por ello su condición de bienes jurídico-penales”; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción*, p. 553, según el cual “lo que debe preocupar no es la emergencia de nuevos bienes jurídicos, de naturaleza supraindividual, sino las técnicas, principios y contenido de los correlativos movimientos *neocriminalizadores*”; BUSTOS RAMÍREZ, *Los bienes jurídicos colectivos*, p. 158, quien, tras plantear si los bienes jurídicos colectivos pierden su capacidad para ofrecer una base material precisa al ilícito penal, observa que “pareciera que ello,

Por otro lado, no es cierta la objeción de que estamos ante nuevos intereses no asumidos por la sociedad como esenciales y que por consiguiente los bienes jurídicos colectivos por naturaleza pueden conllevar a largo plazo que se pierda toda evidencia y sensibilidad respecto de los actos delictivos, malográndose los fines de prevención general de cara a la población. En la mayoría de los casos la lesividad social que encierra una conducta delictiva contra bienes jurídicos colectivos es evidente para cualquier ciudadano, pues están ligados a las necesidades básicas de todos. O sea, hay bienes jurídicos colectivos cuya protección penal está claramente consolidada, como es justamente el caso de los delitos contra la Administración Pública. De manera que si los tipos están correctamente configurados en este sentido, se puede establecer empíricamente una relación entre una conducta y un daño que interesa a la generalidad. De cualquier suerte, lo esencial es tener siempre presente que existen instituciones básicas del Estado y bienes de titularidad colectiva que deben ser protegidos por normas penales aunque no se vean afectados de forma perceptible intereses individuales⁴⁷.

Por fin, debiera también ser relativizada la crítica de que en la base de los intereses colectivos se fundamentaría en la función promocional del Derecho penal. En primer lugar, porque el Derecho penal al proteger aquellos intereses no estaría promocionando ningún cambio social, sino contribuyendo a la defensa de valores fundamentales de la colectividad. Después, nada se opone a que el instrumento esencial del Derecho penal, la pena, contribuya mediante la defensa de los valores básicos a la estabilidad del propio sistema⁴⁸.

Todo eso nos indica que debemos partir de una teoría dualista del bien jurídico en la que coexistan bienes jurídicos colectivos que no pueden conectarse de forma inmediata y

en principio, no tendría por qué llevar a tal conclusión, pues en el Derecho penal tradicional se dan bienes jurídicos análogos, como la fe pública, la administración de justicia, la seguridad interior y exterior del Estado”; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Reflexiones*, p. 105, según el cual “muchos de los aspectos censurables del <moderno> Derecho penal no son reconducibles a la ilegitimidad (per se) de determinados bienes supraindividuales sino que dimanar realmente de la deficiente técnica de tipicidad adoptada”.

⁴⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, p. 447. En la misma línea: SOTO NAVARRO, *Bienes colectivos*, p. 174, para quien “tanto los postulados del Estado Social como las convicciones generales son referentes normativos que legitiman la intervención jurídico-penal a favor de nuevas necesidades y exigencias sociales”; PORTILLA CONTRERAS, *Principio de intervención mínima*, p. 740, según el cual “la ausencia de conciencia social debido a la falta de práctica en el ejercicio, por ejemplo de la libertad, no convierte a los intereses colectivos en simples actividades administrativas de escasa relevancia social, pues son precisamente estos bienes los que posibilitan el desarrollo de las demás garantías”.

exclusiva con intereses esenciales del individuo, esto es, bienes jurídicos configurados de forma autónoma de los de naturaleza individual. Y ello porque una concepción liberal democrática del Estado, que tenía que partir de los bienes jurídicos con referencia a la persona, nunca significó desconocer bienes jurídicos de diferentes naturalezas. “No es que se negara la existencia de bienes jurídicos supraindividuales, lo que sí sucedía era que, al considerarse al Estado con una función simplemente de guardián, no se visualizaba la necesidad de intervenir”⁴⁹. Y el otorgamiento de un carácter autónomo al bien supraindividual lleva a concluir que no es preciso constatar una peligrosidad del bien o los bienes personales en el caso concreto, aunque en muchos supuestos la lesión al bien jurídico colectivo implique un peligro para bienes jurídicos individuales. Pero existen bienes comunes que no pertenecen a nadie de forma individualizada. El referente lesivo es el propio bien jurídico colectivo, lo que conlleva a una distinta posibilidad de discriminar grados de lesividad.

Y los bienes jurídicos colectivos, más allá de las múltiples clasificaciones doctrinales, han sido divididos en dos grandes grupos⁵⁰: a) *bienes jurídicos intermedios*, que se configuran como contextos previos de lesión de bienes jurídicos individuales, y que, por tanto, pueden reconducirse directamente a un bien jurídico personal; b) *bienes jurídicos institucionales*, los cuales comprenden realidades sociales que no se perfilan como meros sectores de riesgo para intereses individuales, sino que son verdaderos bienes públicos, instituciones esenciales para el desarrollo social basadas en la participación de sus integrantes, y que, por ello, su lesión tiene un carácter autónomo, y no dependiente en cuanto estadio previo a la lesión de un bien jurídico individual. Ejemplo de los mismos es precisamente la Administración Pública, institución social que no remite a la protección directa de bienes jurídicos individuales y cuyo injusto no está basado en la protección de esferas de libertad sino en la vulneración del deber de contribuir a su correcto funcionamiento. Con todo, en sentido propio los bienes jurídicos colectivos son solamente aquellos que no son divisibles en bienes jurídicos individuales, esto es, los que atañen a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado y del sistema social.

⁴⁸ PORTILLA CONTRERAS, *Principio de intervención mínima*, p. 741.

⁴⁹ BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 187-190.

⁵⁰ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Daños cumulativos*, p. 8 y ss.

Suelen sintetizarse las características definitorias de los bienes jurídicos colectivos en los siguientes aspectos⁵¹: a) En primer lugar, la <titularidad compartida>, entendida como función o utilidad para la sociedad en su conjunto. Los bienes jurídicos colectivos están referidos a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, de manera que su titularidad es compartida por el conjunto de la sociedad y no sólo por una pluralidad de personas (un colectivo determinado). Ello conlleva a la no-exclusión en el uso y no-rivalidad en el consumo, pues todo bien jurídico colectivo se caracteriza por el rasgo de la posibilidad de aprovechamiento por todos, sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual no obstaculice ni impida al aprovechamiento por otros; b) En segundo lugar, el dato de su <indisponibilidad>, lo cual se manifiesta en la ineficacia jurídico-penal del consentimiento. Hay acuerdo en que sólo es posible la renuncia a la tutela jurídico-penal cuando se trate de bienes que, por su naturaleza, sean inherentes y exclusivos de la persona individual, no así cuando la titularidad del bien recaiga sobre el conjunto de la sociedad; c) En tercer lugar, el rasgo de la <indivisibilidad> o <no-distributividad>, concebida como imposibilidad conceptual de dividir (ni fáctica ni jurídicamente) el bien jurídico en partes, de tal manera que pueda atribuirse de forma individual en porciones. Así, un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignar una porción de éste a un individuo. Por eso, no es posible relacionar el bien jurídico colectivo en todo o en parte a un único sector de la sociedad. De la seguridad en el tráfico monetario, así como de la seguridad interior del Estado o la potestad estatal sobre las cosas, se beneficia cada ciudadano en igual medida; d) al criterio del *no-desgaste* sólo se aplica a los casos de bienes jurídicos que han de construirse libres de desgaste, si no, no estaría garantizada la premisa de que cualquiera puede utilizar un bien jurídico colectivo; ello no se aplica, por tanto, a los bienes jurídicos relativos a la organización del Estado y su desarrollo, dado que no se disfrutan en sentido estricto por los miembros de la sociedad, con lo que no se cumple más que el criterio de la no-distributividad⁵²; e) Un sector de la doctrina⁵³ incluye aún el rasgo de la *naturaleza conflictual distinta*. Se afirma que al contrario de los bienes jurídicos de corte individual, los atentados contra los nuevos bienes jurídicos colectivos se caracterizan por el hecho de que las fuentes de peligro para los mismos provienen de *actividades lícitas y socialmente necesarias* (del normal funcionamiento del sistema social)

⁵¹ Cfr. HEFENDEHL, *Bien jurídico*, p. 182 y ss.; SOTO NAVARRO, *Bienes colectivos*, p. p. 193 y ss.

⁵² Cfr. HEFENDEHL, *Bien jurídico*, p. 189-190.

que en modo alguno pueden ser suprimidas, sino tan sólo sometidas a control. En razón de ello, no puede aspirarse a una tutela absoluta de los bienes emergentes, sino que, por el contrario, se haga necesaria una *ponderación* de los diversos intereses en juego, de modo que su protección sea *compatible* con el mantenimiento de otros intereses legítimos que no pueden ser plenamente planificados. Tal rasgo, a diferencia de los anteriores, no es predicable en general a todos los bienes jurídicos colectivos.

Pero el problema de los bienes jurídicos colectivos reside en proteger bienes jurídicos que son ilegítimos y distinguir bienes jurídicos colectivos auténticos de meras rectificaciones de bienes jurídicos individuales (bien jurídico colectivo aparente), que no pasan de la mera suma de intereses individuales⁵⁴. La pluralidad de varios bienes jurídicos individuales (colectivo determinado) no es suficiente para construir un bien jurídico colectivo, porque éste es caracterizado por la elemental de la <no-distributividad>, esto es, él es indivisible entre diversas personas. De manera que “si a la hora de identificar un bien jurídico colectivo no se es capaz de encontrar tras él más que bienes jurídicos de naturaleza individual, ese bien jurídico es superficial y habría que prescindir de él”⁵⁵. Así, cada cual tiene su vida, su propiedad, independientemente de los demás, pero el medio ambiente o la probidad de la Administración Pública son gozados por todos en su totalidad, no habiendo una parte del medio ambiente o de la probidad de la Administración Pública que asista exclusivamente al individuo aislado. Y esta errónea aglomeración de bienes jurídicos individuales en un colectivo sirve de argumento a la jurisprudencia para que se ignoren por completo los principios de la exclusión de la protección penal en faz del consentimiento del titular del bien jurídico. De todos modos, los problemas de legitimidad de estos tipos no son esencialmente distintos de otros delitos que protegen bienes jurídicos individuales⁵⁶.

Otro inconveniente propio de la protección penal de los bienes jurídicos colectivos es la dificultad de delimitar el ilícito penal del ilícito administrativo, lo que podría poner en entredicho los principios de taxatividad e intervención mínima. Así, la

⁵³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 190; SOTO NAVARRO, *Bienes colectivos*, p. 213-

⁵⁴ Como ponen en tela de juicio DE LA MATA BARRANCO, Norberto y DE LA MATA BARRANCO, Ignacio, *Autorización*, p. 486, “no parece que pueda rechazarse la tutela penal de intereses colectivos, desconociendo las nuevas necesidades que se derivan de la evolución social. Lo que sí habrá de exigirse es una valoración de cada caso para determinar si realmente nos hallamos ante un objeto dotado de un auténtico contenido material que justifique sea digno de tutela penal”.

⁵⁵ SOTO NAVARRO, *Bienes colectivos*, p. 213.

⁵⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, p. 796.

delimitación exigirá un refinado ejercicio hermenéutico que deberá tener como punto de partida la exigencia de que la conducta posea al menos <idoneidad> abstracta para afectar eventualmente a una legítima expectativa subjetiva de una persona frente a la Administración. Con ello se excluyen, por aplicación de los principios de insignificancia, prohibición de exceso e *in dubio pro libertad*, la tipicidad penal de conductas cuya lesividad es dudosa o que aunque se encajan formalmente en la descripción típica su desvalor sólo configura un grado de injusto mínimo⁵⁷.

2.2 El correcto funcionamiento de la Administración Pública como bien jurídico común o categorial

El legislador del Código Penal español de 1995, atendiendo a reclamos de la doctrina, intitula los delitos previstos en el Título XIX del libro II como “Delitos contra la Administración Pública”⁵⁸ y no más como delitos de funcionarios en ejercicio de sus cargos. Administración Pública que desde una perspectiva procedimental del bien jurídico debe ser concebida como la razón o motivo en virtud de la cual es posible justificar la intervención del Derecho penal, lo que posee notable importancia a la constatación de la lesividad en abstracto⁵⁹.

El bien jurídico así concebido aparece configurado como todo aquello cuya tutela legitima el castigo (como *ratio legis*, orientación o finalidad objetiva de la norma). El

⁵⁷ En este sentido: ASÚA BATARRITA, *Aspectos*, p. 25; DEMETRIO CRESPO, *Consideraciones*, p. 186; STERNBERG-LIEBEN, *Bien jurídico*, p. 125.

⁵⁸ MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 59: “La utilización del término Administración Pública en la rúbrica del Título XIX constituye una convención apta para señalar la globalidad de sectores en que los poderes públicos llevan a cabo las tareas constitucionalmente asignadas”.

⁵⁹ La expresión <lesividad en abstracto> es utilizada por autores como MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 151 y ss., según el cual “las clases de acciones tipificadas en la ley penal pueden, a menudo, ser definidas con independencia del potencial lesivo que contengan”. Ello, sin embargo, no es obstáculo para reconocer que el estudio de las concretas figuras de la malversación deba empezar precisamente por la delimitación del bien jurídico que se tutela en cada una de ellas (el patrimonio público). Como pone de manifiesto referido autor, “el potencial ofensivo de los actos realizados despliega asimismo un papel definitorio, en el sentido de que permite determinar si los actos constituyen acciones penalmente relevantes (lo que podemos llamar lesividad en concreto), es decir, la lesión o el peligro inscritos en su comportamiento determinado al que sigue un resultado (Vg., la muerte) determinará si puede afirmarse, o no, la existencia de una acción típica”. De manera que la *ratio legis* puede verse ya satisfecha desde la previsión legislativa, mientras que el bien jurídico técnicamente tutelado *siempre* ha de resultar lesionado o puesto en peligro por la realización del delito. El bien jurídico mediato – en la medida en que forma parte de la *ratio legis* – cumple, ante todo, una relevante función en el plano de la denominada lesividad abstracta (función político-criminal atinente a la posible creación o supresión de delitos). La vulneración del bien jurídico *mediato* no aparece incorporada al tipo de injusto de la infracción correspondiente y, por tanto, el intérprete

correcto funcionamiento jamás podrá constituir el bien jurídico directa o inmediatamente tutelado en el sentido de que su vulneración se halle incorporada implícitamente a cada tipo de injusto. Ello es catalogado como bien jurídico genérico que en última instancia todas las figuras delictivas podrán ser reconducidas y que como bien final (representado) simplemente se pone en peligro. De ahí que, aunque no tiene que identificarse, dicha noción no sólo incluya el objeto inmediatamente protegido (bien jurídico en sentido estricto), sino también todo el entramado de intereses legítimos que subyacen en la norma penal y que operan como bienes mediatos. Ello implica un cambio de paradigma, derivado, como se verá a continuación, de la imposibilidad de delimitar un núcleo material o formal común a todas las conductas sancionadas por la ley penal en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública, teniendo en cuenta la gran diversidad de intereses jurídicos protegidos.

Evidentemente, al lado del referido bien jurídico mediato habrá siempre un bien jurídico específico dotado de mayor concreción, que se reduce en un específico y determinado interés jurídico del Estado. En el caso específico de la malversación el bien jurídico en sentido técnico, directamente protegido, es el patrimonio público, que es el que posee relevancia dogmática, mientras que el correcto funcionamiento de la Administración es el bien jurídico mediato o *ratio legis* de la criminalización. Así, el fundamento de la criminalización de la malversación no reside en la peligrosidad abstracta que reviste la reiteración generalizada de conductas, aisladamente inocuas para el adecuado funcionamiento de la Administración, sino en el concreto menoscabo del patrimonio público que comporta cada ataque individual.

Así, de acuerdo con la lectura de que el ejercicio del *ius puniendi* debe operarse en torno al conjunto de personas de una determinada sociedad, con la tutela penal de la Administración Pública se intenta salvaguardar las atribuciones asignadas a los Poderes Públicos y que a lo sumo están al servicio de todos los individuos. El Estado social, por medio de la Administración, materializa la consecución de sus objetivos (satisfacción del interés general) y por ello se posibilitan las condiciones para el libre desarrollo de la

no tiene por qué acreditar que en el caso concreto se ha producido una lesión o puesta en peligro de dicho bien.

persona. Es decir, la actividad pública no se justifica ni se legitima por sí misma, sino en cuanto instrumento al servicio de los ciudadanos⁶⁰.

Ahora bien, la característica esencial del perfil administrativo o burocrático del Estado moderno es la objetividad e imparcialidad, que debe ser interpretada como la necesidad de que la actuación administrativa sea ajena a intereses particulares, políticos o de otra índole. La Administración Pública válida para el Derecho Público de nuestros días es aquella institución pública que se singulariza (y se legitima) por su dimensión institucional y finalista: por su función de servicio (con objetividad) de los intereses generales, dado que la Administración debe cumplir unos fines derivados de la concepción constitucional del Estado social y de Derecho.

En definitiva, la Administración debe ser entendida a partir de una nueva lectura de los principios constitucionales, pasando a incluir como presupuesto y contenido esencial de la libertad la posibilidad de exigir del Estado moderno, como Estado Social de Derecho y Estado de bienestar, la participación en determinadas prestaciones básicas que satisfacen necesidades colectivas. La Administración debe cumplir unos fines derivados de la concepción constitucional del Estado Social y de Derecho. Se rompe, así, con el teórico aislamiento de los individuos propios de la sociedad civil liberal y se abre paso al pluralismo en todos los ámbitos de la vida. Consecuencia de esa ruptura es que irrumpen un nuevo concepto de Administración: intervencionista y conformadora de la sociedad, en cuanto garantista de una serie de necesidades, esenciales a la hora de enfrentarse a la nueva cultura de igualdad y libertad⁶¹.

⁶⁰ Cfr. MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios*, p. 1126; En el mismo sentido: MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 69: “El núcleo de injusto de los tipos penales comprendidos en el Título correspondiente a los <Delitos contra la Administración Pública> tampoco pueden desligarse de la consideración de la dignidad humana como clave de bóveda normativa de la madeja dogmático-constitucional, en el empeño por garantizar el libre desarrollo de la personalidad”; ASÚA BATARRITA, *Tutela*, p. 25: “La conducta penalmente relevante debe ser aquella que genera al menos un peligro para el ejercicio o la vigencia de un derecho subjetivo o de una expectativa legítima de una persona frente a la Administración”; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *El delito de prevaricación*, p. 1516: “democráticamente consideradas las funciones públicas, no se ejercen en beneficio del Estado, sino que existen, como el Estado mismo, y se desempeñan en beneficio de los ciudadanos”; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *El consentimiento*, p. 14, según el cual los delitos del cargo se revelan como medios de aseguramiento de ciertos procedimientos de actuación administrativa: de aquéllos que, hallándose sometidos a un constante peligro de infracción, repercuten directa o indirectamente sobre derechos e intereses individuales.

⁶¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 22-23.

Por tanto, la Administración debe ser contemplada desde una óptica de dinamicidad (funcional) y no como realidad estática⁶², pues lo que verdaderamente se intenta proteger es su correcto funcionamiento⁶³, dentro del respeto más absoluto a la ley y al Derecho, pues el correcto ejercicio de la función pública conforme a los principios constitucionales de legalidad, objetividad e imparcialidad constituye la esencia misma de cualquier actuación administrativa. Los delitos contra la Administración Pública comportan un ataque a la actividad prestacional que desempeñan los órganos administrativos y no a éstos en cuanto tales⁶⁴. Ello conlleva a negar definitivamente la protección de la Administración *per se* y a reconocer como único interés merecedor de tutela a la actividad pública, los servicios que los distintos Poderes del Estado prestan a los ciudadanos en el marco del Estado social y democrático de derecho⁶⁵.

⁶² Al respecto, véase las conclusiones de RUDOLPHI, *Bien jurídico*, p. 343, en relación con la protección de la administración de justicia, que puede perfectamente ser trasladada a la función Administración. Según el referido autor, la administración de justicia es digna de protección en tanto y en cuanto la función que a ella le incumbe es parte integrante de nuestra sociedad, y al mismo tiempo inexorable presupuesto para la vida en común próspera de individuos libres dentro del Estado. El sustrato real del bien jurídico en la administración de justicia, por tanto, no es un estado cualquiera, sino su función dentro de los márgenes de la sociedad, es decir, la unidad funcional social descrita con el concepto de administración de justicia. Ella es para el legislador, por lo tanto, valiosa y digna de protección, en tanto y en cuanto su ejercicio imperturbable es un presupuesto esencial para la permanencia de nuestra vida social estructurada sobre la libertad y responsabilidad de los individuos. Brevemente: bien jurídico de los tipos penales que protegen la administración de justicia como verdadera unidad funcional necesaria para una sociedad constitucionalmente organizada.

⁶³ En el mismo sentido: RUEDA MARTÍN, *Reflexiones*, p. 434; GONZÁLEZ CUSSAC, *La prevaricación*, p. 12, para quien “el bien jurídico común o categorial, común a todos los tipos comprendidos dentro los <delitos contra la Administración Pública> estará constituido por la <función pública ejercida correctamente, esto es, dentro de la legalidad>”; RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 39; MALEM SEÑA, *La corrupción*, p. 39: “es un dato incontrovertible que el Estado necesita un cierto número de personas y una determinada organización para poder cumplir sus funciones y prestar los servicios públicos pertinentes de un modo adecuado. Este conjunto de personas, la organización bajo la cual operan y hasta los servicios públicos que satisfacen recibe el nombre genérico de administración pública. Dado su carácter funcional, se puede decir que la administración pública y sus agentes tienen una existencia instrumental”; FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 15: es posible identificar en la función pública una actividad desempeñada por agentes, órganos y entidades públicas con el propósito de concretizar el poder-deber <finalístico> del Estado”; FERRÉ OLIVÉ, *Corrupción*, p. 15: “¿Qué se exige a la Administración Pública? Dado que se están gestionando bienes públicos, la Administración debe funcionar correctamente. La actividad de la Administración Pública no es similar a la que desarrolla una empresa privada. A aquellos que intervienen en el sector público se les demanda imparcialidad, eficacia, transparencia y servicio a los intereses generales”.

⁶⁴ En el mismo sentido: BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, p. 366; ASÚA BATARRITA, *Tutela*, p. 22.

⁶⁵ En el mismo sentido: MUÑOZ CUESTA, *Malversación impropia*, p. 01; MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios*, p. 1126; LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, *Delitos contra la administración pública*, p. 176: “la Administración Pública como objeto de protección no se corresponde ni con el conjunto orgánico ni con su dignidad o prestigio, sino con la función pública como actividad de prestación a los administrados”; CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal*, p. 1050: “Aparece así la Administración Pública, es decir su correcto funcionamiento, como el bien jurídico que se protege, directa o indirectamente, por el elenco de figuras que se regulan en los nueve Capítulos del Título”; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *El consentimiento*, p. 6: “ la existencia de estos delitos [delitos del cargo] no se justificará ya, pues, no en el fortalecimiento de principios deontológico relacionados con la <ética> del cargo, ni en la necesidad de reforzar el prestigio o la dignidad de los órganos administrativos, ni,

Por medio del enfoque de la <dinamización>, se sostiene y se fundamenta ahora la existencia de un objeto de tutela común a todos los delitos contra la Administración Pública: de delitos <cometidos por un funcionario> (delitos de posición) en delitos realizados <en el ejercicio de un cargo público> (delitos del cargo). El bien jurídico se proyecta hacia el cargo, hacia la corrección de su ejercicio frente a las irregularidades, extralimitaciones o perturbaciones protagonizadas por sus titulares. El rasgo distintivo de su estructura se descubre en un abuso de la autoridad, de la posición privilegiada o de los medios materiales proporcionados por el ejercicio del cargo público. Son, en definitiva, delitos contra la <función pública> realizados por quienes se hallan en disposición de atacarla <desde dentro>, cuando actúan desde su interior.

2.3. Legitimidad de la función pública como objeto de la tutela jurídico-penal.

Toda función tiene siempre una característica de instrumentalidad y de dependencia de otro objeto, pues no existe por sí misma. De manera que se podría objetar que la función pública no constituye un valor y, por tanto, no podría ser elevada a la categoría de bien jurídico. Sucede que debido a la complejidad de la vida, algunas funciones se van materializando, de tal modo que sus variables puedan constituir una realidad, como es el caso de la Administración Pública y Administración de la Justicia, que son hoy funciones indeclinables del Estado Democrático y cuya característica es servir, indistintamente, a todos, en el sentido de una universalidad⁶⁶.

Además, las normas penales siempre han protegido funciones, razón por la cual ello no es problemático en sí mismo. El problema de legitimidad se presenta cuando se busca proteger <necesidades sociales contingentes> o <modelos contingentes de gestión o políticas de ordenación de un determinado problema social>”⁶⁷, configurando lo que

por supuesto, en la exigencia de deslindar debidamente los ámbitos de actuación de los distintos poderes públicos. Todos estos <valores> se consideran reminiscencias de concepciones ideológicas y políticas desfasadas, incapaces de expresar exigencias <reales> de tutela”.

⁶⁶ En el mismo sentido: TAVARES, *Teoría do injusto penal*, p 203-224; ALCÁCER GUIRAO, *Daños cumulativos*, p. 15: “resulta indudable que el grado de desarrollo alcanzado en las actuales sociedades ha configurado determinadas instituciones colectivas, de titularidad social, que, sin ser directamente reconducibles a bienes jurídicos personales – en lo relativo a los modos de lesión -, ejercen una función social indudablemente maximizadora de las posibilidades de participación social del ciudadano”.

⁶⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *Bien jurídico*, p. 8; el mismo, *Retribución y prevención general*, p. 803-804.

SILVA SÁNCHEZ⁶⁸ ha definido como protección del <Estado de la Prevención>, en el cual se castiga como injusto cualquier perturbación del correcto funcionamiento de la supervisión o inspección estatal. El Derecho penal sólo debe proteger funciones básicas y permanentes del Estado. En el caso de la Administración Pública, es indudable que es valiosa y merecedora de protección jurídico-penal en la medida en que la función que le compete forma parte de la estructura social, y es, al propio tiempo, un presupuesto imprescindible para la vida en común próspera de individuos libres del Estado⁶⁹. Por tanto, lo que convierte la actividad de la Administración Pública en una función básica del sistema social es la utilidad de sus resultados para la colectividad, en cuanto que por medio de ella se articula una importante contribución solidaria a la consecución de los fines del Estado Social⁷⁰.

Pero la mera alusión a la <función pública> resulta excesivamente genérica como para poder concretar el ámbito de los tipos penales, que dan entrada a conductas muy diferentes entre sí, aptas para poner en peligro – con toda seguridad – diversas facetas vertientes de aquélla. La adopción de la Administración Pública en sentido de función exige precisión en su determinación, a fin de no desvirtuar la perspectiva del bien jurídico⁷¹. En razón de ello, hay quien sostiene que es preciso identificar un referente político-criminal y dogmático que sirva para generar la agrupación, esto es, que permita captar la esencia de todos y cada uno de los tipos sin necesidad de recurrir a la formulación de ulteriores bienes jurídicos⁷². Y debido a la idiosincrasia del Título XIX (protección no sólo de las desviaciones en el ejercicio de los cargos públicos sino también a los ataques conducidos por *extranei*) no es posible hacer del ejercicio abusivo del cargo el núcleo de la tipicidad de todas las figuras que la integran⁷³, razón por la cual la doctrina ha buscado el

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, p. 138.

⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 291-292

⁷⁰ Como pone de manifiesto SOTO NAVARRO, *Bienes colectivos*, p. 265, “la actividad que despliega esta institución constituye un presupuesto imprescindible para la convivencia, dado su carácter instrumental al servicio de los intereses generales”.

⁷¹ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, *El delito de prevaricación*, p. 1516: “la apelación a las “funciones públicas”, efectivamente, puede considerarse la ratio de este conjunto de incriminaciones o, a lo más, el “bien jurídico de la categoría”. Pero tomada sin mayor concreción, configura un objeto de tutela tan amplio que haría de todos los delitos a ellas directamente referidos delitos de peligro potencial o abstracto”.

⁷² En el mismo sentido: VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *El consentimiento*, p. 12.

⁷³ En el mismo sentido: VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *Delitos*, p. 104-107; MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios*, p. 1600-1601: “con la incorporación al catálogo de delitos contra la Administración Pública de estos comportamientos [delitos contra la Administración Pública que no requieren la incorporación del sujeto a la actividad pública], adquiere refrendo legal la concepción doctrinal según la cual la infracción de los deberes del cargo no constituye el objeto jurídico de tutela en el Título XIX.”.

elemento aglutinador de los delitos contra la Administración Pública en los principios constitucionales que nortean la organización administrativa.

2.4. Aproximación constitucional

La tendencia jurídico-constitucional formaliza los fines del ordenamiento jurídico en la Constitución, señalando que en ella están los valores nucleares (vida, libertad, patrimonio, etc.), orientadores del *ius puniendi*. La Constitución obra como fuente material de derecho para la determinación de los bienes jurídicos merecedores de protección penal⁷⁴. Se argumenta que la norma penal no crea nunca intereses, sino que recorta y especifica los valores previamente establecidos en la Carta Magna. En ésta, pues, estarían explícita o implícitamente ubicados los valores fundamentales para que se obtenga un concepto previo de bien jurídico a efectos penales y, por lo tanto, los criterios de elección de los intereses dignos de protección penal sólo se podrían hacer a partir de valoraciones constitucionales⁷⁵. Así, el legislador, para crear un tipo penal debe orientarse en las directrices político-criminales extraídas de la Constitución, pues tales directrices funcionan como referencia en el proceso de connotación de los hechos sujetos a la criminalización penal⁷⁶. En otras palabras, es la Constitución la que en definitiva selecciona los bienes jurídicos merecedores de tutela penal, escogiéndolos precisamente por su significación para el proyecto de convivencia social que formula⁷⁷.

⁷⁴ “El elenco o <tablas> de valores en ella recogidas estarían marcando el perímetro de todo cuanto puede el legislador – *ad ulteriori* – someter a protección penal. Así, pues, la Constitución viene a <cerrar> el concepto de bien jurídico o, cuanto menos, a darle mayor especificidad a su sustrato valorativo. En otras palabras, sólo podría devenir penalmente protegible un bien jurídico reconocido *a priori* en el texto de la Constitución” (FERNÁNDEZ, *Bien jurídico*, p. 112).

⁷⁵ Incluso, para FERRAJOLI, *Direito e razão*, p. 433, el más elemental criterio es el de justificar las prohibiciones solamente cuando se dirijan a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social. O sea, no sólo los clásicos derechos individuales e liberales, sino también los colectivos e/o sociales, como el derecho al medio ambiente o a la salud. Mas también han de incluirse aquí bienes que no son derechos, como el interés colectivo, y ciertamente fundamental, a una Administración pública no corrupta.

⁷⁶ Para FIGUEIREDO DIAS, *Questões fundamentais*, p. 67, “se debe concluir que un bien jurídico político-criminalmente vinculante existe allí – y sólo allí – donde se encuentre *reflejado* en un valor jurídico-constitucionalmente reconocido en nombre del sistema social total y que, de este modo, se puede afirmar que <preexiste> al ordenamiento jurídico-penal”; En la misma dirección, ROXIN, *Derecho penal*, p. 55, es de opinión que “el punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado”.

⁷⁷ FERNÁNDEZ, *Bien jurídico*, p. 54.

De manera que para delimitar la función pública es indispensable recurrir al sistema de valores consagrados por la Constitución. La Administración Pública se afianza como un auténtico bien jurídico material, protegido única y exclusivamente en cuanto sirve con arreglo a unos determinados parámetros: los <supraprincipios> constitucionales por los que su organización y actividad se encuentran íntegramente penetrados y condicionados. Y ello porque la tarea que cumple la función pública no es otra que la de tutelar los valores constitucionales, que le sirven de fundamento y articulan su funcionamiento. El punto de partida lógico y material del conjunto normativo del Título XIX del CP se hallaría en el Estatuto Constitucional de la Administración Pública, explicitado en el artículo 103.1 del Texto Fundamental: <La Administración sirve con objetividad a los intereses generales>, y actúa <con sometimiento pleno a la ley y al derecho, de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación>⁷⁸.

Esta aproximación constitucional a los delitos contra la Administración Pública estaría aún refrendada por la Exposición de Motivos de la LPC de 1992, según la cual la Constitución de 1978 alumbró un nuevo concepto de Administración sometida a la ley y al Derecho, acorde con la expresión democrática popular. La constitución consagra el carácter instrumental de la Administración puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos, y la responsabilidad política del gobierno en tanto que es responsable de dirigirla. Por ello, la Administración y su régimen jurídico deben sufrir los necesarios ajustes y reformas para integrarse en la sociedad a la que sirve como el instrumento que promueve las condiciones para que los derechos constitucionales del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos.

Además, los valores que integran el Estatuto Constitucional de la Administración vendrían afirmados con carácter preceptivo – no meramente pragmático –, lo que lejos de hacer perder estabilidad al concepto de bien jurídico, hace posible el desenvolvimiento de su función crítica. Suele destacarse positivamente que, en la medida en que los principios seleccionados por la Carta Magna constituyen cánones normativos externos de la

⁷⁸ FERRÉ OLIVÉ, *Corrupción*, p. 20. De la misma opinión: DEMETRIO CRESPO, *Consideraciones*, p. 186; GONZÁLEZ PÉREZ, *Corrupción*, p. 123, para quien “el bien jurídico protegido, recto y normal funcionamiento de la Administración con sujeción al sistema de valores instaurados en la Constitución, obliga a tener en consideración los artículos 103 y 105 de dicho texto fundamental, que sirven de plataforma esencial a toda actuación administrativa, estableciendo el primero la obligación de la Administración pública de servir con objetividad los intereses generales con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, y el segundo

Administración Pública, representan un criterio altamente utilizable en sede de diferenciación entre ilícito penal y disciplinario, al inducir a reservar éste (disciplinario) para los incumplimientos o transgresiones de pautas de organización marcadas por la propia Administración o por el legislador ordinario que no llegan a traducirse en un perjuicio de dimensión externa, esto es, en la lesión o puesta en peligro de bienes de relevancia constitucional distintos de la funcionalidad interna del cargo desempeñado por el sujeto.

En definitiva, el bien jurídico común a los delitos contra la Administración Pública no sería otro que la realización de sus actividades prestacionales según los valores fijados por la Constitución como especiales y exclusivos de la función administrativa *stricto sensu*. La perspectiva constitucional impone una reagrupación de los bienes jurídicos en juego con arreglo a las características o cualidades predicables de la Administración Pública, del Poder Judicial y de las actividades política y legislativa.

Así, el bien categorial viene integrado: a) por la <satisfacción del interés general> a que está obligada la actuación pública; b) por la <eficacia>, entendida como capacidad de prestación y/o garantía de los servicios públicos; c) por la <objetividad> en la sumisión al interés general, derivado del principio básico de <interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos> del art. 9.3 de la Constitución Española; d) por la <imparcialidad>, entendida como condición personal de cumplimiento de la objetividad, cuya trascendencia viene subrayada por el art. 103.3 al ordenar que la ley reguladora del estatuto de los funcionarios públicos recoja <las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones>.

2.4.1. La satisfacción del interés general

Una corriente ha localizado el bien jurídico en los <intereses generales> que la Administración está obligada a cuidar y perseguir en virtud de la cláusula de habilitación contenida en el art. 103.1 CE. O sea, el adecuado ejercicio de la función pública, dentro de la legalidad, conforme a los intereses generales, es para lo que se asegura el régimen de destino y utilización de los bienes públicos: para la satisfacción de tales intereses por los

al mismo sometimiento al principio de legalidad de la actuación administrativa y de ésta a los fines que la justifican”.

ciudadanos. Y si la <satisfacción> del interés general> es una de las pautas que utiliza el Constituyente para organizar y revestir de legitimidad a las actuaciones públicas, está claro que deviene radicalmente ilegítima toda actuación presidida por los criterios personales de los titulares de los órganos administrativos (actuaciones con fin delictivo)⁷⁹.

Esta concepción sufre la objeción de que si se parte de la premisa de que lo que da contenido material propio a los delitos del cargo es la desviación de las funciones públicas de los fines establecidos por el ordenamiento jurídico, en todo proceso penal que verse sobre estas figuras el juez habrá de determinar cuáles son estos fines, determinación que no resultará precisamente sencilla. Además, como el <interés general> representa un concepto formalizador de un bien jurídico global, abstracto y formal, su definición en cada caso deberá tomar en consideración tanto los intereses secundarios concurrentes (públicos o privados) como todos aquellos que se incluyen en el radio de acción de la propia noción de <interés general>. En efecto, si el cauce <natural> de expresión de lo que la sociedad entiende por el bien común es la legislación, en la mayoría de los casos ésta se limita a encomendar a la Administración la realización de una valoración del mismo, bien directamente (mediante fórmulas en la que se remite a lo que conviene o perjudica al interés público), bien indirectamente (mediante la atribución de la potestad de decidir discrecionalmente)⁸⁰.

2.4.2. Protección del *principio de eficacia* en cuanto principio conductor de la actuación de la Administración

REBOLLO VARGAS⁸¹ y MORALES PRATS y MORALES GARCIA⁸² centralizan el bien jurídico protegido en el principio de eficacia, recogido en los artículos 103 y 31.2 de la Constitución Española, como principio de actuación al cual queda vinculada la Administración en el desarrollo de sus funciones y cuya virtualidad viene determinada por una doble orden de consideraciones. Por una parte en cuanto principio inspirador de la actuación de la Administración, endereza a la consecución de resultados,

⁷⁹ En el mismo sentido: FERRÉ OLIVÉ, *Corrupción*, p. 20. De la misma opinión: DEMETRIO CRESPO, *Consideraciones*, p. 186.

⁸⁰ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *El consentimiento*, p. 10; RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Delitos*, p. 03-04.

⁸¹ REBOLLO VARGAS, *Bien jurídico*, p. 555-556.

⁸² MORALES PRATS y MORALES GARCIA, *Comentarios*, p. 1962-1963.

esto es, a resultados conformes y en su caso, queridos por el ordenamiento jurídico; por otra, porque el logro de resultados no es otro sino la satisfacción de intereses generales.

Esa eficacia en la actuación de la Administración pública orientada en sus principios a servir a los intereses generales, no es más que la obligación que tiene cualquier ente público para atender a la consecución de sus fines institucionales. Es más, cuando se produce una disfunción entre la consecución de esos fines institucionales (de actuación de la Administración pública orientada a servir a los intereses generales y caracterizada por la eficacia) con intereses contrapuestos, es cuando un comportamiento viene a ser penalmente relevante. El principio de eficacia, por su contenido específico, abarcaría ya la tutela del patrimonio, en un sentido sin duda similar al que patrocinan las teorías de corte funcionalista, pero que al quedar referenciado en el ámbito de actuación de los poderes públicos legitima y justifica una tipicidad independiente, separada y de mayor alcance de las conductas enmarcadas en el ámbito de la Administración Pública <lato sensu>.

A tal concepción se objeta, en primer lugar, que la función crítico-interpretativa del bien jurídico resultaría perjudicada por la <generalidad> del criterio manejado: la connotación de todos los abusos de la función pública en términos de ineficacia (así como en términos de ilegalidad o imparcialidad) sólo sería posible a costa de una cierta flexibilización del concepto de referencia, esto es, de un <vaciamiento> de su contenido real de valor⁸³. Además, tampoco se puede olvidar que la actividad de la Administración se ve enmarcada asimismo por el principio de legalidad y por lo tanto, más que la eficacia en la consecución de sus fines, la Administración está adscrita a la obediencia de la ley. Además, conlleva el inconveniente de dejar sin protección en la malversación aquellos bienes que no sirven a la actuación dinámica de la Administración.

⁸³ Cfr. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *El consentimiento*, p. 10, para quien “en modo alguno podría considerarse CASUAL y sí sumamente significativo que a lo largo del Título XIX del CP español estuviese presente y aflorase la preocupación del legislador penal por garantizar la eficacia de la acción de los poderes públicos, como exigencia de materialización, en realidad de los hechos, de los fines u objetivos a que dicha acción sirve. El Estatuto actual, marcado por el sello de la <sociabilidad>, tiene el deber de propiciar a la ciudadanía cauces técnicos para defenderse ante una Administración arbitraria, <pero debe prever también instrumentos para estimular a la Administración de actuar>”.

2.4.3. La <objetividad> o <imparcialidad>

Por la <objetividad> (sumisión al interés general) y la <imparcialidad> (entendida como condición personal de cumplimiento de la objetividad) el bien jurídico fijado normativamente consiste en privar a la Administración Pública de toda capacidad para generar una racionalidad independiente de la jurídica. La racionalización de la Administración debe traducirse en la realización del Derecho desde y mediante el Derecho⁸⁴.

Sucede que así perfilada, la imparcialidad proporciona una ayuda ciertamente modesta sobre el plano de la reconstrucción hermenéutica de los delitos de cargo. Con efecto, no todas las figuras típicas previstas a lo largo del Título XIX del Código Penal español requieren la ilegítima realización de intereses privados bajo la forma de ventajas o perjuicios (ej.: prevaricación (art. 404 CP); infidelidad en la custodia de documentos (art. 413 CP); abandono colectivo de servicio público (art. 409 CP). Así, sólo permitiría orientar la interpretación de aquellas figuras cuyo espacio de punición se explica y define sobre la base de una interferencia claramente personal o privada en la actividad del operador público.

Pero, más allá de las dificultades interpretativas de dicha fórmula genera, otra consideración se sobresale: la labor de ponderación entre los diversos principios y valores superiores que la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho reserva para la Administración no parece autorizar ninguna operación de jerarquización. Ellos obligan de modo simultáneo y sin diferencias de rango o validez, siendo deber de cualquier operador jurídico encontrar en cada supuesto concreto un punto de equilibrio entre todos ellos.

2.4.4. El Desarrollo de los procedimientos de gestión administrativa ajustado a los cánones constitucionales

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE⁸⁵, en apoyo a la idea general de BUSTOS RAMÍREZ acerca de la forma en la que el legislador penal protege el estatuto constitucional de la

⁸⁴ En el mismo sentido: GONZÁLEZ CUSSAC, *La prevaricación*, p. 12 y ss.; RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Delitos*, p. 02.

⁸⁵ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *El consentimiento*, p. 14 y ss. Adhiere a la posición de VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Delitos*, p. 03.

Administración Pública (el ejercicio debido o correcto de la función administrativa), estima que el rasgo definitivo – esencial – de su estructura se descubre en un *abuso de la autoridad*, de la posición privilegiada o de los medios materiales proporcionados por el ejercicio de un cargo público; y en un abuso especialmente grave, además, en la medida en que se trata de <instrumentos> que han sido confiados y puestos a disposición – legalmente, o de acuerdo con la organización interna del servicio – del sujeto.

Con base en ello, el denominador común de los delitos del cargo reside en los *procedimientos por los que discurren los asuntos encomendados a la Administración* y a los que incumbe, de forma inmediata, la misión de asegurar que en su funcionamiento cotidiano aquélla (Administración) responde a las exigencias y requerimientos que el Texto Fundamental le dirige. Es, pues, ese *conjunto de actuaciones* que se producen en el seno de la Administración, articuladas conforme a un plan, y que tienen por objeto la obtención y el procesamiento de información, que define el bien jurídico menoscabado por los delitos contra la Administración Pública. Y ello fundamentalmente porque con arreglo a la técnica de tipicidad adoptada por el legislador la competencia legalmente atribuida al funcionario delimita, al propio tiempo, su posición de poder y el ámbito o esfera de la función pública en que se produce o inserta la conducta delictiva.

El fundamento de la intervención penal se sigue ya, entonces, de la definición típica de los delitos del cargo como delitos cometidos en el ejercicio de la competencia, a través de los cuales se verifican injerencias ilícitas en los esquemas o modelos abstractos de actuación administrativa. Cada uno de los perfiles de abuso que dibujan los tipos viene a representar un vicio o coeficiente de parcialidad, de ilegalidad, de ineficacia, que justifican las exigencias de tutela jurídico-penal, pero a los que debe otorgárseles relevancia hermenéutica sólo en vía inductiva y mediata, es decir, tomando como referencia la <perversión> que son idóneos para producir en el procedimiento en que, caso por caso, se enmarca la actividad delictiva del funcionario.

2.5. Concreción individualizada

A las concepciones constitucionalistas hay que reprocharles que el proceso de criminalización debe realizarse de forma *dinámica*, pues, dada la diversidad de objetivos entre legislador constituyente y penal la relación entre ambos es de *coherencia* y no de

coincidencia⁸⁶. Además, las aproximaciones constitucionales tienen limitada operatividad a la hora de ofrecer una precisa interpretación de los elementos típicos de cada uno de los delitos y no van más allá de proporcionar criterios abstractos, inservibles para el proceso de concreción y operatividad dogmática del objeto de tutela. Como pone en tela de juicio SILVA SÁNCHEZ⁸⁷, no debe sobrevalorarse el papel de la Constitución, pretendiendo hallar en ella la fijación concreta y definitiva de las premisas básicas del razonamiento dogmático. Aunque desempeñe un criterio delimitador, la legitimación material de las normas penales no está anclada en la Constitución⁸⁸.

De mi parte, estoy de acuerdo con el sector de la doctrina que afirma que la referencia al <correcto funcionamiento de la Administración> es un objetivo genérico cuyo contenido concretamente tutelado precisa todavía de posteriores concreciones. Y naturalmente esta idea genérica requiere una posterior concreción en cada uno de los concretos tipos delictivos. Por ello se puede afirmar que el objeto de protección común del Título XIX es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en su vertiente de *función pública*, la cual debe concretarse o especificarse en cada figura delictiva por *el bien jurídico específico*⁸⁹. De suma importancia, por tanto, la concreción del bien jurídico que

⁸⁶ HASSEMER, *Fundamentos*, p. 34-41; ⁸⁶ BUSTOS RAMÍREZ, *Control Social*, p.167; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Proporcionalidad*, p. 165; GARCIA-PABLOS, *Introducción*, p. 547, para quien la Constitución constituye sólo un <punto de referencia obligado>.

⁸⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 113.

⁸⁸ Como pone de manifiesto BUSTOS RAMÍREZ, *Los bienes jurídicos colectivos*, p. 156, “la Constitución es ciertamente el marco de referencia fundamental del sistema, pero no puede cerrar el sistema, pues ello contravendría las bases mismas democráticas del sistema”. O sea, no es posible aceptarse una línea constitucionalista estricta que pretende deducir directamente los bienes jurídicos de las Constituciones, sino simplemente como un criterio negativo en virtud de lo cual no puede incriminar conductas que sea expresión de derechos o principios garantizados por la Constitución. En la misma línea, observa MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 155-156, que “la realidad social es más compleja que cualquier texto normativo, de suerte que es normal y legítimo que se tutelen jurídico-penalmente bienes que ni se hallen previstos constitucionalmente ni se deduzcan claramente de su contenido”, debiéndose, por tanto, estimarse el bien jurídico como “un valor que no sea socialmente irrelevante y que no esté proscrito constitucionalmente”.

⁸⁹ En el mismo sentido: FEIJOO SÁNCHEZ, *Consideraciones*, p. 1679; RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 39; GONZÁLEZ CUSSAC, *La prevaricación*, p. 17, según el cual “naturalmente, esta idea genérica requiere una posterior concreción en cada uno de los concretos tipos delictivos”; DE LA MATA y ETXEBARRÍA, *Malversación*, p. 78, para quienes el correcto funcionamiento de la Administración constituye una referencia demasiado general e insuficiente en sí misma para determinar el amparo penal, puesto que “sólo pasa a ser objeto de tutela penal cuando su afección se acompaña de lesión a intereses que pueden cifrarse de forma específica”. DE LA MATA, *Malversación*, p. 443: “sólo pasa a ser objeto de tutela penal cuando su afección se acompaña de lesión a intereses que pueden cifrarse de forma específica”. Respecto de los delitos contra la Administración en la legislación Argentina, observa SOLER, *Derecho penal*, p. 100, que “en esta parte, el Código ha adoptado un sistema por efecto del cual es posible agrupar una gran cantidad de infracciones bajo una designación común. Esa designación, sin embargo, apartándose de la regla seguida generalmente por el Código, no menciona un bien jurídico, sino de manera indirecta. Se hará necesario especificar en cada caso el contenido concretamente tutelado por cada infracción”; MIR PUIG, C., *Delitos*, p. 19; PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a*

protege la norma. Por ello, en cada modalidad de delito contra la Administración Pública debe realizarse un análisis de legitimidad sin que sea suficiente una referencia general al correcto funcionamiento de la Administración Pública⁹⁰.

Y ello porque el acto aislado, salvo casos de extraordinaria gravedad, no tiene capacidad para cercenar de forma decisiva el correcto funcionamiento de la Administración, sino que la reiteración o la frecuencia de esos actos es lo que conduce a una perversión importante de las funciones que ella debe cumplir⁹¹. En virtud de ello, un sector doctrinal ha hecho uso de las estructuras típicas por acumulación (los denominados delitos cumulativos o por acumulación) como técnica de protección de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales: la tipicidad y punición de conductas inofensivas desde una perspectiva individualizada, esto es, conductas que por sí solas no pueden menoscabar en una medida relevante un interés protegido jurídicamente, pero que unidas a otras realizadas en la misma dirección pueden conducir a menoscabos relevantes. Su justificación reside en el <problema del gran número>, esto es, en la consideración del peligro que surgiría si <todos hicieran lo mismo>. Ello con todo presupone una adición de las infracciones correspondientes, esto es, presupone que un número significativo de personas se comporte de la misma manera. En una palabra, una prognosis de realización futura de conductas similares por terceras personas, y que la suma de ellas alcance <poder destructivo> del bien colectivo⁹².

administração pública, p. 18, según los cuales el modo específico de la ofensa puede presentarse diverso entre un crimen y otro. Consiguientemente, en cada figura criminosa será necesario especificar cuál es el objeto de la tutela penal; DEMETRIO CRESPO, *Consideraciones*, p. 186, quien, al hacer referencia al bien jurídico como la función de prestación o servicio a los ciudadanos por parte de la Administración de acuerdo con el principio de objetividad, observa: “bien que sea preciso determinar en cada delito qué concreto aspecto queda cuestionado”; RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Delitos*, p. 02, Según MANES, *Bien jurídico*, p. 01-02, en el debate sobre la reforma de los delitos contra la Administración pública debería estar siempre más valorada la diferencia entre bien jurídico como categoría – objeto jurídico <en vulgar definición>, que a menudo no es más que una paráfrasis de criterios sobre los que se querría fijar la misma función administrativa – y bien jurídico específicamente tutelado por cada norma, enfocado sobre un aspecto particularista y más concreto de tutela; un esfuerzo que, en definitiva, vaya de lo universal a lo particular.

⁹⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, p. 805.

⁹¹ En el mismo sentido: ASÚA BATARRITA, *Aspectos*, p.23- 24, para quien “el deterioro institucional proviene de la suma de agresiones o vulneraciones”; FEIJOO SÁNCHEZ, *Consideraciones*, p. 1679: “Lo que lesiona el papel de la función pública en la vida moderna es la habitualidad o repetición de ciertas conductas tipificadas en este título XIX”, pues ello conllevaría a la falta de confianza de la sociedad en un funcionamiento mínimamente aceptable de la Administración”; DEMETRIO CRESPO, *Consideraciones*, p. 186.

⁹² De acuerdo con KUHLEN, citado por ALCÁCER GUIRAO, *Daños cumulativos*, p. 5, ello en absoluto significa que se vulnere el principio de culpabilidad (fundamentando la responsabilidad en virtud de lo realizado por terceras personas). Por el contrario, la cuestión de si cabe esperar que sin la existencia de la prohibición un gran número de personas realizaran pequeños daños, cuya acumulación diera lugar a grandes lesiones, es relevante únicamente de cara a la fundamentación de esa prohibición; Una vez decidida dicha

La tipicidad de daños cumulativos, como ha hecho notar un abundante sector doctrinal, plantea problemas de legitimidad, sobre todo con relación a si las conductas que sólo pueden conducir a daños acumulándose con otras conductas pueden considerarse un injusto merecedor de pena. Adhiero al sector doctrinal que estima que con base en el principio de la responsabilidad personal hay que rechazarse el <pensamiento de la acumulación>, pues una fundamentación del injusto en tales bases no significaría otra cosa que una sanción *ex iniuria tertii*, dependiente de hipotéticos comportamientos de terceros que puede que nunca se lleguen a dar⁹³. Efectivamente, el fundamento de la sanción en los <delitos cumulativos> reside más bien en una dinámica de <comportamientos uniformes en masa>, sin una lesividad social propia que lo justifique (la conducta no es lesiva por si misma). Pero desde la perspectiva del Derecho penal la pena no debe ser impuesta a la persona como representante de la masa sino como tal. Y la técnica de la acumulación constituye estructuras ilegítimas de criminalización porque acaban haciendo responder a una persona de las conductas de otros teniendo en cuenta los efectos nocivos de la reiteración. “Se trata de un método de imputación estadístico para problemas macro

cuestión, el enjuiciamiento se basa exclusivamente en la propia conducta, por lo que la responsabilidad se remite al injusto propio de esa acción”; Para HIRSCH-WOHLERS, *Teoría*, p. 300-302, la aportación cumulativa sólo puede considerarse portadora de dañosidad social suficiente cuando la hipótesis de los efectos cumulativos es suficientemente <realista>, esto es, siempre que exista una constatación empírica de los efectos cumulativos y la aportación acumulativa presente una mínima entidad; Ya para HEFENDEHL, *Riesgos futuros*, p. 11, la idea de la acumulación nos sirve de equivalencia material a la relación que en el seno de la causalidad lesiva ha de darse entre acción y bien jurídico, pero “se hace necesaria en todos los casos una explicación clara acerca de cómo acción típica y bien jurídico se conectan o relacionan”.

⁹³ En el mismo sentido: FEIJOO SÁNCHEZ, *Sobre la <administrativización>*, p. 22, para quien la tipicidad de daños cumulativos “debe pertenecer en exclusiva al Derecho Administrativo, pero que resulta ilegítima en el Derecho penal en la medida en que al penado se le imputan personalmente consecuencias de su acción que no son suyas (responsabilidad por hechos ajenos)”; el mismo, *Retribución y prevención general*, p. 818-821, donde expone con profundidad la ilegitimidad de las estructuras por acumulación dado que la razón para el castigo se enmarca en una dinámica de desobediencia en masa cuya imputación debe quedar relegada al Derecho Administrativo; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, p. 127, para quien “es inadmisibles como criterio para la imputación penal de responsabilidad a un determinado sujeto por el concreto significado de la conducta aislada que ha realizado; pues una sanción así fundamentada no deja de ser, desde la perspectiva del Derecho penal, una sanción <ex iniuria tertii>”; ALCÁCER GUIRAO, *Daños cumulativos*, p.15, según el cual “estamos ante una fundamentación del injusto <ex iniuria tertii> indudablemente rechazable desde los presupuestos legítimos de imputación configurados en torno a la competencia por la propia autonomía individual con respecto al menoscabo de una esfera de libertad ajena, que exige un reproche de culpabilidad basado en un hecho lesivo individual, y no una <culpabilidad colectiva> o vicaria”; FRISCH, *Bien jurídico*, p. 336, según el cual “aquél que obra lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico de forma sólo limitada no es responsable de las posibles lesiones provenientes de terceros. Por consiguiente, en la concreción del desvalor de la acción de su conducta no pueden añadirse a la cualidad negativa de la propia conducta las lesiones de bienes que provengan de terceros”; SOTO NAVARRO, *Bienes colectivos*, p. 184, para quien el fundamento de la incriminación no puede residir en la peligrosidad abstracta que reviste la reiteración generalizada de ciertas conductas, aisladamente inocuas, puesto que si ello fuera así se estaría responsabilizando al autor por las acciones de terceros (ex iniuria tertii),

sociales o sistémicos que intenta evitar la creación de riesgos difusos que no tienen una única fuente”⁹⁴. Por ello un proceso ilegítimo de <administrativización> del Derecho penal, debiendo pues ser remitidas al Derecho Administrativo, en el ámbito del cual se exige otro tipo de estrategia preventiva (no supone una organización defectuosa para otro ámbito de organización)⁹⁵.

No se debe confundir el modelo de imputación de las estructuras típicas de acumulación con la estructura dogmática de la autoría accesoria, pues además de que en los casos de autoría accesoria estamos ante un único hecho, en estas no se puede prescindir de una constatación de causalidad entre comportamiento y lesión (en el daño cumulativo no existe tal vinculación causal)⁹⁶. Tampoco es legítimo recurrir al principio de precaución como criterio de fundamentación de la punición. Referido principio se caracteriza como una alternativa más laxa que la exigencia de peligrosidad del comportamiento, pues busca prohibir acciones que puedan causar daños graves con base en una amenaza potencial, aún no comprobable científicamente, pero que se sospecha que podrían ser peligrosas si se llevan a cabo de una forma cumulativa. Con ello se incide en una <optimización> de la protección de bienes jurídicos y en una política criminal de la seguridad (de bienes), pero al mismo tiempo en un modelo de intervención del Derecho penal ilegítimo (regido por la lógica del Derecho Administrativo)⁹⁷. De cualquier suerte, ello no implica una desprotección jurídico-penal de los bienes colectivos, los cuales pueden perfectamente continuar siendo protegidos sin que se altere los criterios de imputación del Derecho penal:

que contribuyan a generar un peligro para el bien jurídico colectivo, y no por su acción individual, vulnerándose el principio de culpabilidad por el hecho; MENDOZA BUERGO, *Gestión del riesgo*, p. 83.

⁹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *Bien jurídico*, p. 13.

⁹⁵ En este sentido: FEIJOO SÁNCHEZ, *Sobre la <administrativización>*, p. 20; ALCÁCER GUIRAO, *Daños cumulativos*, p. 15, quien se refiere a que “lo relevante no es ya la reacción ético-jurídica a una lesión culpable de intereses ajenos”; STERNBERG-LIEBEN, *Bien jurídico*, p. 111 y ss., quien señala que los argumentos sobre las estructuras típicas por acumulación son válidos para legitimar una contravención pero no la intervención del Derecho penal; DE LA MATA BARRANCO, Norberto y DE LA MATA BARRANCO, Ignacio, *Autorización*, p. 494, según los cuales “en cuanto la más severa de las reacciones del ordenamiento jurídico, la intervención penal ha de presuponer un injusto especialmente lesivo diferente del que conlleva la mera aplicación de una sanción administrativa”. Contra: BAJO FERNÁNDEZ, *Nuevas tendencias*, p. 10, para quien “los injustos administrativos son también de lesión y son tan abundantes (infracciones tributarias, contra el medio ambiente, de riesgos laborales, etc...) que no puede desconocerse que es voluntad del legislador la de someter al Derecho administrativo sancionador el castigo de tales conductas de lesión de un bien jurídico”.

⁹⁶ Según CUERDA RIEZU, *Estructura de la autoría*, p. 501-502, “lo característico de la autoría accesoria es que supone dos o más hechos realizados por distinto sujetos, que dan lugar a diversos cursos causales (y también diversas relaciones de riesgo imputables objetivamente), independientes pero cumulativos con relación a un mismo resultado”.

⁹⁷ En el mismo sentido: FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, p. 823; DIEZ RIPOLLÉS, *Seguridad ciudadana*, p. 05; MENDOZA BUERGO, *Gestión del riesgo*, p. 77.

es equivocada la idea de que la protección de los bienes colectivos sólo puede ser llevada a cabo mediante la tipicidad de daños cumulativos.

La referencia a las estructuras típicas por acumulación tiene su origen en la doctrina alemana de bienes jurídicos intermedios espiritualizados o de referente individual (denominados de bienes jurídicos colectivos impropios) para legitimar ciertos delitos contra bienes jurídicos estatales, como el correcto funcionamiento de la Administración Pública. No se trata de un *tertium genus*, pues pertenece a la categoría de los bienes jurídicos colectivos. Lo que pasa es que la incriminación de bienes considerados intermedios hace que el bien colectivo se encuentre necesariamente vinculado y cercano a determinados bienes personales⁹⁸. Este tipo de bienes jurídicos colectivos alude a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado y del sistema social y cumplirían una función instrumental, puesto que sólo resultaría menoscabado como consecuencia de una repetición generalizada de comportamientos delictivos (las acciones individuales, aisladamente, no pueden constituir amenaza para el bien jurídico protegido), lo que se conoce como problema de los efectos acumulados. De manera que no es imaginable la lesión del bien jurídico colectivo, porque ello supondría su destrucción total, sino más bien su *afectación o perturbación*⁹⁹. Así las cosas, el bien jurídico mediato vendría integrado en el caso específico de la malversación por el <correcto funcionamiento de la Administración Pública>, vale decir, por el adecuado cumplimiento de las funciones que la Administración está llamada a cumplir, y el bien jurídico inmediato vendría constituido por el patrimonio público. El bien jurídico colectivo (identificable con la *ratio legis*) solo podría ser abstractamente puesto en peligro a través de la reiteración y generalización de conductas malversadoras individuales, funcionando el principio de insignificancia como elemento corrector de la intervención penal en este terreno.

La referencia a bienes jurídicos intermedios plantea los mismos problemas de legitimidad de los <delitos cumulativos>. El problema de fondo es lo mismo y tiene que

⁹⁸ MATA y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios*, p. 61 y 71, quien señala que “bienes jurídicos intermedios o de referente individual pueden considerarse aquellos intereses colectivos tutelados penalmente de forma conjunta con bienes de los particulares, siendo ambos de carácter homogéneo o estando situados en una misma línea de ataque”.

⁹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 186-187. En la misma línea, SOTO NAVARRO, *Bienes colectivos*, p. 320, quien observa que será lesivo el comportamiento que perturbe la función social encomendada a un determinado subsistema de comunicación.

ver con estructuras de imputación¹⁰⁰. Además, hay que tener presente que ningún bien jurídico (colectivo o individual) puede ser exterminado de forma global y que ni todos los bienes jurídicos colectivos tiene un referente individual, sino que en algunos supuestos son entidades cuya protección se legitima por su valor intrínseco (por un fin en sí mismo)¹⁰¹. Tampoco se puede olvidar que el incremento del intervencionismo del Estado Social da lugar cada vez más a bienes jurídicos sin referente individual. Así, “habrá que ver, en estos casos, cuándo se está hablando de una imputación individual de lesividad social y, por tanto, la tipicidad es legítima, y cuándo no se está haciendo más que usar, mediante la referencia a bienes jurídicos, otra vía de justificación de la lógica de la acumulación”¹⁰².

2.6. El bien jurídico específico de los delitos de malversación. El concepto de patrimonio.

Como se ha expuesto hasta aquí, el bien jurídico protegido en general en los delitos contra la Administración es el correcto funcionamiento de ésta. Es preciso concretar, con todo, que aspecto de la función pública se busca proteger con la tipicidad de la malversación, puesto que es la noción de bien jurídico inmediato la que sirve de

¹⁰⁰ En el mismo sentido: FEIJOO SÁNCHEZ, *Sobre la <administrativización>*, p. 28-29; el mismo, *Retribución y prevención general*, p. 821-822; STERNBERG-LIEBEN, *Bien jurídico*, 111, según el cual los bienes jurídicos intermedios espiritualizados “no son, en cuanto delitos de peligro, per se inadmisibles, pero sí están especialmentepreciados de legitimación”; VÁZQUEZ-PORTOMENE, *Delitos*, p. 387, según el cual la idea de los bienes <espiritualizados> se presenta como un criterio formal y ambiguo, que deja sin definir la estructura material que pueden adoptar los tipos y que, dependiendo su alcance, podría conducir a equiparaciones punitivas contrarias al principio de equidad; En la opinión de SOTO NAVARRO, *Bienes colectivos*, p. 182-185, la construcción de los delitos con bien jurídico intermedio presenta varios puntos débiles. En primer lugar, el auténtico bien jurídico habría que ser el que cumple una función representativa, en cuanto a él van referidas las exigencias del tipo objetivo y subjetivo, con lo que la tesis parece innecesaria (el bien jurídico intermedio o representativo no sería más que el substrato o las concretas formas de manifestación del bien jurídico mediato). En segundo lugar, el injusto de estos delitos no puede basarse en la mera infracción de deberes. Y en tercer lugar, difícilmente puede justificarse la incriminación de conductas que en sí mismas sean <inocuas> para el bien jurídico protegido. Esta afirmación proviene de la falta de concreción del bien jurídico protegido.

¹⁰¹ La tesis de los bienes jurídicos intermedios formulada por Schönemann se refiere a bienes jurídicos colectivos que se caracterizan precisamente por todo lo contrario, esto es, por no ser reconducibles a bienes jurídicos individuales. Bajo esta interpretación (bienes jurídicos de <referente individual>) según SOTO NAVARRO, *Bienes colectivos*, p. 179, subyace la negativa a conceder autonomía material a nuevos bienes jurídicos colectivos. De acuerdo con esta autora, algunas situaciones previas de la realidad social serían dignas de protección en sí mismas y a ellas habría de referirse la estructura típica adoptada (esto es, si se trata de un delito de peligro, lo será respecto a bien jurídico colectivo, no individual), aunque, sin duda, la ratio legis (pero sólo eso) será prevenir la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos individuales. En la misma línea, observa BUSTOS RAMÍREZ, *Los bienes jurídicos colectivos*, p. 160, que aunque la característica de los bienes jurídicos colectivos es su carácter complementario de los llamados individuales, “lo que en modo alguno implica que los delitos que se configuren para protegerlos hayan de ponerse en relación a éstos para definir su estructura”.

¹⁰² FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, p 822.

referencia a la función interpretativa, “en virtud de la cual el bien jurídico desplegará en la tarea de descubrir el sentido y la finalidad de un determinado tipo en el marco de la denominada interpretación teleológica, que, como es sabido, en Derecho penal es la que posee la máxima significación”¹⁰³.

No hay consenso en la doctrina ni en la jurisprudencia acerca del bien jurídico cuya indemnidad trata de garantizar el legislador con la tipicidad de los delitos de malversación. Los esfuerzos por conseguir una interpretación uniforme en este ámbito no han logrado hasta la fecha llegar a un denominador común, puesto que muchas son las posiciones y matizaciones al respecto, habiéndose recurrido incluso a una doble lesividad - patrimonio y deberes del cargo – o muchas veces a varios conjuntamente.

A continuación serán analizadas las principales concepciones al respecto, procurándose demostrar que con la malversación se busca proteger el aspecto patrimonial de la función pública, cuya preservación es fundamental para que el Estado Social pueda cumplir sus fines. O sea, el patrimonio público, como se ha visto, debe ser concebido como el bien jurídico inmediato representante del correcto funcionamiento de la Administración Pública (bien jurídico mediato de naturaleza supraindividual), fundamental para perfilar la estructura dogmática del tipo.

2.6.1. El bien jurídico protegido en los delitos de malversación bajo la perspectiva funcional

La corriente que defiende que el bien jurídico protegido en los delitos de malversación debe ser deducido a partir de una lectura funcional, pone de relieve dos circunstancias claves: la calidad de funcionario o autoridad del sujeto activo y la relación específica exigible entre él y el objeto material¹⁰⁴. A pesar de ello encierran puntos de vista distintos a la hora de enfocarlo: por una parte, quienes se centran en la relación existente entre el funcionario y la Administración, para fijar el bien jurídico en el deber del cargo; por otra, aquellos que hacen hincapié en la relación que se establece entre la Administración y los ciudadanos, fijando así el bien jurídico protegido en el correcto

¹⁰³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 160.

funcionamiento de la Administración. Y ello sin dejar de considerar el aspecto patrimonial, el cual o es relegado a segundo plano o es considerado como co fundamento del bien jurídico protegido.

2.6.1.1. *Infracción del deber del cargo*

La esencia del deber de cargo radica en la infracción del deber de probidad o fidelidad por parte del funcionario o particular a él asimilado en el manejo de los fondos públicos, pues la Administración, para la consecución de sus fines, debe necesariamente valerse de personal para gestionar la cosa pública y para cuyo indigno abuso no hay previsiones suficientemente eficaces. Los funcionarios, se dice, para el desempeño de sus menesteres, son investidos de determinados derechos y privilegios de los cuales pueden abusar con mayor facilidad que los particulares, cuando exactamente el cometido del cargo les impone un mayor rigor en el respeto a las normas. Es, pues, el incumplimiento de los deberes de los funcionarios para con la Administración lo que determina el surgimiento de la infracción penal. Deber de fidelidad que según SUÁREZ MONTES¹⁰⁵ es inherente a dichos cargos y no se agota en el de respeto que inspira el patrimonio ajeno, sino que impone conductas positivas, como lo demuestra incuestionablemente la existencia de tipos de malversación por omisión.

Los principales argumentos para la corriente que defiende el deber de lealtad como objeto de protección jurídica en la malversación, son los siguientes: a) si el bien jurídico fuera exclusivamente el patrimonio, sería muy difícil comprender la asimilación legal del particular al funcionario público y del caudal privado al caudal público; b) La existencia de expresa comisión por omisión, sin correspondencia en el Título XIII; c) sólo se castigan las formas más graves de infidelidad.

Se entiende, también, que la tipicidad de los delitos contra la Administración aspira garantizar la <pureza del ejercicio del cargo> o la <defensa de la dignidad del cargo>, entendida como el ordenado desarrollo de los cargos públicos. Se vincula, así, el

¹⁰⁴ ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 162: “esta especial relación entre el funcionario y los caudales es lo que dota la malversación de una naturaleza no meramente patrimonialista, y lo que también justifica que se encuentre regulada dentro del Título de los delitos contra la Administración pública”.

¹⁰⁵ SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 868. En la misma dirección: SILVINA BACIGALUPO, *Autoría*, p. 103, para quien “el bien jurídico en los delitos de funcionario no se agota en la protección de objetos materiales, sino en el cumplimiento del deber mismo”.

desvalor de todas las formas de delincuencia de la función a los vicios en que pudieran incurrir los representantes del Estado, que pueden amenazar la buena marcha de la Administración.

2.6.1.2. Críticas de la doctrina a la concepción del deber de cargo

Un sector de la doctrina rechaza, independientemente de cualquier otra consideración, el deber de cargo como principio fundamentador de un injusto penal, debido a su propia incapacidad para dicha fundamentación. Según OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO¹⁰⁶, en un Estado Social y Democrático de Derecho no puede considerarse bien jurídico-penalmente merecedor de protección el deber de fidelidad que une al funcionario con el Estado, pues en la concepción del “deber de cargo” se trasluce una visión autoritaria de la actividad administrativa. Es decir, la mera referencia a la infracción del deber de cargo se queda en un elemento puramente formal, si no se pone en relación con el sustrato material del que se deriva, y que legitima la existencia de dicho deber¹⁰⁷. La infracción de un deber supone adoptar un tinte antidemocrático en el que el núcleo del injusto radica en la lesión de la autoridad del Estado¹⁰⁸. De manera que el sostenimiento del deber de cargo como objeto de protección penal 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. Y no es admisible que dichos deberes cobren independencia, sino que simplemente guardan relación de funcionalidad con el bien jurídico que constituye su esencia. Consiguientemente, la infracción de los deberes de custodia y administración de recursos públicos constituirá el presupuesto objetivo necesario para la afirmación de una lesión penalmente relevante del patrimonio público, verdadero bien jurídico protegido en la malversación.

Por otra parte, se objeta que la lesión de los deberes inherentes al cargo es un criterio meramente formal que nada dice sobre el contenido, y que carece, por tanto, de

¹⁰⁶ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Prevaricación*, p. 239 y ss.

¹⁰⁷ En el mismo sentido: DE LA MATA y ETXEBARRÍA, *Malversación*, p. 72, para quienes, “la mera infracción de un deber no puede fundamentar la intervención penal si no se pone en relación con el sustrato del que deriva dicho deber; y más aún, en Derecho penal, con un determinado objeto de tutela sobre el que se proyecta el deber de garantizar su indemnidad”; DE LA MATA, *Malversación*, p. 442.

¹⁰⁸ GARCIA ARAN, citada por FERRÉ OLIVÉ, *Corrupción*, p. 17.

cualquier capacidad limitadora¹⁰⁹. Vale decir, es inhábil para el establecimiento de fronteras entre el ilícito penal y administrativo, pues la simple lesión del deber producida también en sede disciplinaria supondría ya una pérdida de confianza pública. De manera que la frontera entre infracciones disciplinarias y penales quedaría establecida en términos *cuantitativos*, perjudicial a los principios de certeza y de legalidad¹¹⁰.

DE LA MATA y ETXEBARRÍA¹¹¹, quienes adoptan las críticas hechas al deber de cargo como principio fundamentador de un injusto penal, señalan que la infracción del deber no puede residenciarse en la fidelidad o lealtad, la cual “queda vacía de significado y diluye el contenido material del injusto de forma incompatible con un Derecho penal del hecho”. La doctrina a menudo también alude a la deslealtad para explicar el delito de apropiación indebida o al quebranto de la buena fe o confianza en el tráfico comercial con relación al delito de estafa, como datos relevantes en el entendimiento de tales delitos y, sin embargo, no se duda en afirmar que es el patrimonio – o la propiedad, en su caso – el objeto de protección penal. Y “que esa deslealtad provenga de persona afecta a la función pública no parece que deba invitar a una conclusión distinta con 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”¹¹²

Tampoco el entendimiento de la relación especial sujeto activo – objeto material (como necesidad de que los caudales estén bajo la custodia del funcionario en virtud de competencias específicas) puede ser un argumento que respalde esta interpretación¹¹³. Naturalmente que el funcionario infringe su deber específico cuando malversa los caudales que tiene confiados a su cargo por razón de sus funciones; sin embargo, también en el delito de apropiación indebida el sujeto activo puede tener el deber de custodia de los bienes y, no por eso, se asevera que el bien jurídico protegido en el artículo 252 CP sea la infracción del deber de confianza o de lealtad, sino el del patrimonio del sujeto pasivo.

¹⁰⁹ DEMETRIO CRESPO, *Consideraciones*, p. 185-186.

¹¹⁰ En el mismo sentido: REBOLLO VARGAS, *Bien jurídico*, p. 558-561. Observa FERRÉ OLIVÉ, *Corrupción*, p. 17, que en Alemania la doctrina distingue los incumplimientos del deber que sólo implican un ilícito disciplinario, por basarse en la relación del funcionario con el Estado, y otras infracciones que implican un ataque a intereses generales (delitos del cargo). Los límites son, sin embargo, confusos y se señala que entre ambos ilícitos las diferencias son cuantitativas.

¹¹¹ DE LA MATA y ETXEBARRÍA, *Malversación*, p. 76.

¹¹² DE LA MATA y ETXEBARRÍA, *Malversación*, p. 79-80.

¹¹³ CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 32.

Se afirma además que la fundamentación de la tipicidad en el deber de cargo conllevaría consecuencias dogmáticas indeseables, principalmente en función de la anti juridicidad¹¹⁴. A lo sumo, que el deber de fidelidad de los funcionarios con la Administración no puede entenderse como bien jurídico, pues dicho deber sólo constituye la obligación genérica de aquellos en comportarse conforme a las normas de conducta que regulan su función¹¹⁵.

Se excluye también la posibilidad de que la <pureza> de la función encierre un verdadero bien jurídico-penal al argumento de que su ofensa, en realidad, es consecuencia de la de bienes de mayor consistencia y precisión. La <pureza> carece de otro sentido que no sea el de la adecuación a Derecho del ejercicio del cargo, esto es, la vigencia del principio de legalidad de la actividad administrativa. Por ello, es puesto de manifiesto la abstracción, la inmaterialidad y el discutible significado axiológico de la idea¹¹⁶.

2.6.1.3. Prestigio o dignidad de la Administración

A partir de la perspectiva del deber de cargo hay quienes se refieren a la fe pública o al prestigio o dignidad de la Administración como objeto de tutela¹¹⁷. A tal manera de ver el bien jurídico en los delitos de malversación se objeta que además de adolecer de una gran abstracción y vaguedad, el prestigio u honor de la Administración no

¹¹⁴ MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 41: “Si lo que se pretende a través de la estructura de los delitos funcionariales y, por ende, de la malversación de caudales es la cobertura de bienes jurídicos espiritualizados carentes entonces de sustrato material, deviene lógica la equivalente interpretación formal de la antijuridicidad del hecho, cuyo radio de acción, más amplio ahora, impediría la aceptación de institutos penales como el consentimiento presunto o la adecuación social en bagatelas como el cambio de monedas o el retraso en los ingresos en caja, cuyo sustrato material, de facto, afectaría a la pureza administrativa, <strictu sensu> y, por lo tanto, al fundamento mismo de la punición autónoma”.

¹¹⁵ En el mismo sentido: MUÑOZ CUESTA, *Malversación*, p. 1571; él mismo, *Malversación impropia*, p. 02, dónde señala que “hay que desterrar como objeto de protección el deber de fidelidad de los funcionarios con la Administración, ya que el quebranto del deber moral de fidelidad al cuerpo al que pertenecen puede ser reprochable desde el punto de vista ético o moral, pero no desde la óptica jurídico-penal, que se rige por la defensa de intereses generales, materialmente concretados y de carácter objetivo”; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 184 “los deberes de los funcionarios para con la Administración pueden adquirir relevancia como elementos integrantes del tipo penal – por su carácter instrumental al servicio del correcto funcionamiento de la Administración –, como elementos configuradores de la infracción penal, como datos delimitadores del ámbito de protección, pero no como el propio bien jurídico protegido”.

¹¹⁶ En este sentido: MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 49, según el cual la alusión a la pureza “descubre un universo de normas penales formales desconectadas de su función material, difícilmente compatible con una visión prestacional de la Administración Pública; VÁZQUEZ-PORTOMENE, *El consentimiento*, p. 07, para quien “ésta y otras fórmulas parecidas (<corrección>, <ejemplaridad>) vienen a presuponer tácitamente como dado algo que todavía está por demostrarse: que tales referencias proporcionan puntos de apoyo significativos para la formación del concepto material (político-criminal) y dogmático <delito de funcionario>”.

¹¹⁷ En esta dirección: BACIGALUPO, E., *Los delitos de funcionarios*, p. 352.

puede ser aceptado como bien jurídico tutelado porque ello implicaría considerar la Administración no en su aspecto dinámico sino como fin en sí misma; consiguientemente, la fijación de la protección debería centrarse contra todos los ataques, intra o extramuros de la Administración, porque también los ataques cometidos por particulares abalan su prestigio.

La propia infracción de los deberes de cargo conlleva la pérdida de la confianza pública, lo que llevó a OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO¹¹⁸ a cuestionarse si no fuera más correcto entender que el bien jurídico se refiere a la corrección en el ejercicio de dichas funciones y no a la confianza pública en esa dirección, dado que sólo protegiendo aquélla se consigue ésta.

Lo cierto es que la actividad administrativa no necesita legitimarse sobre la base de su prestigio, sino a su actuación, en cuanto instrumento para el desarrollo de los ciudadanos. Nadie duda que la actividad administrativa goza o debería gozar de prestigio, por tratarse del cumplimiento de las tareas señaladas al Estado por la Constitución y las leyes. Pero el prestigio o dignidad de los órganos administrativos no posee entidad propia como para convertirse en un bien jurídico digno de protección. Más bien tales valores se consideran reminiscencias de concepciones ideológicas y políticas desfasadas, incapaces de expresar exigencias reales de tutela¹¹⁹.

2.6.2. Lectura del bien jurídico protegido en los delitos de malversación a partir de la relación existente entre la Administración y los ciudadanos

Últimamente, ha ganado cuerpo la corriente que defiende que los deberes que fundamentan el bien jurídico en los delitos de malversación gravitan más bien en la relación de la Administración y los ciudadanos, cifrada en la <confianza> y exigencias de éstos en el manejo honesto de los fondos públicos. Por ello la <corrección> de las

¹¹⁸ OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, *Prevaricación*, p. 268.

¹¹⁹ En este sentido: FERRÉ OLIVÉ, *Corrupción*, p.18-19; RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*; RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Delitos*, p. 03.; Según GONZÁLEZ CUSSAC, *La prevaricación*, p. 12 y ss., debe alejarse de la configuración de la Administración desde la ya denostada idea de infracciones del deber de confianza y lealtad del funcionario con respecto al Estado. Tampoco cabe fijar el objeto de protección en la Administración en sí misma, esto es, en su organización. Su protección penal misma, así como su prestigio, dignidad, integridad y funcionamiento, no son objeto de tutela penal, sino solo en cuanto sirvan a la comunidad desde los principios de objetividad, imparcialidad y sumisión a la ley.

funciones y actividades es entendida desde la perspectiva del el contenido de las prestaciones generadas por el Estado Social y Democrático de Derecho: sus finalidades y, sobre todo, beneficios que las mismas deparan a aquél a quien el principio democrático convierte en verdadero titular del interés público: el administrado, en cuyos derechos incide negativamente la utilización y propiciación indebida de bienes públicos.

La legitimidad de la tutela penal de la Administración se desprende de su carácter de institución esencial para la coexistencia pacífica dentro del dinamismo de la vida social, de sujeto garante de condiciones de disfrute de derechos, y de ordenación armónica de intereses contrapuestos de acuerdo con la ley. La pureza de la función pública constituye un bien que afecta directamente a los ciudadanos. Las funciones públicas que realizan los funcionarios no se ejercen en beneficio de la Administración, sino en beneficio de éstos. Así, la infracción del deber sólo será relevante a efectos penales si afecta a las expectativas legítimas de los ciudadanos en su relación con la Administración. Pero la <base eficaz> de la relación fiduciaria entre gobernantes y gobernados no es la fe ciega, sino la confianza racional, constantemente renovada, fruto del conocimiento personal y de la aceptación cotidiana y permanente de la actuación de los gobernantes¹²⁰.

Ello desagua en el correcto funcionamiento de la actividad administrativa o, en última instancia, en la función pública misma. Pero, conforme pone de manifiesto ROCA AGAPITO¹²¹, es difícil hacer referencia al correcto ejercicio de la actividad administrativa o a la función administrativa al servicio de la sociedad, sin tener en cuenta los concretos deberes que obligan al funcionario. Pero, lo que la Constitución aporta es una concepción objetiva de tales deberes. Si la tradicional concepción subjetiva de estos delitos como infracciones de los deberes del cargo se basaba en las relaciones entre el funcionario y la Administración (en las denominadas relaciones de sujeción especial), ahora la relación se traslada a otro plano dimensional, cual es la relación entre la Administración y los ciudadanos.

¹²⁰ GARCÍA DE ENTERRIA, *Control de la administración*, p. 111-112, según el cual ese conocimiento de la racionalidad y de la objetividad de la actuación de los gobernantes exige transparencia absoluta en la actuación de éstos y justificación constante de sus motivos en cuanto les sea exigida o puesta en duda.

¹²¹ ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 354-355.

En esta línea de entendimiento se destacan autores como ASÚA BATARRITA¹²², MUÑOZ CUESTA¹²³, MIR PUIG, S.¹²⁴, MORALES PRATS Y RODRÍGUEZ PUERTA¹²⁵, DEMETRIO CRESPO¹²⁶ y FERRÉ OLIVÉ¹²⁷.

2.6.2.1. Crítica de la doctrina

Como visto anteriormente, se suele argumentar que la confianza de la población representa una condición esencial del funcionamiento de la Administración Pública y por ello cobra entidad suficiente para servir de bien jurídico en todos los delitos contra dicha institución. Para un sector de la doctrina, con todo, si nos referimos sin más a que el bien jurídico protegido en los delitos de funcionarios es la confianza del ciudadano en el buen o normal funcionamiento de la Administración Pública, resulta que el funcionario público tiene la obligación de asumir un cumplimiento escrupuloso de su deber para con la Administración, de modo que se estaría retomando como hilo conductor la teoría de la infracción del deber. Así, sería suficiente para incriminar al funcionario cualquier infracción o incumplimiento por leve que sea o por la simple violación de normas de organización interna de la Administración y sin necesidad que ese incumplimiento tenga efectos externos, lo que resultaría en la práctica la imposibilidad de diferenciar entre ilícito penal y el ilícito administrativo¹²⁸.

Pero, lo fundamental es que no resulta legítimo recurrir a la *confianza* pública (en sentido psicológico o socio-psicológico) en el correcto funcionamiento de la Administración para fundamentar una tipicidad jurídico-penal sin que encierre una cierta

¹²² ASÚA BATARRITA, *Tutela*, p. 22.

¹²³ MUÑOZ CUESTA, *Malversación*, p. 1570.

¹²⁴ MIR PUIG, *Nombramientos ilegales*, p. 309.

¹²⁵ MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios*, p. 1127.

¹²⁶ DEMETRIO CRESPO, *Consideraciones*, p. 185-186.

¹²⁷ FERRÉ OLIVÉ, *Corrupción*, p. 18-19, para quien “no se trata del deber del funcionario que puede ir dirigido hacia el propio Estado, sino el referido a la relación de servicio hacia los ciudadanos, hacia el conjunto de la comunidad”. Lo relevante debe ser el aspecto objetivo del deber a cumplir, la relación de servicio hacia el ciudadano y toda la comunidad.

¹²⁸ En este sentido: REBOLLO VARGAS, *Bien Jurídico*, p. 559-560. Según VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *El consentimiento*, p. 07, respecto de la posibilidad de que el desvalor real de los abusos de los funcionarios públicos pueda captarse simplemente con ayuda de esta idea (en la pérdida de confianza en la <pureza> o integridad del ejercicio de los cargos públicos), de entrada cabría poner en duda la misma idoneidad del facto <confianza> en orden a alcanzar un <impecable> funcionamiento de la Administración. La confianza <ciega> de un entorno social desconocedor de los niveles de corrupción o convenientemente <adoctrinado> a través de los medios de comunicación social puede servir a la consolidación de un sistema administrativo opaco, opuesto a la transparencia, a la imparcialidad y a la sumisión a la ley que – con arreglo a la Constitución – deben informar todas las actuaciones de la Administración Pública.

dañosidad social: que afecte al funcionamiento efectivo o a su capacidad de funcionamiento correcto. No se puede punir bajo pena visando preservar la confianza una conducta que resulte inofensiva al correcto desarrollo de la función pública, aunque sin necesidad que el sistema en su totalidad tenga que verse afectado. Tales necesidades deben ser atendidas por el Derecho Disciplinario o Derecho Administrativo sancionador.

Además, asumir la confianza como contenido del bien jurídico puede suponer una formula peligrosa, pues la idea de <confianza> encarna un nivel muy elevado de abstracción¹²⁹. La confianza en algo es un concepto difícilmente mensurable en términos objetivos, que posibilitaría una ampliación sin límites de la intervención penal. En efecto, habría mucha dificultad para identificar su lesión, pues no hay informes que nos indiquen con claridad qué se entiende por confianza y cuál es su contenido, de manera que el diagnóstico social-psicológico escaparía a la comprobación forense. Tanto es así que la tesis de HEFENDEHL¹³⁰ de erigir bienes jurídicos con referencia a la confianza ha sufrido

¹²⁹ En el mismo sentido: VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *El consentimiento*, p. 07; HASSEMER, referido por GAEDE-MÜHLBAUER, *Informe sobre las discusiones*, p. 430; AMELUNG, *Bien jurídico*, p. 249- 256, según el cual la <confianza> (así como los <sentimientos> y la <seguridad>) representa <la otra cara del respeto a las normas>; es ejemplo de casos en los que el lenguaje ordinario distorsiona la cuestión asumiendo una perspectiva distante, adscribiendo a las normas de conducta jurídico-penalmente respaldadas <bienes jurídicos aparentes>; SOTO NAVARRO, *Bienes colectivos*, p. 210, según la cual la defraudación de expectativas sociales y su restablecimiento por medio de la intervención punitiva no aportan referente material alguno sobre el contenido legítimo de las normas, ni pueden servir, por tanto, como criterio de incriminación.

¹³⁰ HEFENDEHL, *Bien jurídico*, p. 190; el mismo, *Concepto*, p. 470-474, ha respondido a sus detractores que “la confianza en la vigencia del ordenamiento jurídico como marchamo de la prevención general positiva y con ello de un fin de la pena ha de diferenciarse estrictamente de la confianza como un componente del bien jurídico”. Así, el bien jurídico de la confianza socialmente relevante, para lo que cabe citar como paradigma la confianza en la incorruptibilidad del aparato funcional, debe diferenciarse con nitidez de la confianza en la vigencia del ordenamiento jurídico, irrelevante para el bien jurídico. Para determinadas instituciones, la confianza resulta constitutiva; confianza que está sujeta a presupuestos específicos tanto de desarrollo como de destrucción, de modo que el objeto de la confianza, sea una persona o una institución, debe cumplir unas exigencias de calidad especiales para que uno se ponga en sus manos y se reduzca así una situación compleja. Además, la transformación de la confianza en desconfianza no se produce gradual sino abruptamente, esto es, pasando de un umbral a otro. También esta circunstancia de su sensibilidad apunta a favor de una configuración especial del bien jurídico de la confianza en sí. Coincidiendo en esencia con la tesis de HEFENDEHL: FRISCH, *Bien jurídico*, p. 336-337, quien, al referirse a los tipos de falsificación de monedas, observa que aunque resulte sólo escasamente afectado el bien jurídico mediante las acciones de un único falsificador, “se va poniendo paulatinamente en peligro la confianza en la seguridad y fiabilidad del sistema monetario”; ALCÁCER GUIRAO, *Daños cumulativos*, p. 11-12, según el cual “la realización de una acción contraria al deber no menoscabará materialmente la institución, aunque sí puede afirmarse que con ella viene a ponerse en duda la confianza de los ciudadanos en la misma y, en esa medida, puede hablarse de un <daño>. Tal es la razón por la que a estos delitos contra bienes jurídicos institucionales les es inherente la idea del daño cumulativo: en virtud de ese componente inmaterial o – por decirlo a la manera clásica - <intelectual> del daño propio de estos bienes institucionales, lo relevante es la pérdida de confianza en la función social que esas instituciones ejercen”; HÖRNLE, *Protección*, p. 387: “el estado de confianza debilitado en la seguridad jurídica general o de sentimiento menoscabado de seguridad de la población podría describirse también con palabras como intranquilidad o miedo. La <confianza de la población> no es más que la suma de las actitudes emocionales de los distintos ciudadanos, bien considerando la situación de

severas críticas por parte de un importante sector doctrinal (AMELUNG, ANASTASOPOULOU, FEIJOO SÁNCHEZ, PORTILLA CONTRERAS, ROXIN), puesto que la referencia a la confianza de la población no puede servir para fundamentar una tipicidad jurídico-penal si no se trata de una conducta que afecte al menos a la capacidad de funcionamiento correcto de una institución. La confianza es sólo el fenómeno decurrente, esto es, no es más que un efecto derivado del correcto desarrollo de la actividad administrativa. O como pone de manifiesto FEIJOO SÁNCHEZ¹³¹, “la confianza es la consecuencia de una adecuación entre lo que prescriben las normas y la realidad social, por tanto es un efecto general del adecuado funcionamiento de las normas, pero no lo que éstas tutelan en concreto con cada figura delictiva”. Con la referencia a la confianza, por tanto, nada se gana; al contrario, la <confianza en algo> contribuye con que no se cumpla la función limitadora del Derecho penal, razón por la cual debe quedar relegada al Derecho Administrativo.

2.6.3. Dimensión patrimonial

La importancia del aspecto patrimonial en los delitos de malversación siempre fue resaltada por gran parte de la doctrina¹³². La dimensión patrimonialista se fija en el objeto material afectado como elemento clave para definir el bien jurídico tutelado en los delitos de malversación, principalmente con relación a su naturaleza pública, pues en esencia, se dice, la malversación implica un atentado a los intereses patrimoniales del Estado¹³³. Además, se afirma que desde un punto de vista histórico, la malversación tiene su origen en el delito de *peculatus* romano, en el que, como se sabe, en un principio, se

seguridad en general valorado por ellos, bien teniendo en cuenta el suceso concreto que debe ser castigado. Para los oídos entrenados en la normativa ciencia penal alemana, la referencia a la rabia o al enfado es demasiado psicologizante para satisfacer como definición. Sin embargo, en realidad no existe diferencia alguna”.

¹³¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Bien jurídico*, p. 10.

¹³² Destacan el matiz patrimonial de la malversación, entre otros: SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 868, para quien el aspecto patrimonial consiste en “el acervo público y los servicios prestados por la Administración”; MIR PUIG, C., *Malversación*, p.77; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 159, cifra el aspecto patrimonial del delito de malversación en el “erario público”: CUAREZMA TERÁN, *Malversación*, p. 440: “en el Derecho penal moderno, el peculado es la figura delictiva que protege el erario público de atentados de los funcionarios públicos”.

¹³³ Desde una óptica etimológica, subraya CASTRO MORENO, “el vocablo <malversación>, esto es, *malversatio*, significa <mala inversión>, lo que parece aducir una visión de carácter patrimonialista de la figura.

contemplaba cualquier ataque a la propiedad pública y con entera independencia de que el sujeto fuera o no servidor público¹³⁴

Sin embargo, fue la despenalización de varias conductas, las cuales carecían de menoscabo patrimonial, el argumento más fuerte a favor de la tesis patrimonialista. De suerte que, para autores como FEIJOO SÁNCHEZ¹³⁵ “el bien jurídico protegido en el delito de malversación es sólo el patrimonio público. Lo que sucede es que en el delito de malversación se protege el patrimonio público mediante un <delito de deber>. Si una persona que no está especialmente obligada a proteger el patrimonio público sustrae bienes, efectos o caudales públicos, realizará un delito común, un delito patrimonial”. En la misma línea y con matizaciones, consideran también que el patrimonio protegido es simple y llanamente el único bien protegido en la malversación CASTRO MORENO¹³⁶, CALDERÓN CEREZO Y CHOCLAN MONTALVO¹³⁷, RODRÍGUEZ DEVESA¹³⁸, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO¹³⁹, SERRANO GÓMEZ¹⁴⁰, RAMOS GIL¹⁴¹ y

¹³⁴ En este sentido, entre otros: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 36; ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 34; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4051-4052; MIR PUIG, Carlos, *Malversación*, p.75; DE LA MATA, *Malversación*, p.35; SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 864; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p.156-157. En sentido contrario: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 34-35, para quien el argumento histórico aducido a favor de la tesis patrimonialista no es del todo satisfactorio, puesto que a lo largo de la regulación histórica española se ha dado una divergencia en el interés jurídico a proteger, en torno al patrimonio público y a la falta de fidelidad en el ejercicio de la función pública, sin que exista una línea clara en su concepción; OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 632, según el cual la malversación no puede asimilarse al *peculatus* romano, ya que entre ellos existe una diferencia fundamental, puesto que éste sólo excepcionalmente exigía una especial calidad en el agente.

¹³⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *Consideraciones*, p.1690.

¹³⁶ CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 381/382: “Estamos en presencia de un delito con contenido netamente patrimonial, cualificado por la condición de los sujetos activos y la naturaleza pública del objeto material, en contra de lo que mantiene en la actualidad la mayoría de la doctrina. El bien jurídico protegido de forma directa e inmediata es pues, el patrimonio público, aunque las conductas que atacan éste merezcan un reproche mayor por la función social de dicho patrimonio, así como por la infracción de un deber específico de los sujetos responsables”.

¹³⁷ CALDERÓN CEREZO Y CHOCLAN MONTALVO, *Derecho penal*, p. 1082, para quienes el “común denominador consiste en atentar contra el patrimonio público, integrado por caudales, efectos, bienes muebles o inmuebles que están destinados a hacer posible el funcionamiento de la Administración Pública”.

¹³⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p.1182, al indicar enfáticamente que “los delitos de malversación afectan al patrimonio público”, pues “la gestión desleal de los entes públicos causa un perjuicio patrimonial cierto”.

¹³⁹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Prevaricación*, p. 244: “El deber funcional no puede entenderse como el bien jurídico protegido en los delitos de funcionarios, sino que está precisamente al servicio del verdadero bien jurídico protegido, que en la malversación es la lesión del patrimonio público”.

¹⁴⁰ SERRANO GOMEZ, *Derecho penal*, p. 798: “el bien jurídico protegido son los intereses económicos del Estado, las Comunidades Autónomas y los entes locales”.

¹⁴¹ RAMOS GIL, *La malversación*, p. 383, para quien objeto de ataque son “los intereses patrimoniales del Estado”, a los que “el legislador puede dispensar una mayor protección que a los privados en razón de los intereses generales afectados”.

NIETO MARTÍN¹⁴². Con matización de la concepción patrimonial, autores como QUERALT JIMÉNEZ¹⁴³ y BLECUA FRAGA¹⁴⁴ defiende que el interés protegido es la *hacienda pública* en su vertiente de gasto¹⁴⁵. También DE LA MATA Y ETXEBARRÍA estiman que el núcleo de injusto de los delitos de malversación reside en el aspecto patrimonial, pero éste en su vertiente funcional. De ello se tratará más adelante.

2.6.3.1. Crítica a la concepción patrimonial como único interés protegido en los delitos de malversación

La corriente que rechaza la naturaleza exclusivamente patrimonial de la malversación sostiene que el argumento histórico no es satisfactorio para conllevar a tal entendimiento, dado que tanto en el Derecho romano¹⁴⁶ como en la regulación española a lo largo del tiempo¹⁴⁷ no hubo una línea clara respecto a la intención de protegerse el patrimonio o la fidelidad en el ejercicio de la función pública o incluso en ambos aspectos¹⁴⁸.

¹⁴² NIETO MARTÍN, *El delito de administración fraudulenta*, p. 240: “en realidad, los delitos de malversación no tienen otro bien jurídico que el patrimonio público”; el deber de fidelidad, prosigue, “no es sino el medio comisivo característico para producir la lesión patrimonial, que ha de utilizarse además para trazar el círculo del *intraeus*”.

¹⁴³ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 452, para quien lo que el legislador quiere efectivamente asegurar en el delito de malversación es que “el dinero y otros activos patrimoniales existentes, que pone a disposición del funcionario público, sean administrados con las finalidades previstas en la ley”, y por lo tanto, lo que está en juego no es ni la pureza del deber de fidelidad, ni la capacidad prestacional de los poderes públicos, sino la hacienda misma en su vertiente de gasto.

¹⁴⁴ BLECUA FRAGA, *Aplicación*, p. 764. Por ello, referido autor defiende que la ubicación más adecuada para el delito de malversación sería el Título “De los delitos contra la hacienda pública”.

¹⁴⁵ En la opinión de CASTRO MORENO, *Malversación*, p.51, no hay diferencia “entre decir que se protege la Hacienda Pública en su vertiente de gasto, o mantener que se protege el patrimonio público como sustrato esencial de los servicios públicos a cuya satisfacción está destinado”, pues, “el vocablo <Hacienda>, entendido – como no puede ser de otro modo – como conjunto de bienes y riquezas o como importe total del haber de una persona, en nada difiere del significado del término <patrimonio>, de manera que no existe diferencia conceptual alguna entre las expresiones <Hacienda Pública> y <patrimonio público>”.

¹⁴⁶ Como informa CARRARA, la divergencia en la concepción del delito de *peculatus* en aquella lejana época se debe a que en el primitivo Derecho romano, la sustracción del dinero público fue particularmente reprobada en razón de la cosa sustraída, la cual se consideraba *sacra*. De ahí que los incursos en peculado fuesen colocados en compañía de los sacrílegos. Por el contrario, en el Derecho cesáreo prevaleció la consideración de la fe traicionada y de la facilidad para delinquir. Vid. ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 34.

¹⁴⁷ Según OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 631, “la malversación no ha tenido, en el curso de la codificación española, carácter de hurto cualificado, sino que, por el contrario, la génesis del precepto muestra un firme concepto de delito propio del sujeto que ejerce debidamente legitimado, una función pública, y que proyecta su acto, contra esta función”.

¹⁴⁸ Sin embargo, el genuino *peculatus* romano fue creado para la protección del erario público, lo que, según DÍAZ PALOS, *Malversación*, p.817, parecería confirmar que la consideración de la malversación como un delito patrimonial en cuanto atentado a los caudales públicos.

Además, se afirma que no se puede concebir la malversación como un mero delito contra la propiedad cualificado y por lo tanto, conforme asevera SUÁREZ MONTES¹⁴⁹, habrá que buscar su contenido esencial en otra dimensión, lo cual, a su juicio no es sino “la deparada por la violación de un deber jurídico público propio de ciertas funciones sociales”. Por otra parte, se afirma que una lectura en el sentido de que el objeto jurídico de la malversación está caracterizado por el derecho patrimonial de la Administración conllevaría a una concepción estática del patrimonio, que es la que mejor conviene a los delitos contra el patrimonio privado¹⁵⁰. Por fin y, específicamente respecto a la regulación de la malversación, se afirma que la comprensión exclusivamente patrimonial obstaculiza la justificación, por ejemplo, de la conducta omisiva - que no exige ninguna lesión patrimonial - ni tampoco de la malversación impropia¹⁵¹, cuyo único atentado origina la frustración del derecho del acreedor.

2.6.4. Protección funcional del patrimonio público

La perspectiva funcional del patrimonio como bien jurídico hace una fusión del patrimonio con la función o concreto servicio a satisfacer, de modo que en la protección del patrimonio público se otorgue una mayor relevancia al aspecto funcional del mismo, con vista a los fines a que está legalmente asignado. Así, con base en una perspectiva funcionalista, se concibe los delitos de malversación como infracciones que buscan salvaguardar el mantenimiento y la gestión de los recursos públicos como medio idóneo para la satisfacción de los fines a que están adscriptos. Tal lectura, se dice, es posible a

¹⁴⁹ SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 867.

¹⁵⁰ Y ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 38, observa que “el patrimonio público no puede ser concebido estáticamente como si se tratase del dinero del avaro guardado a buen recaudo. El concepto de patrimonio público viene definido por dos notas características: su movilidad o carácter circulante y su vinculación a fines concretos, a la prestación de servicios públicos”.

¹⁵¹ Pero, como observa CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 39, “la utilización de la existencia de la malversación impropia como argumento a favor de la tesis de la malversación como delito de infracción del deber es un arma, cuanto menos, de doble filo. En efecto, si nos fijamos en el primer supuesto de la malversación impropia (artículo 435, 1, CP), que extiende el delito de malversación a los encargados por cualquier concepto de fondos públicos, veremos cómo su existencia es difícilmente explicable desde la perspectiva de la infracción del deber. Pues, la aplicación jurisprudencial del supuesto, que condena por malversación al sujeto particular que ha sido momentáneamente encargado del cuidado de una Administración de Lotería por su titular, al haber sustraído los fondos resultantes de la venta del billete, supone una vuelta al sistema punitivo romano en que se castigaba la sustracción de caudales públicos, con entera independencia de la condición del sujeto activo. En el presente supuesto, no puede afirmarse que el particular haya asumido un deber con la Administración, ni que el encargo aceptado, sea equiparable al deber funcional que incumbe al verdadero titular de la Administración de Lotería. Y, si ello es así, difícilmente podrá explicarse la inclusión de estos supuestos en el delito de malversación, si se parte de la naturaleza de infracción del deber específico del mismo”.

partir de la simplificación operada por el legislador del Código penal de 1995 que, incriminando únicamente conductas de apropiación y de aplicación privada (definitiva o temporal), no sólo facilitó la interpretación uniforme de los distintos supuestos típicos agrupados bajo el término “malversación” como también acentuó el aspecto patrimonial como objeto de tutela; pero, del patrimonio público al servicio de unos intereses generales y en el marco del correcto funcionamiento de la Administración pública dentro del manejo de tales fondos¹⁵².

La superación de la interpretación tradicional de la dimensión patrimonialista hacia una aglutinación con esta doble perspectiva fue propuesta por DE LA MATA y ETXEBARRÍA ZARRABETÍA¹⁵³ en una monografía dedicada al examen del bien jurídico sobre la malversación. Referidos autores, aún bajo la vigencia del Código penal anterior, reflexionaron que las conductas establecidas en la malversación de una u otra forma realzan la consideración patrimonial. Pero, diferentemente de lo que defiende la posición tradicional, no es el patrimonio en sí que se protege; más bien, es el atentado contra la correcta gestión del patrimonio público, de acuerdo a los principios constitucionales y legales que la inspiran, lo que constituye el contenido esencial de la lesión típica. Así, incorrecto funcionamiento y lesión patrimonial coinciden y se superponen, o incluso puede afirmarse que constituyen anverso y reverso de una misma conducta. Por lo tanto, cuando se afecten a otras funciones de los entes públicos, distintas a la patrimonial, serán otros los tipos que deben aplicarse. A lo sumo, para referidos autores el perjuicio es valorado por su idoneidad *ex ante* para frustrar el cumplimiento de los fines propios a la Administración, es decir, el fin, por su importancia, llega a cobrar autonomía.

Lo interesante de la concepción funcional del patrimonio, según acentúan DE LA MATA y ETXEBARRÍA¹⁵⁴, es que, sin necesidad de recurrir a la admisión de una doble naturaleza jurídica que la doctrina mayoritaria estima presente en la malversación, permite reconducir la perspectiva del correcto ejercicio de la función pública a una visión

¹⁵² Cfr. ETXEBARRÍA ZARRABETIA, *Malversación*, p. 185: “La agravación de la pena comprendida en el actual artículo 432.2 viene a corroborar esta interpretación. Así, reconoce mayor relevancia a la naturaleza del patrimonio malversado, agravando la pena cuando el hecho tuviera <especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades 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>. Es decir, se atiende no sólo a la cuantificación patrimonial, sino también a la función a la que estuviera consignado el patrimonio público”.

¹⁵³ DE LA MATA y ETXEBARRÍA ZARRABETIA, *Malversación*, p. 80 y ss.

¹⁵⁴ DE LA MATA y ETXEBARRÍA, *Malversación*, p. 104.

puramente patrimonial, teniendo en cuenta, no obstante, el valor de uso o utilidad del bien que pretende obtener su titular. Tal concepción fue absorbida por algún doctrinador¹⁵⁵ y también por el Tribunal Supremo en algunas resoluciones¹⁵⁶.

2.6.4.1. Crítica de la doctrina a la concepción funcional

La doctrina que defiende la naturaleza dual del bien jurídico en la malversación asevera que desde una perspectiva patrimonial, aunque sea funcionalmente concebido como patrimonio el cumplimiento de los fines de la Administración (como prestación de servicios), quedaría sin esclarecer la razón de que sólo el funcionario o determinados particulares (supuestos de la malversación impropia) sean los únicos sujetos activos de la malversación. Además, se objeta que la aceptación de tal idea haría con que se quedaran sin explicación diversos fenómenos como es la equiparación de la modalidad omisiva con la activa, bien como la razón de la malversación ser castigada más severamente que el ataque al patrimonio público realizado por un particular¹⁵⁷.

Asimismo, por más que los defensores de la concepción funcional del patrimonio defiendan que no se trata de tutelar la mera voluntad ni la libertad de decisión del titular, sino que habrán de ser criterios objetivos¹⁵⁸, lo cierto es que tiene razón CASTRO

¹⁵⁵ CRESPO BARQUERO, *Comentarios*, p. 1715, para quien tal postura “no sólo potencia el aspecto de protección material del erario y el interés público frente a concepciones más formalistas, sino que permite dar cobijo y comprender bajo la genérica invocación de la eficacia imparcial”.

¹⁵⁶ En el mismo sentido: STS de 13-02-97 y 10-05-99. En tal resolución, declara el Alto Tribunal que “las más recientes concepciones que desde una perspectiva funcional del patrimonio público y de la Administración como garante y agente de la capacidad prestacional del Estado, justifican la mayor protección material del erario público en función de los intereses generales”.

¹⁵⁷ En el mismo sentido: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 60-61; MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 51-51, según el cual dicha argumentación, especialmente atractiva, en tanto respetuosa (por absorción en un bien jurídico globalizador) con el funcionamiento de la Administración y su carácter servicial, permanecería irreprochable si no fuera porque el Código penal se decanta por una protección separada del patrimonio público y el privado. “De ahí que, si ambos patrimonios (público y privado) responden a la misma lógica, a saber la necesidad de observar una cierta personalización en la evaluación del perjuicio, a la luz de las posibilidades objetivas del sustrato material, y ello es igual en el patrimonio público, no se entienda por qué ambas suscitan una cobertura penal separada con presupuestos típicos diferenciados, amén de ordenarse de modo estructuralmente diverso en la sistemática del Capítulo. Por otra parte, las propias figuras delictivas se construyen en torno a limitaciones relativas no sólo al sujeto activo (que en ocasiones reclamará la presencia de una norma de atribución de dicha condición) sino, incluso, a la relación de éste con el objeto material. Lo que, aun obviándose el interrogante anterior, de nuevo incide en la imposibilidad de obedecer a idénticos motivos de tutela que los esgrimidos para el patrimonio privado en los que la agresión típica consiente en su realización a través de cualquier sujeto activo con independencia de su relación con el perjudicado o el objeto material”

¹⁵⁸ DE LA MATA y ETXEBARRÍA, *Malversación*, p. 93: “Habrá de ser criterios objetivos, atendiendo a las circunstancias y fines particulares de cada sujeto, basándonos en la idoneidad del objeto para satisfacer la finalidad que le es propia, los que confirmen o nieguen la presencia de la lesión típica. De ahí el esfuerzo en diferenciar el concepto personal de patrimonio – y en esa línea se enmarcan las propuestas de carácter

MORENO ¹⁵⁹ al aseverar que no alcanza a comprender “cómo una concepción personal de perjuicio puede ser, a la vez, objetiva, puesto que su esencia intrínseca radica precisamente en lo subjetivo”.

2.6.5. Protección de los *servicios* prestados por el patrimonio público

Una corriente reinterpreta el bien jurídico desde premisas prestacionales, cuyo norte son los objetivos que informan los poderes públicos, sin, perderse de mira el aspecto patrimonial que las modalidades delictivas contienen. Es decir, como objeto de protección estarán “los servicios que podrían verse trastocados y hasta impedidos si el imprescindible substrato patrimonial fallara a raíz de una malversación”¹⁶⁰. Tal interpretación del bien jurídico llegó a ser adoptada por el Tribunal Supremo¹⁶¹, el cual declaró que en el delito de malversación de caudales públicos “el bien jurídico protegido es el servicio público que la Administración presta a la comunidad y cuyo objeto material son fondos públicos”.

Las críticas que el sector doctrinal y jurisprudencial hace a dicha posición son las siguientes: a) así como sucede en la perspectiva funcionalista, la concepción prestacional conlleva una continua atipicidad, en la medida en que los ataques que no fuesen de extraordinaria envergadura se presentarían impropios para la lesión del bien jurídico¹⁶²; b) la diversidad prestacional y el hecho de que el patrimonio no siempre queda sometido a la

funcional y dinámico – de una perspectiva subjetiva que confunda la protección patrimonial con la protección de la libertad del titular”.

¹⁵⁹ CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 54.

¹⁶⁰ ORTS BERENGUER, *Derecho penal*, p. 481. Referido autor, en *Comentarios*, p.1852, cifra el bien jurídico “en el patrimonio público y en los servicios que gracias a él han de prestarse a la comunidad”. En el mismo sentido: CUARESMA TERÁN, *Malversación*, p. 441, para quien “no cabe duda 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”; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Malversación*, p. 1089, para quien el bien jurídico protegido en la malversación “es fundamentalmente el buen funcionamiento de los servicios administrativos, que podría verse afectado por el irregular manejo de fondos públicos”. MIR PUIG, C., *Delitos*, p. 288, quien en la malversación el bien jurídico protegido “es el correcto funcionamiento de los servicios públicos en base al mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y a una correcta gestión del patrimonio público”. Hacen referencia, asimismo, al servicio público como bien jurídico protegido en la malversación MUÑOZ CUESTA, *Malversación*, p. 1570; POLAINO NAVARRETE, *Malversación*, p. 412; CASTRO FELICIANO, *Código penal*, p. 448.

¹⁶¹ Sentencia del TS de 09-10-91.

¹⁶² En la sentencia de 10-10-89, el Tribunal Supremo señala que las definiciones del bien jurídico que se refieren a conceptos vinculados con las finalidades prestacionales de la Administración, en verdad sólo se verían afectadas cuando las sumas fueran de una magnitud muy extraordinariamente superior a las que el legislador ha considerado como suficientes para el máximo de la pena. Tales conceptos de los bienes jurídicos de la malversación se ven obligados, muy posiblemente, a operar con una ficción de lesión del bien jurídico y no con la perturbación real de intereses sociales reconocidos.

prestación de servicios no permiten considerar a los servicios que dicho patrimonio permite ofertar como bien jurídico merecedor de tutela¹⁶³.

2.6.6. Protección del principio de eficacia

Como visto anteriormente, un sector de la doctrina¹⁶⁴ agrupa el bien jurídico protegido en los delitos del cargo en el principio de eficacia, recogido en los artículos 103 y 31.2 de la Constitución Española¹⁶⁵.

Específicamente con relación a los delitos de malversación, se argumenta que la fijación del núcleo del principio de eficacia pivota en torno a sus características básicas en el seno de la actividad económica. Así, los niveles de satisfacción del principio, a los efectos del delito de malversación, en los que el objeto material cae fuera del ámbito de dominio de la Administración, se efectúan desde la relación medio-fines, es decir, “de idoneidad de los mecanismos financieros empleados a pesar de la satisfacción final del objetivo trazado”¹⁶⁶.

2.6.7. La función de la rúbrica en la interpretación del bien jurídico protegido

El sector partidario de la concepción basada en la infracción del correcto funcionamiento de los servicios públicos sostiene que el cambio de rúbrica ocurrido en el Título de la malversación que pasó del tradicional “De los delitos de los funcionarios

¹⁶³ Así, de forma crítica indaga CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 49, qué pasará entonces cuando los caudales sustraídos no tuvieran aún asignado destino. Asimismo MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 50: observa que “los servicios que el patrimonio público permite ofertar difícilmente pueden considerarse en sí mismos un bien jurídico merecedor de tutela; Y no sólo por la diversidad prestacional – que impediría una paritaria consideración de cada uno de ellos como bien jurídico adyacente al patrimonio – sino, además, porque el patrimonio público no siempre queda sometido a la prestación de servicios, de modo que su finalidad bien puede cifrarse, por ejemplo, en la simple especulación de los mercados de capital, con lo que su vinculación al servicio quedaría ciertamente alejada del objeto central de protección”.

¹⁶⁴ REBOLLO VARGAS, *Bien jurídico*, p. 555-556; MORALES PRATS y MORALES GARCIA, *Comentarios*, p. 1962-1963.

¹⁶⁵ Según REBOLLO VARGAS, *Bien jurídico*, p. 556, “esa eficacia en la actuación de la Administración pública orientada en sus principios a servir a los intereses generales, no es más que la obligación que tiene cualquier ente público para atender a la consecución de sus fines institucionales. Es más, cuando se produce una disfunción entre la consecución de esos fines institucionales (de actuación de la Administración pública orientada a servir a los intereses generales y caracterizada por la eficacia) con intereses contrapuestos, es cuando un comportamiento viene a ser penalmente relevante”.

¹⁶⁶ MORALES PRATAS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1963.

públicos en el ejercicio de sus cargos”¹⁶⁷ para “Delitos contra la administración pública” no es baladí. Al contrario, a partir de ahí se relega una agrupación de los delitos de malversación en función del sujeto activo para agruparlos en torno a un referencial común a todos ellos, que son los diversos servicios que presta la Administración, conllevando a un claro propósito de tutelarse el correcto desempeño de la función pública, con lo que, en palabras de CASTRO MORENO¹⁶⁸, “parece perder fuerza la tesis de la infracción de deber”¹⁶⁹. Y se garantiza el correcto desempeño de las distintas actividades públicas “desde la perspectiva de una Administración prestacional, plenamente sometida al Derecho y al resto de principios constitucionales que ordenan su funcionamiento”¹⁷⁰.

Sin embargo, autores como MUÑOZ CONDE¹⁷¹ y ORTS BERENGUER¹⁷² advierten que la rúbrica no permite definir un bien jurídico común, lo cual debe ser

¹⁶⁷ De hecho, la doctrina hacía severas críticas a la tradicional rúbrica “De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”. COBO DEL ROSAL, *Examen*, p. 246, la calificaba de insatisfactoria y redundante, pues la expresión <ejercicio del cargo> supone la participación en el ejercicio de funciones públicas, con lo que la repetición se percibe enseguida”; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *Delitos*, p. 103-104: “Si bajo la vigencia del Título VII del Código penal de 1973 el criterio legislativo de agrupación sistemática fundamentaba la ya conocida observación crítica de que “ni todos los delitos cometidos por funcionarios constituían delitos en el cargo, ni todos los delitos en el cargo tenían por sujetos activos a los funcionarios públicos; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 67, sintetiza las críticas al observar que el Título del Código penal derogado “se apartaba del criterio general por él seguido en la clasificación sistemática de las infracciones, que era el que atende al bien jurídico protegido, y en lugar de él, había tomado un criterio secundario como es el del sujeto activo, lo que, dicho sea de paso, daba lugar a un conglomerado de infracciones heterogéneas desde el punto de vista del contenido esencial de cada una de ellas. De esta suerte, en dicho Título rompía el Código con su criterio general de sistematización. Pero no sólo esto, sino que al mismo tiempo, de otra parte, resultaba que en ese Título, contrariamente a lo que la rúbrica anunciaba, se recogían infracciones cuyo sujeto activo no era un funcionario, o por lo menos existían dudas razonables de lo que fuera. Y más allá de todo esto todavía, no se puede perder de vista que nuestro Código reconocía delitos cometidos por funcionarios públicos que no se hallaban recogidos sistemáticamente en el Título de los delitos de los funcionarios”.

¹⁶⁸ CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 31.

¹⁶⁹ Asimismo para LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, *Código penal de 1995*, el cambio de rúbrica “sobre todo permite huir de una concepción de estos delitos exclusivamente como infracciones de los deberes de los funcionarios respecto de la Administración”.

¹⁷⁰ MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios*, p. 1127. En la misma dirección: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 69: “Se está, así, apuntando en la dirección de que las infracciones en él contenidas tienen mucho que ver de una u otra manera con el propósito de garantizar el correcto desempeño de la función pública (todo ello dentro del contexto de las previsiones constitucionales referentes a la Administración pública)”; DEMETRIO CRESPO, *Consideraciones*, p. 185-186: “la nueva rúbrica dada a esta familia delictiva en el Código Penal de 1995, <Delitos contra la Administración Pública>, frente a la del anterior Código, <De los delitos de funcionarios en el ejercicio de sus cargos>, apoya la tesis expuesta ya que el punto de partida correcto que debe centrar el contenido de lo injusto no es la del sujeto activo del delito, sino la consideración del bien jurídico como la función de prestación o servicio a los ciudadanos por parte de la Administración de acuerdo con una serie de principios expresados por la Constitución (arts. 9.1, 9.3, 103.1, 106.1) del que el <centro de gravedad> es la objetividad – y correspondiente imparcialidad – en su actuación, así como el servicio a los intereses generales”.

¹⁷¹ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 829: “La Administración pública de la que se habla en la rúbrica de todo el Título XIX no es más que el marco en el que se realizan los delitos que en él se tipifican, pero luego hay que identificar en cada caso el aspecto de la Administración que en cada uno de ellos se cuestiona”.

valorado caso por caso. Pero hay quien defiende que si por un lado la rúbrica no expresa por sí sola el objeto de protección, sirve al menos de ayuda para el análisis del criterio de agrupación¹⁷³. Partidario de este último punto de vista, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO¹⁷⁴ hace severas críticas a la rúbrica del Título XIX elegida por el legislador del Código penal de 1995, tajándola de totalmente inexpresiva del bien jurídico, siendo contundente al afirmar que pese a que era criticable la rúbrica anterior era preferible a la actual, pues ésta, lo que sugiere al referirse a la Administración pública, es que se protege al conjunto de organismos encargado de cumplir la función de administrar y no a la función misma de administración, razón por la cual - concluye - lo que expresa es totalmente contrario a la Constitución.

Cumple observar que también la rúbrica del Capítulo de la malversación sufrió modificación, ya que en la actual no se hace más referencia a los “caudales públicos”. La omisión, que para ROCA AGAPITO¹⁷⁵ pudiera quizás dar a entender que no es el patrimonio público lo protegido, sino otra cosa, supone más bien una adaptación a la regulación contenida en el capítulo, puesto que el objeto material de este delito no siempre está constituido por caudales o efectos públicos, como sucede en la malversación impropia del art. 435 CP.

2.6.8. Lectura del bien jurídico protegido con base en la reestructuración del Capítulo de la malversación

¹⁷² ORTS BERENGUER, *Comentarios*, p. 1775: “La rúbrica no señala de modo incuestionable el bien jurídico protegido en todas y cada una de las infracciones que encabeza”.

¹⁷³ En este sentido MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 46; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *El delito de prevaricación*, p. 1514.

¹⁷⁴ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *El delito de prevaricación*, p. 1517. En sentido contrario: MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 46: “Que la nomenclatura utilizada no sea apropiada en términos literales no desemboca necesariamente en una interpretación laxa del término Administración Pública”.

¹⁷⁵ ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 69. El autor, por lo tanto, se une a aquellos que defienden que las rúbricas, “si bien tienen alguna importancia en la determinación de naturaleza de los delitos, ésta sólo puede venir deparada por la regulación positiva misma”.

Con base en la premisa de que la rúbrica no se presta por sí sola para identificar el bien jurídico protegido, es preciso entonces analizar las innovaciones¹⁷⁶ que el legislador efectuó en el ámbito de la regulación de la malversación, y ver qué repercusiones tienen en la interpretación de la naturaleza del bien jurídico protegido. Y ello porque, como pone de manifiesto un sector de la doctrina, la cuestión relativa a la naturaleza del delito sólo cobra verdadero sentido si se hace a la luz de la específica regulación positiva, lo que obliga al conocimiento previo de los tipos penales¹⁷⁷. Y como novedades que más de cerca interesan a la lectura del bien jurídico protegido en la legislación española, se pueden apuntar: a) despenalización de la conducta imprudente (artículo 395 ACP), de la aplicación pública de caudales con diferente destino (artículo 397 ACP) y de retención indebida de fondos (artículo 398 del ACP); b) la introducción de una nueva figura (art. 434) consistente en dar aplicación privada a bienes muebles e *inmuebles*; c) la exigencia expresa del ánimo de lucro en los arts. 432 y 434 CP; d) la agravación de la pena cuando las conductas del art. 432 CP se revistieren de “especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público”; e) supresión de la diferenciación de penalidad en la figura de destinar los fondos a usos ajenos a la función pública, según ocasionasen o no daño o entorpecimiento al servicio público.

Se percibe, pues, la clara *voluntas legis* en mantener tipificadas solamente las conductas más significativas, despenalizando aquellas conductas que encuentran mejor protección en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. Por ello, se argumenta que el hecho de haber el legislador reducido las conductas típicas a las de más marcado carácter patrimonial corrobora a una lectura patrimonialista del bien jurídico, pues: a) se castigan con penas más graves los ataques que suponen una privación a la Administración de forma definitiva de su patrimonio público y, por ello, se percibe la importancia dada su intangibilidad; b) el legislador, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio de la Administración para llevar a cabo sus fines, agrava el castigo para aquellas conductas que causen daño, entorpecimiento o grave perjuicio al servicio o causa pública; c) se extiende el requisito de propósito de lucro a terceros en la malversación propia y a los particulares asimilados a funcionarios públicos en la malversación impropia, incluso considerando los

¹⁷⁶ Y los cambios que se procedieron en el Capítulo de la Malversación, según la doctrina autorizada, fueran relevantes y profundas. En este sentido: QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 666; MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1960; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 89.

bienes a su cargo como públicos; d) amenaza con pena más severa en los supuestos del art. 433 CP cuando no ocurre el reintegro de los caudales en el plazo de diez días desde la incoación del procedimiento penal.

Respecto a los efectos penológicos del reintegro en el art. 433 CP, suele afirmarse que sólo a partir de una lectura patrimonialista es posible explicarlos, pues aunque exista la devolución posterior el crimen ya se ha consumado y por lo tanto el deber ya ha sido infringido. Así, la beligerancia del legislador, aunque no en la totalidad de la pena, sólo se explica por la intención de que la Administración tenga reparado el daño¹⁷⁸.

Sin embargo, para otra corriente, de todas las innovaciones operadas en el ámbito de la malversación, el ánimo de lucro es apuntado como el factor más significativo a una interpretación de que fue el patrimonio público lo que efectivamente el legislador intentó tutelar, y ello principalmente porque tal requisito nunca había sido objeto de regulación en los delitos de malversación. Con el requisito del ánimo de lucro, pues, el delito de malversación se ve reducido en su ámbito de injusto y queda enmarcado dentro de los delitos de enriquecimiento, en los que la obtención de una ventaja, provecho o beneficio de carácter económico es fundamental¹⁷⁹.

De todos modos, hay quienes siguen manteniendo que pese a que la inclusión del ánimo de lucro introduce una dimensión más patrimonialista en el ámbito de la malversación, sin que se considere la infracción de los deberes como elemento adicional no es posible explicar determinadas conductas malversadoras, como es ejemplo la equiparación de la omisión con la comisión del art. 432 CP. En razón de ello, la naturaleza *dual* o *pluriofensiva* del bien jurídico en la malversación es defendida, con distintos tintes,

¹⁷⁷ En el mismo sentido: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 33: “solamente la regulación concreta del delito, los distintos elementos que concurren en su tipicidad, pueden permitir descubrir la naturaleza del delito”.

¹⁷⁸ En este sentido, entre otros: DE LA MATA, *Malversación*, p. 437: “el interés de 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”; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 160, según la cual los efectos del reintegro de lo inicialmente sustraído “no se explicaría si no se tuviera como objeto primordial de protección el mantenimiento íntegro del erario público”; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p.674. En sentido contrario: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 62, para quien, a pesar de que ha sido repuesta íntegramente la situación económica anterior a la infracción del deber de cargo, ello parece más bien dar entender que si la excusa no es plena es porque la parte de pena no remitida obedece al hecho de que el funcionario ha cometido una infracción de sus deberes, lo que “vendría a confirmar más bien el punto de vista que considera la infracción de los deberes como parte integrante del injusto”.

por gran parte de la doctrina, que considera por una parte el patrimonio público como clave en el análisis del bien jurídico y, por otra, el adecuado ejercicio de la función pública concretizado en la correcta gestión del patrimonio público encomendada al funcionario¹⁸⁰, o mismo el tradicional deber de fidelidad del funcionario para con la Administración¹⁸¹ o la confianza de los ciudadanos en el manejo de los fondos destinados a los servicios que prestan los poderes públicos¹⁸². Hay, en cambio, quienes, a pesar de no desconsiderar el patrimonio como interés protegido, lo relegan a un segundo plano¹⁸³. En definitiva, se dice que en la malversación no se castiga cualquier ataque al patrimonio público, sino más bien la forma en que éste se produce.

¹⁷⁹ ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 73.

¹⁸⁰ En esta línea de raciocinio: RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 308; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La malversación por aplicación privada*, p. 100, para quien es preferible una concepción del bien jurídico en los delitos de malversación “que trascienda (aunque no olvide) el mero aspecto patrimonial y se refiera (hablando en términos generales y simplificados) al correcto funcionamiento de los servicios públicos (de la Administración pública en relación con los ciudadanos) en cuanto pueda verse afectado por el irregular manejo de caudales, fondos o bienes públicos o, si se prefiere como correcta gestión y utilización del patrimonio público por los encargados de ella con la finalidad de servir a los intereses generales de la sociedad”; OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p.270-271, el cual, tras destacar que “el nuevo Código refuerza la consideración de la malversación como un delito típicamente patrimonial”, concluye que “el contenido de injusto del nuevo delito de malversación vendría constituido por la lesión de la actividad patrimonial de las Administraciones Públicas y por la lesión de la función pública, entendida como garantía de legalidad respecto del destino y utilización de tales bienes para la satisfacción de los intereses generales”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p.65, es de opinión que en la moderna doctrina sobre el delito de malversación casi nadie ha defendido el carácter puramente patrimonial de este delito, sino que más bien su naturaleza se ha concebido desde una *perspectiva dual*. Por una parte, se destaca el aspecto patrimonial, puesto que la conducta se proyecta sobre caudales o efectos públicos, pero se acepta también como componente codefinidor del mismo la deslealtad del funcionario, en cuanto infracción de los deberes específicos de custodia y gestión de los caudales públicos que tiene a su cargo por razón de sus funciones”. Así, “el deber del funcionario no es concebido como un deber general de fidelidad para con la Administración, sino como la correcta gestión del patrimonio público que le ha sido encomendado”; MORILLAS CUEVA, *Malversación*, p. 826, ve la naturaleza dual en “la protección del correcto funcionamiento de la Administración y en la prestación de servicios adecuados a los ciudadanos, de la que el patrimonio público, como derivación, es una parte fundamental en esa protección global, y esencia del delito”; CATALÁN SENDER, *Delitos*, p. 244-245: “la naturaleza de las conductas de este Capítulo podemos calificarla de bifronte, toda vez que por un lado suponen una contravención del deber de lealtad o fidelidad que tiene el funcionario para con la Administración (así como la confianza que deposita ésta en aquél) y por otra tiene una fuerte impronta patrimonial, pues afecta al patrimonio, a las arcas públicas”.

¹⁸¹ En esta dirección: MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 966: “En cuanto a su naturaleza ésta es, por una parte, común a la de todos los delitos comprendidos en el Título XIX, en cuanto constituye una infracción del deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario con la Administración. Pero, por otra parte, la malversación ostenta un carácter patrimonial evidente, al incidir sobre los fondos públicos, lesionando los intereses patrimoniales del Estado”; DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 817-818, para quien, pese el evidente fondo patrimonial del delito, la extensión a caudales no públicos y cometidos por particulares lleva a conclusión de que la aglutinación de heterogéneas figuras sólo explica por la infracción de específicos deberes de fidelidad por parte del funcionario o particular a él asimilado.

¹⁸² En el mismo sentido: ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p.159.

¹⁸³ MUÑOZ CUESTA, *Malversación*, p. 1570: “no se puede olvidar que el Código exige la concurrencia del ánimo de lucro, lo que da entrada a otro bien jurídico a proteger, que no es más que el patrimonio del Estado,

2.6.9. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo español puede constatarse una gran disparidad a la hora de interpretar el bien jurídico protegido en los delitos de malversación. La histórica jurisprudencia del Tribunal Supremo entendía que el bien jurídico protegido en el delito de malversación de caudales públicos estaba constituido por la infracción del deber de fidelidad y probidad del funcionario con la Administración. La evolución de la jurisprudencia implicó una concepción menos imperativa y más constitucional de la norma penal y supuso el acoger doctrinas que conciben el ordenamiento jurídico como un sistema valorativo de tal forma que toda infracción penal requiere además de la exteriorización material de un hecho la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado, ideado como un valor de la vida al que el Derecho le otorga protección, valor que no puede identificarse con la sola infracción del deber de fidelidad y probidad del funcionario¹⁸⁴.

Así, en algunas oportunidades el Alto Tribunal señaló que la malversación de caudales públicos supone una infracción de evidente trascendencia patrimonial¹⁸⁵, pero en la gran mayoría de los casos entendió que “se tutela 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 y, en general, de los entes públicos”, indicando asimismo que “el malversador, además de apropiarse de bienes ajenos, viola un deber personal de fidelidad respecto del Estado, cuyos bienes gozan de una mayor protección jurídica que los privados”¹⁸⁶. Otras veces estimó, sin negar la protección del

pero entendemos que dicha protección está en segundo lugar, al ser el citado patrimonio sólo instrumento del correcto funcionamiento de la Administración pública”.

¹⁸⁴ Cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Delitos*, p. 22.

¹⁸⁵ Así, en la sentencia de 26-06-89, el Tribunal Supremo señaló que la malversación, “sin poder asimilarse técnicamente a los delitos contra la propiedad, tiene un indudable carácter patrimonial, incluso como una modalidad del delito de apropiación indebida, cualificado por la cualidad del sujeto y la naturaleza del sustraído”, siendo, pues, “los diversos intereses económicos de las Administraciones Públicas, o entes públicos, lo que prima cuando de estudiar la malversación se trata” (STS de 27-09-91). En la misma dirección: STS de 20-03-92, 18-11-92, 06-07-92, 18-02-93, 30-05-94, 10-07-95, 08-11-95, 20-02-96; 15-03-96, 01-04-96; 03-10-96; 25-03-96. Actualmente, el Tribunal Supremo volvió a hacer mención a que “el delito de malversación propia o impropia viene a ser un delito contra la propiedad vertebrado alrededor del ánimo de lucro” (Sentencia 121/2007, de 14-02-2007).

¹⁸⁶ El Tribunal Supremo, en la sentencia de 22-05-86, señaló 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. La comparación relevante a los efectos del art. 14 debe tener en cuenta también las características típicas del autor y objeto de protección de cada uno de los tipos penales que se comparan. Por lo tanto, aunque ambos delitos se estructuran sobre una apropiación de bienes ajenos, hay también circunstancias de la malversación que lo diferencian claramente del otro. El autor, por un lado, además de apropiarse de bienes ajenos, viola un deber de fidelidad respecto del Estado”. La idea de la

patrimonio público, que el bien jurídico protegido en la confianza de los ciudadanos, consiste en el correcto manejo de los fondos públicos confiados a los servicios públicos, en la correcta actividad patrimonial del Estado y en los servicios que la Administración ha de prestar a la comunidad¹⁸⁷.

En general el Alto Tribunal ha venido afirmando el carácter pluriofensivo de la malversación, predominando como nota más relevante el anclaje al ejercicio de la función pública conforme a los intereses generales¹⁸⁸. Sin embargo, en muchas decisiones el Tribunal Supremo llega a acumular hasta cinco bienes jurídicos en una misma figura delictiva¹⁸⁹, sosteniendo que en aras de <mejor protección> el bien jurídico no es sólo la indemnidad del patrimonio público sino, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios¹⁹⁰, lo que, según pone de manifiesto y con razón la doctrina, cercena los niveles mínimos de certeza en el quehacer interpretativo¹⁹¹ y pasa a convertirse en un mecanismo de auto tutela general del propio ordenamiento jurídico¹⁹².

2.6.10. Toma de postura: el patrimonio como único bien jurídico protegido

infracción del deber específico del cargo se encuentra asimismo en las Sentencias de 11-11-98, 26-11-98 y 25-02-2000.

¹⁸⁷ Así, en la sentencia de 25-02-2000 declaró el Tribunal Supremo que “se ha considerado asimismo que el bien jurídico protegido consiste en el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la confianza de la sociedad en el manejo honesto de los caudales del Estado junto a la propia fidelidad al servicio de las funciones de quienes de ellos disponen”. En la misma dirección: STS de 24-1-97, 13-02-97, 22-07-97, 14-10-97 y 05-10-99.

¹⁸⁸ STS de 04-01-2005.

¹⁸⁹ “El delito de malversación, antes que el patrimonio público, también protegido, se refiere al buen orden y aplicación de los servicios y vigila la conducta de los funcionarios que lo realicen. Lo que la ley sanciona especialmente en esta clase de delitos cometidos por los funcionarios públicos es la falta de probidad y el grave quebranto del interés público y de las garantías de protección y seguridad que los servicios ofrecen a los peticionarios en su vida de relación. La malversación es en puridad un delito contra la propiedad cualificado por el abuso de confianza otorgada al funcionario que sirve al Estado, Provincia o Municipio, y que, deslealmente, por su apetencia, deja indefensa a la entidad a la que servía”. Sentencia de 14-5-84. En la sentencia de 01-02-95 el TS hace referencia al deber de probidad, interés fiscal, eficiencia del servicio público, seguridad jurídica de los ciudadanos y prestigio de la Administración.

¹⁹⁰ STS de 21-07-2005 y 211/2006.

¹⁹¹ Cfr. MORALES GARCIA, *Malversación*, p. 60.

¹⁹² En el mismo sentido: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción*, p. 556, según el cual “cuantos más bienes jurídicos dice proteger una norma, más se aleja ésta de la tutela de bienes jurídicos concretos para convertirse en un mecanismo de autotutela general del propio ordenamiento jurídico”.

A mi juicio, desde una perspectiva del principio de lesividad, en la malversación el objeto de protección es exclusivamente el patrimonio público, puesto que todas las conductas pueden implicarle un menoscabo, definitivo o no. Incluso en el Código derogado se reconocía la relevancia del componente patrimonial, el cual estaba presente en la mayoría de las conductas descritas¹⁹³.

Las dificultades apuntadas por la doctrina a una exclusiva lectura patrimonial del bien tutelado en la malversación fueron relegadas por el Código penal de 1995¹⁹⁴. En primer lugar en virtud del cambio de rúbrica, pues, aunque se entienda que no se puede definir el bien jurídico protegido, al optar ahora por la sistematización no ya en torno de la condición del sujeto activo sino del ente de la Administración, el legislador deja claro que el objeto de protección debe ser inferido a partir de la naturaleza de los distintos ataques concretizados en cada descripción típica. En segundo término, el hecho de que el legislador haya dejado atípicas conductas como por ejemplo la desviación de fondos, en la realización del pago debido y la modalidad omisiva culposa¹⁹⁵, que no podrían hallarse ubicadas en el ámbito de la malversación porque la lesividad patrimonial es bastante discutible, aparta cualquier duda de que lo que realmente pretendió protegerse fuera exclusivamente el patrimonio público¹⁹⁶. Evidentemente, no de todo o de cualquier

¹⁹³ En este sentido, por ejemplo, resalta RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, 1181, que mismo en la figura del Código derogado de dar a los caudales del Estado un destino diferente del que tenían asignado causa un perjuicio patrimonial, pues “obliga a proveer con otros medios económicos no previstos a las necesidades que aquellos caudales habían de cubrir o dejar desatendidos los servicios públicos para los que habían sido presupuestados”.

¹⁹⁴ Hay que señalar, no obstante, que parte de la doctrina entendía, bajo la vigencia del Código penal anterior, que incluso en conductas como el dar a los caudales destino diverso al que se le asignaba se afectaba el patrimonio público, dado que la Administración era obligada a proveer con otros medios económicos no previstos las necesidades que dejaban desatendidas. Además, la significación penal de determinadas conductas (art. 397 CP derogado, p. ej.) cuyo fundamento la doctrina atribuía al mero deber que obligaba al funcionario fueron siempre cuestionadas justamente por la ausencia de menoscabo patrimonial.

¹⁹⁵ La doctrina mayoritaria, bajo la legislación derogada, entendía que en la modalidad omisiva negligente se incriminaba la mera violación del cumplimiento del deber de custodia, alejándose por consiguiente de una comprensión patrimonial del bien jurídico. Al respecto, observan DE LA MATA y ETXEBARRÍA, *Malversación*, p. 26, que “según las reglas generales de la imprudencia, la intervención del tercero rompería la relación de imputación que pudiera derivarse del riesgo creado por el funcionario; de ahí que consideremos se produce un adelantamiento excesivo de las barreras de protección del patrimonio hasta castigar penalmente una mera falta administrativa”.

¹⁹⁶ Además, como pone de relieve CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 32/46, también suponen argumentos más que sólidos para poder afirmar que el objeto directo de protección en el delito de malversación es el patrimonio público: a) la notable atenuación de las diferencias punitivas existentes entre la malversación y los otros delitos patrimoniales; b) la aplicación jurisprudencial de la doctrina del delito continuado imponiéndose la pena en atención al perjuicio total causado (artículo 74.2 CP); c) la aplicación del delito de receptación cuando los bienes objeto de la misma provienen de un delito de malversación; d) la configuración como delito especial impropio de la malversación apropiatoria; e) la calificación por apropiación indebida o hurto de la conducta del *extraneus* que realiza la sustracción; f) el entendimiento jurisprudencial de que no vulnera el principio acusatorio ni el derecho de defensa la condena por estafa,

patrimonio, sino sólo de aquél que se encuentre bajo custodia del funcionario; y aquí reside la esencia de la penalización autónoma, puesto que los ataques cometidos por el funcionario incompetente al patrimonio público son suficientes para la protección de los delitos patrimoniales comunes.

En cuanto a los deberes del cargo, como ponen de manifiesto los que defienden el criterio patrimonialista estricto, es una mera expresión de la conducta incriminada, el medio por lo cual el funcionario menoscaba el patrimonio de la Administración. El quebranto de la probidad y el regular funcionamiento de la Administración son aspectos secundarios en la malversación, que nada tiene que ver con lo que efectivamente se busca proteger. La apropiación - definitiva o temporal - de un bien ajeno no es otra cosa sino una agresión patrimonial, ya que siempre habrá una imposibilidad mayor o menor de disponibilidad. Que el ataque sea contra el patrimonio público y que provenga exactamente de quien ostente la obligación de evitarlo es lo que justifica la protección privilegiada y la exasperación penológica. Es correcta la afirmación de que no se puede tolerar que el empleado público falte con sus deberes, pero no por ello se puede deducir que en la malversación esto constituya el núcleo del injusto.

A los que argumentan que aún así queda sin explicar la omisión hay que objetarles que también en virtud de tal conducta el patrimonio sufre la misma merma, aunque por acción de una tercera persona. Es decir, la lesión patrimonial en este caso se opera de forma indirecta (a través del *extraneus*) y por ser el funcionario garante al asumir la custodia del patrimonio público el legislador estima la omisión con la misma gravedad que la conducta comisiva. Por tanto, lo que efectivamente se desvalora es el menoscabo promovido al patrimonio que el funcionario lleva a cabo mediante la violación de su deber funcional específico, aunque es preciso subrayar que sin referencia a los deberes especiales derivados del cargo no es posible entender el delito de malversación¹⁹⁷.

apropiación indebida o receptación cuando se había acusado exclusivamente por malversación; g) la exigencia de que las distintas conductas recaigan sobre los caudales o efectos públicos como objeto material de la acción, y el entendimiento de éstos como bienes con contenido necesariamente patrimonial, así como la posibilidad de que no revistan el carácter de públicos.

¹⁹⁷ Ahora bien, ello no significa que el deber no tenga entidad para ser objeto de protección penal, como defiende un sector de la doctrina. Los deberes más expresivos sí que pueden merecer la atención y protección penal cuando las funciones estatales no estén suficientemente protegidas por las demás ramas del ordenamiento jurídico.

En suma, para determinar qué es lo que consiste la malversación es preciso tener presente que son básicas dos coordenadas, cuales sean tanto la idea de que se tutela el patrimonio público como instrumento para el correcto funcionamiento de la función pública como la idea de que se protege dicho patrimonio público frente a un sujeto con una posición jurídica muy especial: el funcionario garante de la indemnidad de los bienes públicos confiados bajo su custodia.

2.6.11. Concepto jurídico-penal de patrimonio¹⁹⁸

Una vez estimado que el patrimonio es el único bien jurídico tutelado en la malversación, la cuestión reside en determinar qué se entiende por patrimonio (y, en consecuencia, por <daño patrimonial> como resultado típico), concepto normativo cuyo contenido queda abierto a la interpretación, a fin de delimitar el radio de protección de los tipos de malversación y peculado, teniendo en cuenta que el concepto penal de patrimonio no coincide con el concepto civil y es desarrollado esencialmente a partir del análisis del delito de estafa. Hay un cierto consenso de que la delimitación del alcance del concepto de patrimonio debe permanecer en el ámbito de la interpretación doctrinal y jurisprudencial, al margen de que deba ser capaz de servir como único referente para la interpretación de cualesquiera delitos de corte patrimonial¹⁹⁹.

a) *El concepto jurídico de patrimonio.* Desarrollado básicamente por BINDING, en el concepto jurídico el patrimonio es definido como un conjunto de derechos y deberes patrimoniales reconocidos jurídicamente, cuya lesión conlleva, con independencia de que se produzca o no una pérdida evaluable económicamente, la existencia de un daño patrimonial. A tal concepción, por tanto, el perjuicio no se cifra en una merma objetiva, sino en el incumplimiento de la obligación jurídicamente acordada. Basta con que el titular del patrimonio afectado no obtenga aquello exigible en derecho de acuerdo con la transacción efectuada, con independencia incluso de que se le entregue otro objeto o valor

¹⁹⁸ No vamos entrar en la discusión sobre si las conductas malversadoras constituyen ataques contra el patrimonio de la Administración, de la propiedad o del derecho de crédito de la misma. Como ponen de manifiesto DE LA MATA y ETXEBARRÍA, *Malversación*, p. 82, “como concepto de carácter más genérico basta aludir a la malversación como delito de carácter patrimonial”, si bien “en ocasiones, pero no en todos los supuestos, se lesionará directamente la propiedad de dicha Administración”. De todos modos, como pone de manifiesto ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos*, p. 14, “la propiedad entendida en su sentido penal como el conjunto indeterminado de relaciones jurídico-patrimoniales que tienen un valor económico, no es más que lo que entiende por patrimonio la posición económico-jurídica mantenida entre otros por *Welzel* en Alemania”.

¹⁹⁹ DE LA MATA BARRANCO, *El concepto de patrimonio*, p. 206-207.

económicamente equivalente al pactado. Así, el engaño sobre las características del bien, aun cuando éste se corresponda con su valor de mercado, se considerará engaño idóneo para generar el perjuicio, dado que la protección penal se extiende más al derecho sobre los bienes que integran el patrimonio que a su sustrato corporal.

Tal fórmula recibió numerosas críticas de la doctrina. Las principales son: a) el desdibujamiento de lo patrimonial; b) por generar confusión con la libertad de disposición; c) imprecisión y labilidad en la definición y afirmación del perjuicio, el cual es dependiente del interés subjetivo, preferencias o gustos del titular; d) por resultar demasiado amplia en algunos casos (hay que considerar que existe daño patrimonial cuando se lesiona un derecho sin valor económico alguno e incluso cuando media una contraprestación de valor económico equivalente) y demasiado estrecha en otros (creando vacíos de punibilidad cuando se lesionan bienes de valor económico que todavía no están jurídicamente concretados en derechos subjetivos²⁰⁰).

b) *Concepto económico*. La concepción económica o fáctico-económica de patrimonio la integran la suma de valores económicos, expresados monetariamente, estén o no reconocidas por el ordenamiento jurídico. Lo relevante para confirmar la existencia del delito será el saldo contable, el saldo monetariamente evaluable, de que en todo momento disponga el titular de dicho patrimonio. Si la situación económica de la víctima no se ve alterada económicamente, no se ha de hablar de daño patrimonial. No se protege, por lo tanto, el desplazamiento patrimonial sino su potencial económico, en sentido monetario y de acuerdo con los criterios de mercado.

La principal objeción que se hace a tal concepción es en cuanto a su desmesurada amplitud, que al proteger a toda situación fáctica de dominio económico, aunque tenga un origen contrario al ordenamiento jurídico, puede quebrantar la seguridad jurídica, que, en definitiva, es lo que pretende garantizar la concepción jurídica.

c) *Concepto mixto o jurídico-económico*. Dada las insuficiencias de las concepciones anteriores, surge el concepto mixto o jurídico-económico, cuyo desarrollo doctrinal se debe fundamentalmente a GALLAS y WELZEL. Según los argumentos de sus

²⁰⁰ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos*, p. 54; DE LA MATA BARRANCO, *El concepto de patrimonio*, p. 208; ASÚA BATARRITA, *El daño patrimonial*, p. 95.

partidarios tal criterio abarca sólo aquellos bienes patrimoniales que tienen valor económico y que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica. Quedan, por tanto, excluidos del concepto de patrimonio los objetos que sólo tienen un valor afectivo o sentimental. Frente a la concepción jurídica, esta teoría supone la limitación de los bienes patrimoniales a aquellos que poseen un valor económico, mientras que, frente a la teoría económica estricta supone la importante restricción de considerar bienes patrimoniales únicamente a aquellos que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica. Por ello, se objetiva el daño, cuyo cálculo se estima por el análisis comparativo de la situación anterior y posterior a la disposición patrimonial. En el cálculo del daño patrimonial se parte del principio de que la compensación económica excluye el daño típico. Así, el perjuicio es concebido como una disminución patrimonial no compensada económicamente y de forma contable, y no está presente cuando simplemente se merma la utilidad objetiva, por ejemplo en aquellos casos en que se perjudiquen intereses debido a la divergencia de características de la contraprestación²⁰¹. Es el criterio dominante en la doctrina comparada y en España y que más seguridad jurídica ofrece²⁰².

d) *Concepción funcional-personal del patrimonio*. Desarrollada principalmente por BOCKELMANN y OTTO, la orientación funcional define el patrimonio como <unidad personalmente estructurada>, constituida por las relaciones de dominio de una persona sobre objetos del tráfico económico, que garantiza su desarrollo personal. Parte de la premisa de que el criterio jurídico-económico se muestra insuficiente para definir el daño patrimonial, en la medida en que no refleja la realidad de numerosos supuestos en que

²⁰¹ Según DE LA MATA BARRANCO, *El concepto de patrimonio*, p. 211, “formarían parte del patrimonio desde esta perspectiva – con muchas matizaciones e intentando únicamente reflejar a grandes rasgos los supuestos quizás menos discutidos – los derechos subjetivos con valor económico, expectativas jurídicamente reconocidas, prestaciones valorables en dinero, la empresa económica, derechos inmateriales en algunas – no todas – de sus manifestaciones básicamente empresariales o la capacidad de prestación laboral, pero no, por ejemplo, valores inmateriales, objetos sin valor económico o valores obtenidos antijurídicamente o al menos no reconocidos jurídicamente”.

²⁰² A mi juicio el concepto mixto o económico-jurídico es lo que mejor atiende a los criterios de seguridad jurídica, dado que sólo en sentido económico o estático el menoscabo del patrimonio puede ser evaluado cuantitativamente en términos contables. Es cierto que se le protege con vistas a que la Administración pueda cumplir con su función social, así como en el ámbito de los delitos patrimoniales comunes el objetivo es que la persona pueda disfrutarlo de la manera que le convenga. Pero eso no significa que todo patrimonio cuya indemnidad afecta el funcionamiento de los servicios prestados por la Administración, aunque no tenga valor económico de tráfico, esté en el rayo de protección de la malversación. Como pone de relieve ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos*, p. 16, “lo decisivo es que efectivamente se produzca un <perjuicio patrimonial>, es decir, que tras una comparación del patrimonio del sujeto pasivo antes y después de la disposición patrimonial, pueda afirmarse que después de ella, su patrimonio, como tal, se ha visto perjudicado desde alguno de los puntos de vista en que puede concebirse modernamente”. Adhieren tal posicionamiento BAJO FERNÁNDEZ y LOZANO MIRALLES, *La realización*, p. 146, para quienes debe partirse de la base de que “pertenece al patrimonio todo bien de carácter económico mientras revista una apariencia jurídica”.

la importancia patrimonial de un bien no se puede captar prescindiéndose de la concreta situación que se analiza. Así, por razones de justicia material, para la valoración de la existencia de un daño patrimonial se debe atender no sólo al aspecto económico en sentido contable sino también a la perspectiva o los fines que pretende satisfacer el titular, como sucede en los casos de “ventas forzosas” o de “frustración del fin”²⁰³. Desde esta perspectiva, la protección penal del patrimonio se dirige a garantizar a su titular las posibilidades de desarrollo personal que le brindan los bienes económicos bajo su dominio.

Lo importante para dicha concepción es la disminución de la potencia patrimonial del titular de dicho patrimonio. El patrimonio se concibe, sobre todo, como una relación entre sujeto y objeto, cuya significación reside en la funcionalidad de éste para la satisfacción de los fines de aquél, esto es, la necesidad de atender a la vinculación de un patrimonio a un individuo concreto y a la finalidad que éste aspira alcanzar mediante su utilización. El equilibrio de las prestaciones, por lo tanto, no es motivo suficiente para negarse un perjuicio patrimonial. Únicamente si el bien incorporado satisface al titular del mismo modo que el bien deseado podría aceptarse su equivalencia. La imposición de una contraprestación distinta de la pretendida, que aunque objetivamente sea económicamente equivalente, no satisface el sentido de utilidad o la finalidad expresada, distorsiona el significado económico subjetivo, al quedar incorporada a su patrimonio un objeto disfuncional a la organización y distribución personal de los bienes. Debe atentarse, más bien, al “valor de uso” de un bien, de acuerdo con la utilidad que del mismo pretende obtener su titular, de modo a garantizar el mantenimiento del potencial económico funcional la persona. La dimensión subjetiva de utilidad constituye, por tanto, un elemento imprescindible en la propia configuración del bien jurídico y en la valoración del daño patrimonial. Y ello porque, si la función del Derecho penal es asegurar y posibilitar el desarrollo de la personalidad del individuo, no se puede dejar al descubierto objetos que

²⁰³ La <teoría de la frustración del fin> toma en consideración la perspectiva individual de la víctima en la valoración del daño patrimonial en los supuestos de disposiciones unilaterales y gratuitos o con componentes de gratuidad. Según tal concepción, el daño patrimonial no puede consistir sin más en disminución patrimonial en parámetros dinerarios, inherente al carácter gratuito de tales disposiciones, por lo que se requiere atender a la frustración o imposibilidad de obtener el objetivo social o económico pretendido. La frustración del fin social o económico prendido por el disponente es lo que permite afirmar la lesión patrimonial derivada de la disposición. Inserta, pues, en el cálculo del daño elementos ajenos al cómputo contable del valor monetario en que se traduce el conjunto de bienes que conforman el patrimonio de una persona. Sobre la frustración del fin como teoría para delimitar los engaños relevantes, véase ASÚA BATARRITA, *El daño patrimonial*, p. 141 y ss.

tengan solamente valor afectivo, pues eso dejaría sin protección una gran esfera de supuestos²⁰⁴.

En la jurisprudencia, es significativa la importante sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 sobre el trágicamente famoso caso de intoxicación con aceite de colza. En su fundamento número 9, el Magistrado ponente Bacigalupo, afirma la concurrencia del daño patrimonial en base al criterio objetivo-individual, acogiendo explícitamente el concepto personal de patrimonio²⁰⁵.

A esta concepción se le debe objetar que concebir el patrimonio desde la perspectiva de los fines por los que un objeto se hace valioso para su titular comporta un riesgo elevado de inseguridad jurídica por la excesiva contemplación de la voluntad o finalidades subjetivas del sujeto pasivo. El titular del bien no está determinado a la persecución de ciertos fines ni a un comportamiento económico racional. Los fines personales se fijan, modifican y relegan a voluntad, confundándose con meras motivaciones, lo cual dificulta tanto la evaluación objetiva del daño patrimonial como la apreciación del dolo del autor, dada la versatilidad del objeto sobre el que éste debe proyectarse²⁰⁶. Sin hablar de las dificultades de delimitarse la frontera entre las finalidades

²⁰⁴ En este sentido: RUDOLPHI, *Bien jurídico*, p. 344, quien, citando a Cramer, estima el patrimonio como una <concreta unidad funcional>, y que a partir de esta función del patrimonio la lesión patrimonial debe concebirse en su concreta repercusión en el ámbito de vida de una persona y no como disminución abstracta de valor de su potencial económico, de donde aun cuando el valor monetario del patrimonio no se haya modificado por la acción delictiva, es posible hablar de una lesión patrimonial cuando el patrimonio es lesionado como una *totalidad funcional sensible* y de esta manera su titular sufre una pérdida de valor económico”. En España, adhiere a la funcionalidad del patrimonio para la satisfacción de necesidades individuales DE LA MATA BARRANCO, *El concepto de patrimonio*, p. 221, según el cual “la estructuración de objetivos y fines que el titular ha establecido en relación con su patrimonio y la dimensión subjetiva de utilidad individual de cada uno de los bienes que lo integran constituyen el referente básico para analizar la ausencia o concurrencia de una lesión patrimonial”; ASÚA BATARRITA, *El daño patrimonial*, p. 106, para quien “imponer al titular del patrimonio valoraciones externas no coincidentes con sus propias necesidades, utilidades o intereses, supone una instrumentalización del titular y de sus bienes a favor de los intereses del mercado”.

²⁰⁵ Textualmente: “...en la doctrina moderna el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirve al desarrollo de la persona en el ámbito económico, ha permitido comprobar que el criterio para determinar el daño patrimonial en la estafa no se debe reducir a la consideración de los componentes objetivos del patrimonio. El juicio sobre el daño, por el contrario, debe hacer referencia también a componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera: el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo-individual. De acuerdo con éste, también se debe tener en cuenta en la determinación del daño propio de la estafa la finalidad patrimonial del titular del patrimonio. Consecuentemente en los casos en los que la contraprestación no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial”.

²⁰⁶ TIEDEMANN, citado por SOTO NAVARRO, *Bienes colectivos*, p. 314-315, quien también observa que en esta concepción el peligro de inseguridad o arbitrariedad está parcialmente fundado, siendo precisa la búsqueda de criterios normativos que permitan delimitar objetivamente los fines relevantes.

relevantes y los intereses no atendibles desde la perspectiva funcional-personal. Así, el criterio funcional debe ser aceptado únicamente como correctivo excepcional para supuestos determinados²⁰⁷, como en los casos en que la paridad del valor económico de las prestaciones sea sólo aparente, imposibilitando la realización económica. En los demás casos la frustración de la utilidad de la prestación para el afectado constituye un perjuicio indemnizable por las vías jurídicas de reclamación civil, una vez que no tiene entidad suficiente para configurar lesión patrimonial típica a efectos del Derecho penal.

2.6.12. El bien jurídico protegido en la malversación impropia

Con relación a los dos primeros presupuestos sobre la malversación impropia, se puede afirmar que es la Administración, o más concretamente el patrimonio público, lo que se busca proteger, dado el carácter público del objeto material²⁰⁸.

La única excepción, es con relación al supuesto del n. 3 del art. 435 CP, en el cual los bienes son asimilados a públicos por la sola intervención de la autoridad, con lo que se rompe la unidad sistemática que ha conseguido este Capítulo VII con relación a la regulación anterior, porque no tiene en cuenta a la Administración Pública como objeto de protección²⁰⁹. Y el fundamento de la equiparación se encuentra, para algunos, en la existencia de un interés indirecto de la Administración Pública en la adecuada conservación y administración de determinados bienes privados²¹⁰, y, para otros, en la especial relación de confianza otorgada a los particulares por la autoridad judicial²¹¹. Hay

²⁰⁷ Ello porque la denominada <teoría objetivo-individual> ya era asumida por un sector de la doctrina y jurisprudencia como correctivo inevitable, como único modo de evitar soluciones político-criminalmente insatisfactorias en los casos de engaño sobre la utilidad personal para el adquirente de la contraprestación pactada. Así, la afirmación de que la paridad económica según valor de mercado excluye la presencia del perjuicio típico fue relativizada en la praxis jurisprudencial alemana, que pasó a declarar que junto al valor objetivo estimado según el mercado, se admite que la determinación del daño patrimonial no puede prescindir de la comprobación del <valor de uso> que encierra la contraprestación para quien la recibe, que precisamente la adquiere con esta finalidad de utilidad. Admite, pues, el perjuicio típico cuando la utilidad pretendida queda frustrada.

²⁰⁸ En el mismo sentido: MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 972, para quien “ninguna duda hay en asimilar a la malversación propia a los que se hallaren encargados de fondos o rentas pertenecientes a las Administraciones Públicas o de caudales o efectos públicos, por cuanto, aun siendo particulares tales encargados, la importancia de dichos bienes es notoria y su carácter público es indiscutible”.

²⁰⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Consideraciones*, p. 1687; el mismo, *Comentarios*, p.1158.

²¹⁰ En esta dirección: OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 638.

²¹¹ En el mismo sentido: ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 192; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 667; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 305-307. Asimismo el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto que el fundamento decisivo del merecimiento de la pena de la acción incriminada en el art. 435.3 CP es el quebrantamiento de la especial relación de confianza entre el funcionario y la Administración: STS de 23-03-1991, 17-10-91, 25-09-92 y 15-10-92.

también quien estima que el quebrantamiento del embargo constituido por autoridad nos ofrece una visión convulsiva atentatoria contra la Administración de Justicia²¹². Pero una extendida corriente sostiene que con dicho supuesto más bien se pretende dar una mayor protección a las decisiones de la Autoridad²¹³, por lo que parece contemplarse un delito de desobediencia o quebrantamiento de condena²¹⁴.

Al respecto, el Tribunal Supremo afirma que el bien jurídico protegido en el art. 435 CP consiste en “el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la confianza de la sociedad en el manejo honesto de los caudales del Estado, junto a la propia fidelidad al servicio de las funciones de quienes de ellos disponen²¹⁵”.

Pero específicamente con relación al quebrantamiento de depósito, en varias oportunidades el Alto Tribunal rechazó el carácter patrimonial a partir de la defensa de la infracción del deber como núcleo de injusto, declarando que “si el tipo penal responde a la necesidad de defender los deberes de custodia y de fidelidad por parte de los particulares ficticiamente asimilados a la Autoridad, difícilmente puede hablarse de infracción penal cuando se desconoce el contenido del deber que hay que guardar”²¹⁶. La doctrina prevalente del Tribunal Supremo viene señalando que esta figura jurídica penal no constituye un delito contra la propiedad o patrimonio, sino contra los deberes de fidelidad que tienen los funcionarios y los particulares asimilados a ellos, por lo que no es imprescindible para que se considere perpetrado que conste ni la lesión patrimonial que del mismo se haya podido derivar, ni que el ánimo tendencial del autor sea precisamente el

²¹² En el mismo sentido: SOTO NIETO, *Delitos*, p. 01; RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Delitos*, p. 26, según el cual el párrafo tercero del art. 435, que se encuentra sistemáticamente incluido dentro de la malversación por razones de inercia histórica, pero que su ubicación física debería encontrarse también dentro de los delitos contra la Administración de la Justicia, puesto que cuando el embargo quebrantado es acordado como medida cautelar o ejecutiva por un órgano jurisdiccional, su naturaleza se asimila más al delito de quebrantamiento de condena que a la malversación de caudales públicos.

²¹³ En el mismo sentido: CRESPO BARQUERO, *Comentarios*, p. 1731; DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 824; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 192, quien se refiere a “otorgamiento de una mayor protección a las decisiones de la Autoridad”; DE LA MATA y ETXEBARRÍA, *Malversación*, p. 32, para quienes la equiparación en el supuesto del número 3 del art. 435 CP “quizás únicamente se busca el respeto a las decisiones de la autoridad”; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 972; DE LA MATA, *Malversación*, p. 449.

²¹⁴ En esta dirección: OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 270, para quien el supuesto del art. 435.3 debería más bien ubicarse entre los delitos contra la Administración de Justicia; RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 308, para quienes la naturaleza del párrafo 3º del art. 435 CP se asimila más al delito de quebrantamiento de condena que a la malversación.

²¹⁵ STS de 25-02-2000.

²¹⁶ Cfr. STS de 03-10-96 y 20-02-96.

lucro como aprovechamiento personal o de un tercero de los bienes distraídos de su finalidad pública²¹⁷.

Sin embargo, en algunas oportunidades el Alto Tribunal señaló que el número tercero del art. 435 pretende concebir una mayor protección a las decisiones de la autoridad²¹⁸. Asimismo en otras ocasiones entendió que el delito requeriría la expresa comprobación de la frustración de los fines del embargo²¹⁹ y que si el acusado hubiera satisfecho el importe de la deuda con el dinero procedente del acto dispositivo habría quedado exento de responsabilidad, con lo que parece aceptar la tesis de que el precepto tutela los intereses económicos de los acreedores.

A mi juicio, la razón está con el sector que considera ser posible entender que el objeto de protección son las expectativas de terceros para realizar (en su caso y en su momento) el derecho que reclaman, puesto que en ello se encuentra la razón de ser del embargo, como medida cautelar que es²²⁰. Esta posición es más coherente y evita el entendimiento de que el delito se configura aunque la relación jurídico-obligacional que fundamentó el embargo fuera nula o se haya extinguido con anterioridad al acto dispositivo del sujeto, incluso cuando la conducta recaiga apenas sobre el exceso de la traba²²¹.

²¹⁷ Cfr. STS de 23-10-89 y 25-02-2000.

²¹⁸ En efecto, en la sentencia de 27-11-89, el Alto Tribunal declaró que “el artículo 399 (actual 435) del CP viene a tipificar y sancionar la que suele denominarse <malversación impropia> y, dentro de su contexto, comprensivo de varios supuestos, el delito comúnmente conocido por <quebrantamiento de depósito>, pretendiéndose con la criminalidad de semejante conductas el otorgamiento de una mayor protección a las decisiones de la Autoridad, al constituir tales estados posesorios”.

²¹⁹ En este sentido la Sentencia del TS de 13-06-1994.

²²⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4112, el cual añade que “dichas expectativas están íntimamente relacionadas con el hecho de que exista un proceso ante un órgano del Estado, por lo que éste, el Estado, ha de proteger, no ya que las decisiones de los órganos judiciales sean cumplidas, sino que los derechos de los particulares puedan verse en su día satisfechos, dando así los Tribunales cumplimiento al mandato constitucional de conceder una tutela judicial efectiva”. Por tal perspectiva, cabría entender que el consentimiento del autor de un juicio ejecutivo respecto de la enajenación de bienes embargados a su favor hace con que la ley penal ya no tenga un interés legítimo que proteger, conforme sentencia del Tribunal Supremo de 30-03-92; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 194.

²²¹ Según CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 119-121, se puede mantener, con mayor o menor fundamento, tanto la tesis que defiende que el bien jurídico protegido en el art. 435.3 CP son los derechos de terceros beneficiarios como la que sostiene que el objeto de tutela son las decisiones de la autoridad, pero cuestiona con relación a la primera el sentido entonces de los delitos de alzamiento de bienes, en los cuales, a su vez, los derechos de terceros están suficientemente salvaguardados. La conclusión del referido autor es que, “en definitiva, estamos ante un supuesto ciertamente perturbador dentro del sistema de los tipos de malversación de caudales, que tiene de este modo difícil encaje en los mismos, no quedando claro, ni cuál es su objeto jurídico de tutela, ni qué conductas viene a contemplar que no estuvieran ya recogidas, bien como delito de desobediencia, bien como delito de alzamiento de bienes”, y que “hubiera sido por tanto deseable que el nuevo Código penal de 1995, hubiese suprimido semejante supuesto”.

2.6.13. La cuestión del consentimiento eficaz en los delitos del cargo

El consentimiento del ofendido²²² cuyos orígenes se remonta al Derecho romano está íntimamente ligado al libre desarrollo de la personalidad. Su ámbito de actuación queda circunscrito esencialmente a los delitos de contenido patrimonial, pero el reconocimiento de un ámbito de actuación en bienes jurídicos de titularidad colectiva o de naturaleza institucional es prácticamente inexistente²²³.

Ante todo, es preciso subrayar que en este trabajo se comparte la opinión de que en sentido propio, sólo se puede considerar como bienes jurídicos colectivos aquellos cuyo titular sea una pluralidad indeterminada de personas. En otras palabras, no se incluyen en la categoría de bienes jurídicos colectivos ciertos intereses que no se atribuyen con carácter general a todos los integrantes de la sociedad, *sino a un colectivo determinado*; en este caso los bienes jurídicos que se tutelan son en realidad de naturaleza individual²²⁴. Son los bienes jurídicos que aluden a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado y del sistema social (Administración de la Justicia, la Administración Pública, la Seguridad Social, el Orden socio-económico y el medio ambiente).

²²² La opinión dominante distingue entre acuerdo y consentimiento: El acuerdo tiene el efecto excluyente del tipo y el consentimiento solamente excluye la antijuridicidad. Las diferencias, según tal punto de vista, derivan en parte de la contraposición entre la naturaleza más bien <fáctica> del acuerdo en relación con el carácter <jurídico> del consentimiento, en parte de la clasificación sistemática divergente de ambas figuras. Así, se deducen algunas diferencias esenciales para el tratamiento práctico de los casos: a) el acuerdo debe importar únicamente la voluntad interna de quien está de acuerdo, aun cuando esta voluntad no se haya manifestado hacia fuera; en el consentimiento, por el contrario, por lo menos se exige que éste sea reconocible en el mundo exterior a través de palabras o acciones; b) el acuerdo debe presuponer para su eficacia solamente la voluntad <natural> de la víctima, aun cuando a ésta le falte la capacidad de comprensión debido a su juventud o a un mal psíquico. En el consentimiento, por el contrario, se hace como presupuesto de su eficacia que el afectado <posea la fuerza de juicio necesaria y la serenidad para reconocer la magnitud de su declaración y ponderar sensatamente los pro y contra; c) la falta de voluntad (error, engaño o coacción) debe ser irrelevante en el acuerdo, pero hacen que un consentimiento sea ineficaz. Pero una opinión que está ganando terreno niega la diferencia sistemática entre el acuerdo y el consentimiento y concede efecto excluyente de la tipicidad a cada aprobación efectiva del portador del bien jurídico. En esta línea de pensamiento: ROXIN, *La teoría del delito*, p. 266 y ss., según el cual “si se traduce las consideraciones fundamentales sobre la libertad constitucional de acción, la función del Derecho penal y la teoría de bienes jurídicos en categorías dogmáticas, resulta que, en un consentimiento efectivo, desaparece el desvalor del resultado y con él desaparecen el desvalor de la acción y el tipo de delito”.

²²³ SANTANA VEGA, *Disponibilidad*, p. 1140.

²²⁴ Si el bien jurídico colectivo se encuentra configurado dogmáticamente con un referente individual, se puede hablar de un bien jurídico colectivo pero en sentido “impropio”, dado que los bienes jurídicos colectivos propios sólo de forma mediata pertenecen al individuo. En este sentido: SOTO NAVARRO, *Bienes colectivos*, p. 194-195; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal, económico*, p. 94-96, quien distingue entre intereses sociales generales e intereses sectoriales; BUSTOS RAMÍREZ, *Los bienes jurídicos colectivos*, p. 158, quien, al estimar que la particularidad de los bienes jurídicos colectivos residiría en que acentúan el carácter masivo y universal, entiende que “las afecciones a estos nuevos bienes jurídicos afectarán siempre a una masa de individuos o, por lo menos, a un colectivo”

Pues bien, hay un cierto consenso de que nunca procederá la aquiescencia respecto de los delitos que tutelan tales bienes jurídicos colectivos, puesto que, además de no poder verificarse el consentimiento de todos los cotitulares, quien consiente debe tener facultad jurídica de disposición²²⁵. De manera que siendo la Administración, como bien jurídico de la colectividad, el objeto de protección, no puede existir un consentimiento eficaz del individuo, puesto que la facultad de disposición no se refiere al mismo²²⁶. Por extendida y difusa titularidad, los bienes jurídicos colectivos son indisponibles no sólo por algún cotitular sino incluso por el conjunto de la sociedad. Es que el consentimiento en los delitos contra la Administración enlaza directamente con la vigencia de ciertos principios constitucionales del Estado de Derecho. Y en un sistema jurídico en el que las conductas permitidas o autorizadas a los agentes de la Administración vienen exclusivamente determinadas por el Derecho Público no puede haber espacio para un consentimiento justificante, con indiferencia que haya o no el aval legal para el consentimiento²²⁷.

Ahora bien, la posibilidad de consentimiento en los delitos de funcionarios no puede ser ignorada sin más: depende de un análisis del correspondiente tipo en particular, sobre todo en relación con aquellas figuras contra la colectividad cuyas consecuencias afectan igualmente a personas individuales²²⁸. Según AMELUNG²²⁹, el consentimiento del

²²⁵ En el mismo sentido: MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 514; CEREZO MIR, *Curso*, p. 90. VÁZQUEZ-PORTOMENÉ, *El consentimiento*, p. 22, para quien, “aunque este axioma vale sólo para prefijar principios generales, no parece que pueda ponerse en duda tratándose del elemento institucional que sirve para aglutinar los delitos del Título XIX CP”; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 190, según el cual “el rasgo de colectivos que proporciona la técnica de tipicidad del peligro abierto comporta dos consecuencias características de los delitos que tutela bienes jurídicos colectivos generales: de un lado, la ineficacia jurídico-penal del consentimiento; de otro lado, su compatibilidad con los clásicos delitos de lesión para un bien jurídico individual (admisibilidad del concurso de delitos)”; FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, p. 434, quien, al criticar la concepción que estima los bienes jurídicos colectivos como bienes jurídicos intermedios, señala que “sólo hay que pensar la nula eficacia del consentimiento de los afectados en algunos de los delitos que protegen bienes jurídicos supraindividuales o la imposibilidad de ejercer la legítima defensa”; DE LA MATA BARRANCO, Norberto y DE LA MATA BARRANCO, Ignacio, *Autorización*, p. 487.

²²⁶ Según ROXIN, *La teoría del delito*, p. 281, “se excluye desde el principio un consentimiento en los bienes jurídicos cuya lesión se dirige contra la colectividad. Aun cuando una persona individual es afectada por el hecho de manera inmediata, ella no puede consentir en la lesión porque el bien jurídico no está a su disposición”. En el mismo sentido: JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 408.

²²⁷ En sentido contrario: COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, p. 493, para quienes en los <delitos contra la comunidad> la voluntad colectiva se manifiesta por medio de la ley. Adhiere el posicionamiento de referidos autores SOTO NAVARRO, *Bienes colectivos*, p. 196-198, observando que la disponibilidad de un bien jurídico no depende, en última instancia, de quién sea su titular, sino de la naturaleza y, sobre todo, de la función que aquél desempeñe.

²²⁸ Cfr. ROXIN, *Derecho penal*, p. 529; el mismo, *La teoría del delito*, p. 285. En el mismo sentido: JAKOBS, *Derecho penal*, p. 49, quien, sobre la capacidad para disponer de un bien, observa que “los bienes que deben servir a todos los individuos sólo se pueden gestionar en común, de modo que incluso con un

ofendido sería viable, de acuerdo con sus fundamentos generales, cuando existiese una relación de <interdependencia fáctico-funcional> entre el bien jurídico de los delitos de los funcionarios en el ejercicio del cargo y los intereses privados de los ciudadanos, esto es, *cuando la protección penal especial de aquél se justificase exclusivamente en su trascendencia para la protección de intereses individuales*. En una palabra, el consentimiento sólo sería posible en aquellos casos en que los bienes son <propios del individuo>, que es quien sufre la ofensa esencial para la subsistencia del delito. Por ello, es preciso siempre elucidar la *ratio* última de la intervención del Derecho penal en este ámbito y precisar si la afectación fundamental es jurídicamente referible a la comunidad o al individuo. O sea, el consentimiento será válido si el bien supraindividual consistiere en un mero instrumento para la satisfacción de los bienes individuales: un cauce o medio para componer los conflictos de los ciudadanos y dar cumplimiento a sus exigencias y pretensiones jurídicas²³⁰.

Bajo tal raciocinio, es posible concluir que en el caso específico de la malversación el consentimiento no produce ningún efecto jurídico-penal, pues los bienes protegidos en ella no son propios del individuo sino de un ente colectivo indeterminado: la colectividad²³¹. Los agentes públicos no tienen potestad de disposición sobre el bien jurídico tutelado. Ni el funcionario ni la autoridad son portadores del patrimonio de la Administración, razón por la cual sus voluntades no son relevantes a efectos jurídico-penal. Así, si sobrepasan los límites de su cargo, el consentimiento fracasa ya su eficacia debido a la carencia de potestad y por ello carece totalmente de importancia.

Además, una acción particular defensiva sólo está autorizada cuando el Estado no puede defenderse a tiempo por medio de sus propios órganos, cuando el peligro es actual o inmediato, y cuando no existe ninguna otra salida para eludir un grave e irreparable daño para el bien común²³².

criterio individualista al reconocer los bienes no se puede soslayar la capacidad de disposición del Estado (p. ej., propiedad pública)”.

²²⁹ AMELUNG, *Bien jurídico*, p. 231 y ss., es importante señalar, está pensando evidentemente en la regulación alemana, en la cual entre los delitos de funcionarios no sólo hay delitos contra la Administración Pública, como por ejemplo el tipo agravado de lesiones por parte de funcionarios. De todos modos, creo que su punto de vista puede ser utilizado también con relación a los demás delitos de funcionarios.

²³⁰ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *El consentimiento*, p. 17.

²³¹ Como observa SÁNCHEZ-VERA, *Delitos contra la administración pública*, p. 482, “el consentimiento en estos delitos afectaría a la institución positiva estatal administración pública o de justicia, pero ésta resulta, para el sujeto individual que pretende consentir – la víctima – indisponible”.

²³² En este sentido: JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 365.

2.6.14. El bien jurídico protegido en la legislación brasileña

El Código penal brasileño, inspirado en las legislaciones Italiana y Argentina, trata en el Título XI de los <Crímenes contra la Administración Pública>, esta entendida en sentido amplio como el conjunto de las funciones realizadas por los órganos del Poder Público, vale decir, alcanzando la integral actividad del Estado y de otros entes públicos²³³.

Hay un cierto consenso en la doctrina brasileña que la objetividad jurídica genérica en el crimen de peculado es la protección de la Administración Pública en su aspecto funcional: la dinámica o el regular funcionamiento de la Administración Pública, para que pueda cumplir con la consecución de sus fines institucionales²³⁴. O sea, en los crímenes contra la Administración no se visa destruirla o alterarla, pero sólo perturbarla, en el funcionamiento²³⁵.

Sin embargo, no hay conformidad con relación al bien jurídico específico protegido en el delito de peculado, aunque difícilmente haya quien defienda que con él se busca la protección exclusiva del patrimonio público. El patrimonio público – se dice –

²³³ En el mismo sentido: PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 17: “en Derecho penal existe un concepto bastante amplio de <Administración Pública>, de modo que comprenda, en un plano objetivo, toda la actividad funcional de Estado y de los demás entes públicos”; FRAGOSO, *Lições*, p. 400: “La Administración Pública es aquí considerada por la ley penal en un sentido amplio, o sea, como *actividad funcional* del Estado en todos los sectores en que ejerce el *poder público*”, HUNGRIA, *Comentários*, p. 313: “en sentido lato (que es el jurídico-penal), la Administración Pública es actividad del Estado, en paralelo con la de otras entidades de Derecho público, en la consecución de sus fines, sea en el sector del Poder Ejecutivo (Administración Pública en sentido estricto), sea en el de lo Legislativo o de lo Judicial”; DAMÁSIO DE JESUS, *Direito penal*, p. 115; COSTA JÚNIOR, *Direito penal*, p. 981.

²³⁴ En este sentido: NORONHA, *Direito penal*, p. 205; STOCO, *Código penal*, p. 3813; REGIS PRADO, *Curso*, p. 315; CAPEZ, *Curso*, p. 382; DAMÁSIO DE JESUS, *Direito penal*, p. 115: “busca el legislador proteger el normal desarrollo de la máquina administrativa en todos los sectores de su actividad, en el sentido del bienestar y del progreso de la sociedad”; COSTA JÚNIOR, *Direito penal*, p. 979; FRAGOSO, *Lições*, p. 401: “la ley penal, en este título, prevé y persigue hechos que impiden o perturben el desarrollo regular de la actividad del Estado y de los demás entes públicos”; HUNGRIA, *Comentários*, p. 313, para quien la objetividad jurídica de los delitos previstos en el Título XI (Crímenes contra la Administración Pública) es “el interés de normalidad funcional, probidad, prestigio, incolumidad y decoro de la Administración Pública”.

²³⁵ DRUMMOND, *Comentários*, p. 262. FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 76: “El conjunto de los crímenes practicados por agentes públicos contra la Administración en general, expresivos de la corrupción pública, afronta la normalidad de las actividades administrativas que concretizan la función pública del Estado, desviándolas de su vinculación incondicional al servicio de la sociedad y de los ciudadanos”; PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 18, para quienes “se trata de crímenes que tienen como característica común aquella de ofender la actividad funcional del Estado o de otros entes públicos”.

representa solamente un de sus aspectos, una región dentro de un territorio mayor que es la regularidad del ejercicio de la función pública²³⁶.

Una corriente estima que es el deber de fidelidad para con la Administración el bien jurídico protegido en la legislación brasileña²³⁷, al argumento de que a los agentes del Poder Público incumbe mantener la orden, la regularidad, la eficiencia y la legalidad de los servicios públicos, de modo que su infidelidad en el ejercicio de la función compromete el Poder que representan (desvirtúa la voluntad del Estado, disminuye y abala la autoridad)²³⁸.

Según otro punto de vista, aunque con la tipicidad de la malversación se preserve el patrimonio público, lo que el legislador visó proteger principalmente es la <probidad administrativa>²³⁹, cuya importancia está incluso establecida en la Carta Magna (art. 37, § 4º). Se argumenta que la eficacia del Estado depende sobremanera de la honestidad y de la eficiencia con que los agente públicos desempeñan sus obligaciones. Y la improbidad administrativa, por sus diversas formas, desvirtúa la Administración Pública y afronta los principios nucleares de la orden jurídica²⁴⁰. Además, como *longa manus* del Estado, los agentes públicos contribuyen de manera decisiva a la formación moral y política de los ciudadanos, sobre todo con relación al respeto a la cosa pública. Pero, los que así se manifiestan, de manera incongruente sustentan que no es posible la práctica del peculado sin la correspondiente lesión patrimonial²⁴¹.

²³⁶ Cfr. FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 94.

²³⁷ Al respecto, ya anotaba a su tiempo GALDINO SIQUEIRA, *Direito penal*, p. 294-295, con relación al Código de 1.830, que tenía él “una directriz diversa, mejor protectora de los intereses sociales, ya iniciada por el Código Francés y con antecedentes en la legislación romana según la cual hay en el crimen ofensa no sólo a la propiedad sino y sobre todo a la especial confianza depositada en el funcionario público, y de ahí porque se incluye en la clase de los crímenes contra la buena orden de la Administración Pública”; BENTO DE FARIA, *Código penal*, p. 91, para quien el bien jurídico protegido es “aquel necesariamente inherente al quebrantamiento del deber de fidelidad del funcionario para con la Administración”. LIMA CORREIA, *Peculato*, p. 537: “para la caracterización del crimen, se debe tener en cuenta no el daño patrimonial, pero la ofensa al juramento de fidelidad funcional del servidor público, con perjuicio de la Administración”.

²³⁸ FRAGOSO, *Lições*, p. 402.

²³⁹ En este sentido: REGIS PRADO, *Curso*, p. 314; MIRABETE, *Manual*, p. 300-301.

²⁴⁰ Cfr. PAULA LIMA, *Corrupção*, p. 194.

²⁴¹ En el mismo sentido: REGIS PRADO, *Curso*, p. 315.

Para otro sector, el objeto jurídico del crimen de peculado es sobretodo <el honor de la Administración Pública>, sin el cual es imposible el desarrollo regular de la actividad del Estado²⁴².

También se pone el acento en la <confianza en la Administración Pública> lo que se objetiva proteger en el delito de peculado²⁴³. Se argumenta que hay interés público de que la Administración pueda cumplir su función institucional, y por lo tanto es imprescindible la confianza de los administrados.

Hay aún quienes defiendan que el crimen de peculado es pluriofensivo. Para una corriente, el peculado es un delito pluriofensivo y atinge tanto el deber de fidelidad como el patrimonio público²⁴⁴. Para otra, ofende tanto el interés patrimonial de la Administración – sobre todo que no sea cambiado el destino de la *res mobile* - como el interés en que el funcionario público no abuse de la función para beneficiarse a sí mismo o a terceros²⁴⁵.

²⁴² En el mismo sentido: NORONHA, *Código penal*, p. 216; STOCO, *Código penal*, p. 3813; CAPEZ, *Curso*, p. 395, según el cual “antes de ser una acción lesiva a los intereses patrimoniales de la Administración Pública, es principalmente una acción que hiere el honor de la Administración, en virtud del quiebre del deber funcional”; DELMANTO, *Código penal*, p. 617, para quien el objeto jurídico en los delitos de peculado es “la Administración Pública, en su aspecto patrimonial y honorífico”; BITENCOURT, *Tratado*, p. 375, aunque haciendo referencia también al interés patrimonial de la Administración.

²⁴³ Em este sentido: OLIVEIRA LIMA, *Dos crimes*, p. 246.

²⁴⁴ En el mismo sentido: HUNGRIA, *Comentários*, p. 345, para quien el peculado es incriminado separadamente de la apropiación indebida común, para más severo tratamiento penal, no solamente porque sea una violación del deber funcional, sino también, sustancialmente, porque lesa el interés patrimonial del Estado. Con la apropiación o malversación del dinero, valor u otro bien mueble perteneciente al Estado o bajo la guardia de éste es que se realiza la violación del deber funcional. Una y otra son como cuerpo y alma, como esmeralda y color verde, como amargo y amargor. Sin esos dos elementos, que se conjugan inseparablemente, no puede haber o *summatum opus* do peculado”; DAMÁSIO DE JESUS, *Direito penal*, p. 127: “se protege la Administración Pública en lo que dice respecto al interés patrimonial – preservación del erario – y moral – fidelidad y probidad de los agentes del Poder”; FRAGOSO, *Lições*, p. 410, según el cual “el objeto de tutela jurídica es la Administración Pública, en lo que concierne a la preservación del patrimonio público y del interés patrimonial del Estado, y, aún, la fidelidad y probidad de los agentes del poder público”, pese a que reconozca no haber duda de que ‘el daño que de este crimen resulta es menos patrimonial que moral y político’.

²⁴⁵ En el mismo sentido: PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 38-39: “el peculado consiste en el abuso del cargo, que es particularmente grave porque dificulta tanto el buen andamiento como la imparcialidad de la Administración Pública y, además, ofende un interés ulterior, cual sea, el interés patrimonial de la destinación de la cosa”. Y agregan: “No siempre el sujeto activo está ligado al ente a cuyo patrimonio la cosa mueble apropiada o desviada pertenece. Podrá suceder, aún, que el agente no esté incorporado a ninguna entidad pública, aunque tenga la posesión de la cosa en razón de la función. Si así es, no se podrá sostener que el peculado implique siempre la violación de un deber de fidelidad, pues este subsiste entre el funcionario y el ente al cual está ligado. Resta sólo el deber genérico o amplio de fidelidad del funcionario para con el Estado. Por otro lado, ¿dónde la infidelidad cuando el bien mueble apropiado o desviado fuere particular?”; FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 95, para quien “el buen andamiento quiere decir eficiencia, en el sentido de buscar el interés público dispuesto en la ley. Patrimonio público es, en el

En la jurisprudencia se hace referencia a varios bienes jurídicos. En general, se estima que el daño, más que material es moral y político. Vale decir, que en el peculado la objetividad jurídica de mayor relevancia no es tanto la defensa de los bienes de la Administración, pero el interés del Estado, genéricamente visto, en el sentido de cuidar por la probidad y fidelidad en relación con la Administración.

En mi opinión el peculado es un crimen pluriofensivo: se protege tanto el patrimonio público como el deber de fidelidad del funcionario para con la Administración y la propia sociedad. Y eso por dos aspectos que a nuestro ver son fundamentales y los distinguen de la legislación española: a) la tipicidad de la modalidad imprudente y por error de otra persona; b) el carácter público o privado del objeto material. Ahora bien, dándose siempre relevancia o preeminencia en el caso concreto a la dimensión patrimonial, de molde a excluir la tipicidad de las conductas de exigua lesividad (apropiaciones o desvíos de escasa significación). Como observa FAZZIO JÚNIOR²⁴⁶, no se trata de ignorar el aspecto de la intimidad administrativa afectada por las conductas de agentes públicos, pero de no maximizarlas, pues, quien se apropia o hurta bienes públicos no está, románticamente, rompiendo con algún deber de fidelidad al Estado, porque este es, simplemente, un instrumento al servicio de la sociedad; está apropiándose o hurtando cosas del pueblo que, incluso, debería preservar.

2.6.15. Conclusiones provisionales

El Derecho penal moderno debe manejar con una concepción dualista de bien jurídico. La concepción que identifica el bien jurídico como <intereses individuales> está desvinculada del contexto histórico-social, por ignorar los profundos cambios sociales acaecidos en la denominada <nueva sociedad del riesgo>, cuyas características son la inseguridad objetiva y la <irresponsabilidad organizada>.

Los rasgos determinantes de los bienes jurídicos colectivos pueden ser sintetizados en los siguientes aspectos: a) <titularidad compartida>: la posibilidad de aprovechamiento por todos, sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida al aprovechamiento por otros; b) <indisponibilidad>, lo

caso, el erario, cuya integridad debe ser preservada, puesto que de interés y propiedad de la colectividad”; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 988; el mismo, *Direito penal*, p 681.

²⁴⁶ FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 95-96.

cual se manifiesta en la ineficacia jurídico-penal del consentimiento; c) <indivisibilidad> o <no-distributividad>: el bien jurídico colectivo no puede atribuirse de forma individual en porciones, pues de ello se beneficia cada ciudadano en igual medida.

En sentido propio, los bienes jurídicos colectivos son sólo los que atañen a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado y del sistema social, como es ejemplo precisamente la Administración Pública, institución social cuyo injusto está basado en la vulneración del deber de contribuir a su correcto funcionamiento. El bien jurídico así concebido aparece configurado como todo aquello cuya tutela legitima el castigo (como *ratio legis*, orientación o finalidad objetiva de la norma).

La referencia al <correcto funcionamiento de la Administración> es un objetivo genérico que requiere una posterior concreción en cada uno de los concretos tipos delictivos. En el caso específico de la malversación el bien jurídico directamente protegido es el patrimonio público, que es el que posee relevancia dogmática, mientras que el correcto funcionamiento de la Administración es el bien jurídico mediato o *ratio legis* de la criminalización.

El concepto de patrimonio que mayor seguridad jurídica ofrece es el mixto o *jurídico-económico*, en el cual el perjuicio es concebido como una disminución patrimonial no compensada económicamente y de forma contable, no estando presente cuando simplemente se merma la utilidad objetiva como sostiene la concepción funcional del patrimonio.

El Derecho penal sólo debe proteger funciones básicas y permanentes del Estado. En el caso de la Administración Pública es indudable que es valiosa y merecedora de protección jurídico-penal en la medida en que la función que le compete forma parte de la estructura social, y es, al propio tiempo, un presupuesto imprescindible para la vida en común próspera de individuos libres del Estado.

Con base en el principio de la responsabilidad personal hay que rechazar el <pensamiento de la acumulación> y la referencia a bienes jurídicos intermedios, pues una fundamentación del injusto en tales bases no significaría otra cosa que una sanción *ex iniuria tertii*, dependiente de hipotéticos comportamientos de terceros que puede que nunca

se lleguen a dar. Tales supuestos deben ser remitidos al Derecho Administrativo, en el ámbito del cual se exige otro tipo de estrategia preventiva (no supone una organización defectuosa para otro ámbito de organización).

3. La infracción de los deberes públicos como elemento constitutivo del delito de malversación.

3.1. La tesis de ROXIN

ROXIN²⁴⁷ define al autor del hecho punible como <la figura central del suceso acaecido>. Pero, a la investigación de quien haya de ser considerado como <figura central> del injusto hay que diferenciar dos tipos de delitos: a) los denominados delitos de <dominio del hecho>, en los cuales el autor, conforme la descripción del tipo penal, domina el hecho en sentido normativo; b) los <delitos de infracción de deber>, cuyo fundamento de la sanción reside en que se incumplen las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial (por ejemplo, el rol de funcionario). En otras palabras, el fundamento reside en el quebrantamiento del deber específico que le es antepuesto al sujeto en el plano lógico a la norma y que, en general, se origina en otras ramas jurídicas.

Según la tesis de los <delitos de infracción de deber> de ROXIN²⁴⁸ el elemento que decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. En ellos, la concurrencia del dominio del hecho es irrelevante o superfluo, dado que no se orientan al dominio externo de un resultado del mundo exterior, sino que se centran en el deber especial de la persona del autor. El criterio decisivo es en exclusiva el concepto de infracción de deber. Así, para delimitar autoría y participación hay que acudir únicamente a si el cooperador ocupa o no la posición de deber extrapenal descrita en el tipo. Consiguientemente, “lo que, desde la perspectiva del dominio del hecho, sería simplemente complicidad, en los delitos de infracción de deber, de darse el criterio de la autoría válido para ellos, sería autoría”²⁴⁹.

²⁴⁷ ROXIN, *Dominio del hecho*, p. 44 y ss.

²⁴⁸ ROXIN, *Dominio del hecho*, p. 385 y ss.; el mismo, *Política criminal*, p. 61 y ss.

²⁴⁹ ROXIN, *Dominio del hecho*, p. 392.

Y la concepción desarrollada por ROXIN tiene importantes consecuencias para la dogmática jurídico-penal. La primera, en la participación: el no cualificado con el deber específico no puede ser nunca autor, aunque realice el tipo con dominio del hecho. Por su parte, el obligado especial siempre es autor, es decir, todo aquel que quebranta el deber especial cumple siempre la descripción típica y es, por tanto, siempre autor. La segunda, en la omisión. Según ROXIN es de todo irrelevante si la lesión se produce por acción o por omisión. Todos los delitos de comisión por omisión son delitos de infracción de deber.

La categoría del delito de infracción de deber ha nacido con la intención de negar para ciertos supuestos que se puedan resolver según el criterio del dominio del hecho. Pero es una cuestión de una decisión valorativa del legislador si conforma un delito como de dominio del hecho o como de infracción de deber. Así, la delimitación entre delito de dominio y de infracción de deber no es lógico-conceptual, *sino una clara cuestión teleológica: a saber, una cuestión de interpretación de los tipos penales concretos*. El concepto de dominio del hecho y de infracción de un determinado deber se encuentran frente a los tipos correspondientes como <realidades previas ya conformadas>. El legislador investiga, en el marco de sus reflexiones sobre la lesión de bienes jurídicos, si el contenido criminal de un delito se ve influido por una posición de deber y valora ésta en relación con su influencia²⁵⁰.

3.2. La concepción de JAKOBS

De la misma forma que ROXIN diferencia entre dos categorías de delitos (los de dominio del hecho y los de infracción de deber), JAKOBS²⁵¹ erige dos clases de los delitos: los <delitos de organización> o <en virtud de una organización>, en los cuales resalta que el dominio del hecho debe ser entendido en sentido normativo (<incumbencia> o <competencia> *versus* dominio de un hecho físico) y los delitos de infracción de deber. Estas dos clases de delitos responden a dos fundamentos distintos de imputación. En los delitos de dominio del hecho se trata de responsabilidad en virtud de la propia organización

²⁵⁰ Por tanto, la categoría de los delitos de infracción de deber formulada por Roxin no está desvinculada de la lesión de bienes jurídicos. Como pone de manifiesto el propio ROXIN, *Bienes jurídicos*, p. 457-458, respecto de la Administración de Justicia, cuya condición de bien jurídico a su vez es indiscutible, “se ve perjudicada en grado sumo cuando un juez dicta conscientemente una decisión incorrecta. La infracción de un deber típico especial, por el contrario, sólo es un elemento de la autoría; a los inductores y a los cooperadores, aunque no sean jueces, se les pena por el mismo artículo, sin que importe que sea en menor medida. Ello no sería posible si la lesión del bien jurídico no trajera consigo la punibilidad”.

y en los delitos de infracción de deber en virtud de una relación de carácter *institucional*. En la responsabilidad por organización se imputan consecuencias de la propia organización; en la responsabilidad en virtud de una institución, por su parte, existe responsabilidad como corolario de la previa existencia de un mundo en común entre bien jurídico y autor. O sea, delitos de infracción de deber son todos aquellos cuyos autores están obligados institucionalmente a un cuidado del bien.

Para JAKOBS²⁵² no es la estructura del tipo lo que fundamenta la categoría de los delitos de infracción de deber, sino el origen institucional del deber del sujeto activo que lesiona la norma, o sea, la característica de todos los deberes que – según ROXIN – nacen de las <realidades previas ya conformadas> es poder ser reconducidos al concepto genérico de <institución>. El hombre no sólo configura el mundo externo, sino que se ve inmerso en un mundo ya configurado, condicionado por una serie de instituciones ya preexistentes, las cuales vienen definidas por un haz de derechos y deberes. Tales instituciones impregnan la configuración social con una convivencia en un mundo en común, lo que sobre todo significa que el contenido de la institución reside también en la prestación de ayuda, ayuda que no sólo compensa los perjuicios que ha ocasionado o va a ocasionar quien tiene que prestarla, sino que colocan al receptor en mejor posición. El deber institucional es un deber altamente personal; se constituye por medio de un acto especial y altamente personal, por ejemplo, contraer matrimonio, convertirse en funcionario, etc. Y todo sujeto que se encuentra sometido a una institución está obligado al cuidado solidario del bien jurídico que deba ser protegido por dicha institución, convirtiéndose así en un obligado especial. En suma, la calificación especial del autor se basa en la existencia de una institución en la que se encuentra inmerso el autor, institución que se caracteriza por una forma de relación duradera y jurídicamente reconocida, que no es disponible para las personas.

Así, los delitos que a primera vista son de dominio, se convierten siempre en delitos de infracción de deber cuando el autor de los mismos sea un obligado especial. Y la relación del sujeto con el bien jurídico es siempre *inmediata*, es decir, surge de la institución sin que sea necesaria organización alguna. Los delitos de infracción de deber,

²⁵¹ JAKOBS, *Derecho penal*, p. 972-1005.

²⁵² JAKOBS, *Derecho penal*, p. 266-267; 791-792 y 993-1009.

son, por tanto, no sólo aquellos comportamientos que pueden ser subsumidos bajo el tenor literal de un delito de infracción de deber <positivizado> sino toda forma de conducta que lesiona una <institución>. Ahora bien, deberes aislados (por ejemplo, deber que tiene un deudor con sus acreedores) no fundamentan un *status* específico. Existe tan sólo un *status* en el sentido del delito de infracción de deber, cuando el deber sancionado jurídicopenalmente es parte de una institución (por ejemplo, *status* de funcionario, padre, etc.). Y puesto que el obligado especial no puede simplemente cooperar en fallos de terceros, resulta irrelevante el *quantum* con el que participa en los delitos de infracción de deber. La característica esencial de los delitos de infracción de deber es la falta de la accesoriedad, pues no a causa de ella (accesoriedad) el especialmente obligado responde sino porque no ha edificado un mundo en común con la víctima.

La concepción del delito de infracción de deber JAKOBS, así como sucede con la tesis de ROXIN, derivan dos importantes consecuencias. La primera es de que todo obligado especial que quebrante el deber será autor, y ello con independencia de que haya actuado con dominio del hecho. El dominio de hecho carece de trascendencia aquí. La delimitación del sujeto especialmente obligado respecto del suceso delictivo, pues, se determina en virtud de su especial *status*. La segunda con relación a la omisión. Para JAKOBS, es indiferente que el autor en los delitos de infracción de deber actúe u omite, sino sólo si cumple o no con su deber. Y ello porque en los casos de delitos de infracción de deber “la relación autor-bien no está definida únicamente de modo negativo como un mero no-lesionar, sino positivamente por medio de un *status* del autor en relación con el bien”²⁵³, relación que no se establece mediante el comportamiento delictivo sino que ya existía con anterioridad.

Ahora bien, a diferencia de ROXIN, en relación con la accesoriedad JAKOBS ha considerado otro aspecto diferente, cual sea el que se refiere a la *accesoriedad cuantitativa*. A su juicio la solución sobre el comienzo de la tentativa no es aplicable en los delitos de infracción de deber, dado que todo partícipe obligado por el deber se encuentra frente al bien afectado sin intermediación alguna. Por tanto, el comienzo de la tentativa sólo se determina por su propia conducta (solución individual). A diferencia del punto de vista total, en la solución individual se toma en cuenta sólo la conducta del sujeto, sin necesidad

²⁵³ JAKOBS, *Derecho penal*, p. 266.

de computar la aportación al hecho de todos los partícipes no obligados para determinar el comienzo de ejecución.

3.3. La aportación de SÁNCHEZ-VERA

En un trabajo monográfico dedicado a la investigación de los delitos de infracción de deber, SÁNCHEZ VERA²⁵⁴ sostiene que de la institución *neminem laedere*, que consiste sencillamente en no dañar a los demás, también derivan deberes de actuar, y, en verdad, sin la exigencia de <un fundamento especial> como lo defendía FEUERBACH. El Derecho abstracto es tan sólo una posibilidad y de la abstracción del Derecho no sólo se infiere su carácter de permiso sino también su estructura como prohibición. Pero en el Derecho abstracto hay también <mandatos jurídicos> cuyo contenido se basa en la prohibición sin presuponer un deber jurídico especial. Por ello, el delito resultante *no* es un delito de infracción de deber, puesto que el autor de un delito de dominio puede también mediante una omisión transgredir la prohibición *neminem laedere*.

SÁNCHEZ-VERA²⁵⁵ diferencia entre mandatos y prohibiciones, mostrando precisamente que el deber negativo de omisión *neminem laedere* (prohibición) conceptualmente se diferencia del deber positivo de edificación de un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico (mandato). Los delitos de infracción de deber se basan en <deberes positivos> cuyas expectativas a ellos unidas descansan en <ámbitos de la vida jurídicamente ya conformados>. El rol que entra en juego en estos casos no es únicamente el rol persona, sino el de la persona en su rol de padre, funcionario, tutor, etc. Teniendo en cuenta la actual configuración de la sociedad, no sólo debe ser garantizado que cada cual no resulte dañado, sino además, junto a esto, en ocasiones, un <ayudarse> y proporcionarse <bienestar>. Con ello, nos hallamos ante un deber positivo, precisamente también aunque una organización previa no exista - si no, no sería un deber positivo, sino un deber de actuar proveniente del deber negativo de no dañar. Se trata, pues, de la cuestión de si una persona se encuentra unida con un determinado bien jurídico de forma positiva (para su fomento) o se encuentra vinculado, en cambio, de manera

²⁵⁴ SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, p. 83 y ss.

²⁵⁵ SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, p.100.

simplemente negativa (sólo como persona). La institución negativa y la positiva no son intercambiables, aunque no sean conceptos contradictorios sino simplemente contrarios²⁵⁶.

El dominio del hecho, como criterio delimitador, no juega ningún papel en los grupos de casos de estos delitos. Y un tipo que haya sido codificado a modo de prohibición no representa la descripción únicamente de un delito de dominio, sino que, a la vez, puede contener la descripción de un delito de infracción de deber. Todo dependerá de qué institución se encuentre detrás del tipo de deber, esto es, del rol que una al interviniente con el bien jurídico. Además, también delitos que no han sido expresamente positivados como de infracción de deber, de todas formas, pueden serlo: el criterio determinante será el que ofrecen los <tipos de interpretación>²⁵⁷.

Además, según SÁNCHEZ-VERA, en los delitos de funcionarios, como delitos de infracción de deber que son, existe una equiparación absoluta entre el comportamiento que quebranta el deber por medio de una omisión con aquél que lo hace a través de una acción. Esta conclusión, no es ya una cuestión de dogmática jurídico-penal, sino más bien, de lógica jurídica: si un funcionario debe cumplir un deber positivo, su incumplimiento se puede verificar tanto si actúa en contra de lo que el deber le impone, acción, como si simplemente no actúa para cumplimentarlo, omisión. Así, aunque el verbo aparentemente se refiera a un comportamiento activo, la infracción de deber de funcionario puede ser quebrantada siempre igualmente por acción o por omisión.

A su juicio, dentro de dicha categoría no hay sitio para los denominados delitos de infracción de deber impropios. Estos no pueden ser visto como una especie de infracciones de gravedad intermedia entre los propios delitos de infracción de deber y los delitos comunes: si la lesión del deber se produce, ella fundamenta siempre la punibilidad del obligado especialmente y por ello en todo delito de infracción de deber se trata de circunstancias que *fundamentan* – y no sólo agravan – la punibilidad. El hecho de que, desde un punto de vista fenomenológico, exista, aparentemente, un denominado delito

²⁵⁶ SÁNCHEZ-VERA, *Estudio*, p. 373, aclara tal idea. Según el penalista español, “toda institución positiva <lleva incluida la negación contraria>, pero la institución negativa < no incluye la afirmación contraria>, por lo que es obvio que la institución negativa y la positiva no son intercambiables. Ejemplo: el deber de los padres de cuidar de sus hijos (institución positiva) incluye el deber de no dañarlos (institución negativa), pero, en cambio, el deber negativo de <no dañar> a quien, v. gr., te cruces por la calle, no incluye evidentemente el deber positivo de cuidarle o ayudarle”.

común subyacente resulta para la tipicidad del delito de infracción de deber absolutamente irrelevante y remite simplemente a una cuestión que habrá de resolverse en el ámbito de los concursos²⁵⁸.

3.4. La aportación de SILVINA BACIGALUPO

En su reciente investigación, SILVINA BACIGALUPO²⁵⁹ asume la construcción de ROXIN según la cual los delitos de infracción de deber se caracterizan porque en ellos el tipo penal requiere la infracción de un deber extrapenal que resulta ser el elemento básico de la autoría y que dicha categoría es una consecuencia generada por la insuficiencia de la teoría del dominio del hecho para explicar ciertos supuestos dentro de su concepto de la accesoriedad limitada. Se trata, en consecuencia, de deberes que son lógicamente *previos* a la norma penal, siendo que es la estructura del tipo penal la que determina si un delito debe ser considerado como delito de infracción de deber o como delito de dominio²⁶⁰. Pero no cualquier aportación al hecho genera la infracción de deber especial. Para ello, parece obvio, será necesario que la acción u omisión configure la lesión del deber que incumbe al agente. Por lo tanto, la materia de la lesión jurídica no es el deber genérico que surge de toda norma que alcanza también a los partícipes. Se trata de un deber extrapenal que alcanza exclusivamente a quienes tienen una determinada posición de garante respecto de la inviolabilidad del bien jurídico.

De todos modos, a su ver la principal consecuencia dogmática y práctica es la modificación de las reglas de la accesoriedad de la participación que esta teoría conlleva, desplazando la figura central del suceso desde el dominio del hecho a la infracción del deber. El deber es el elemento característico y diferenciador entre la autoría y participación. Ésta no se definirá ya como una <cooperación sin dominio del hecho>, sino como una <cooperación sin infracción del deber>. La cuestión de qué acciones constituyen una infracción de deber no puede ser tratado en general: es un problema de subsunción y dependiente de la estructura del tipo penal.

²⁵⁷ SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, p. 196.

²⁵⁸ SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, p. 249 y ss.

²⁵⁹ SILVINA BACIGALUPO, *Autoría*, p. 16 y ss.

²⁶⁰ Sin embargo, de acuerdo con SILVINA BACIGALUPO, *Autoría*, p. 92, “aquellos tipos de la Parte especial que supuestamente (según la opinión dominante, al menos) describen un delito de dominio o común, por estar formulados como prohibiciones, pueden ser también delitos de infracción de deber, puesto que tales tipos han de ser interpretados conforme a las instituciones positivas o negativas”.

El punto central que caracteriza la teoría de los delitos de infracción de deber es la redefinición de la regla especial de la accesoriidad. Con todo, dicha categoría modifica la accesoriidad en lo referente a la *accesoriidad cualitativa*. En este marco la infracción del deber extrapenal no necesita ser dolosa o, lo que es lo mismo, final. Por el contrario, el tipo subjetivo, en el sentido del dolo, no es una condición del hecho principal de los delitos de infracción de deber. En éstos sólo se requiere la realización del tipo objetivo. De lo contrario, volveríamos al criterio del dominio del hecho. Consecuentemente, si no se requiere el dolo del autor del hecho principal cabe sancionar a los partícipes que hayan cooperado en la realización material del hecho. Respecto de la *accesoriidad cuantitativa* no se plantea problema alguno: en todo caso los delitos de infracción de deber requieren el comienzo de ejecución del hecho principal²⁶¹.

3.5. La concepción de FEIJOO SÁNCHEZ

El punto de partida adoptado por FEIJOO SÁNCHEZ²⁶² es de una responsabilidad penal basada en la idea de <responsabilidad especial o intensificada> que exige criterios diferentes de imputación que una responsabilidad penal basada en la idea de libertad. Según el autor, existen básicamente tres grandes formas de responsabilidad, basadas respectivamente en la libertada organizativa, los deberes genéricos de solidaridad y la existencia de deberes especiales de solidaridad. Las posiciones jurídicas especiales, definidas de forma positiva, generan posiciones de garantía relacionadas con ámbitos de la vida jurídicamente conformados de acuerdo con deberes que exceden el *neminem laedere* (deberes de solidaridad cualitativamente distintos que los generales) y que provocan que la insolidaridad o el no auxilio a otro sean tratados normativamente como lesionar su ámbito de organización²⁶³.

²⁶¹ Según FEIJOO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal*, p. 344, nota 09, “la idea de la accesoriidad cuantitativa está íntimamente ligada a la aceptación moderna de que el autor y el partícipe realizan el mismo injusto. De acuerdo con esta idea la conducta del partícipe sólo es relevante para el Derecho penal en relación a la conducta del autor; sólo en esta relación cobra sentido típico el comportamiento del partícipe”.

²⁶² FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, p. 74 y ss.

²⁶³ Esta idea es aceptada por SILVA SÁNCHEZ, *Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión*, p. 155-158, quien observa que “la vulneración de la solidaridad, como título de imputación, admite grados: básicamente, el referido a la solidaridad mínima interpersonal; y el referido a la solidaridad reforzada que surge cuando los sujetos, además de por su pertenencia a la comunidad, se encuentran vinculados por lazos especiales, básicamente institucionales. Para el referido autor, por ejemplo, la categoría de los delitos de comisión por omisión tiene su fundamento en consideraciones de solidaridad cualificada – de base generalmente institucional – entre ciudadanos, que surgen cuando éstos ocupan una determinada posición de

La adopción de una posición jurídica especial genera una vinculación positiva institucionalizada, que pueden ser delegadas parcialmente y a veces están plasmadas por el ordenamiento jurídico en los tipos penales a lo largo de la parte especial (art. 432 CP) y otras veces es preciso hacer uso de la cláusula general del art. 11 a) CP. Con todo, FEIJOO prefiere no hablar de una <incumbencia institucional>, tal y como hace JAKOBS y un sector creciente de la doctrina, dado que tal idea da lugar a una versión errónea de la cuestión en la que no se tiene suficientemente en cuenta que en el fondo en estos supuestos lo relevante es que estamos hablando también de una organización incorrecta, aunque sea una organización incorrecta de una persona que tiene una vinculación positiva con otros ámbitos de organización²⁶⁴. Lo relevante no es que el sujeto no haya cumplido sus deberes con la institución como estructura elemental de la sociedad, *sino que teniendo unos deberes especiales de solidaridad no ha cumplido con sus deberes de preservar bienes ajenos*. Lo que se sigue protegiendo son ámbitos de organización ajenos y no solamente la institución que se desempeña y los deberes propios de dicha institución.

La idea de una competencia institucional, según FEIJOO, peca de excesivamente formal. Ni toda institución genera deberes especiales de solidaridad ni las posiciones de garante institucionales son siempre ajenas al fundamento ligado a libertad organizativa. Y si no toda institución básica genera deberes especiales de solidaridad jurídico-penalmente relevante, tiene que existir un fundamento material adicional a la mera formalidad de desempeñar una institución. Por tanto, la mera referencia a la idea de institución o la constatación de relaciones institucionales no resuelven sin más las cuestiones relativas a la fundamentación del injusto.

deber especial”. En otro lugar, SILVA SÁNCHEZ, *Clases de omisiones*, p. 478-480, esclarece aún que no se protege <la solidaridad, “ni en general ni respecto de determinados bienes personales, sino, precisamente, los bienes personales concretos a los que se refiere el tipo. La solidaridad no es un bien jurídico. La vulneración de deberes de solidaridad (activa y pasiva) es, por el contrario, un título de imputación de responsabilidad penal. Más aún, es el único (y todavía bastante inexplorado) título de atribución de responsabilidad penal distinto de la organización de la propia esfera jurídica de libertad (comisión activa y comisión por omisión en sentido estricto).

²⁶⁴ De acuerdo con FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, p. 79, “la mera referencia a la idea de institución o la constatación de relaciones institucionales no resuelven sin más las cuestiones relativas a la fundamentación del injusto. Ni toda institución genera deberes especiales de solidaridad ni las posiciones de garante institucionales son siempre ajenas al fundamento ligado a la libertad organizativa (control de los efectos lesivos o perniciosos del propio ámbito de organización”.

Tampoco la referencia a deberes extrapenales como fundamento de injusto penal en tal clase de delitos supone una fundamentación normativa adecuada. “Los deberes extrapenales no pueden ser más que un indicio de la existencia de una posición jurídica especial que genera deberes positivos en el ámbito del Derecho penal”²⁶⁵. Así, la cuestión decisiva pasa a ser *cuáles son los deberes especiales o más intensos de solidaridad que pueden fundamentar la imputación de un hecho normativamente o valorativamente equivalentes a los supuestos de libertad organizativa*. A su manera de ver, la gestión de la solidaridad ha quedado en gran parte en manos del Estado: mediante delegación a funcionarios a partir de los deberes del Estado se van generando posiciones de garantía.

Ahora bien, desde la posición de FEIJOO la imputación de la afectación de bienes jurídicos no es privativa de lo que se denominan delitos de dominio o delitos en virtud de organización defectuosa. Existen dos formas diversas de fundamentar materialmente el injusto penal, conllevando ambas formas la afectación de bienes jurídicos. Los delitos de infracción de deber no se diferencian de los delitos de dominio o de organización porque se protejan deberes y no bienes jurídicos, *sino porque se trata de una coordinación incorrecta con otros ámbitos de organización que afecta a bienes jurídicos protegidos por normas penales con un fundamento normativo distinto (libertad versus solidaridad)*. Lo que pasa es que en relación con los delitos que tienen que ver con la infracción de los deberes propios de una posición jurídica especial el fundamento es distinto, esto es, está basado en el deber positivo (de solidaridad o ayuda más intenso) y no simplemente en el deber negativo (*neminem laedere*).

Desde el punto de vista de FEIJOO la diferencia esencial entre los delitos de dominio y los denominados delitos de infracción de deber radica en el hecho de que en éstos no hay que recurrir a la idea de una organización conjunta para fundamentar la autoría, ya que la responsabilidad penal en este ámbito es ajena a la idea de accesoriedad; *el especialmente obligado a ser solidario responde siempre directamente como autor*. O

²⁶⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, p. 79. De la misma opinión: GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 48, según el cual “se trata de deberes específicos que tienen como fuente material instituciones sociales. Éstas pueden estar reguladas jurídicamente o no. Si son instituciones sociales no reguladas específicamente por el Derecho, pero socialmente configuradas, el *Derecho penal* tendrá que recurrir ineludiblemente a criterios fácticos de ordenación”.

sea, autoría accesoria, yuxtapuesta, concurrente o paralela de cada uno de los garantes que ha infringido sus deberes de protección²⁶⁶.

3.6. *Tertium non datur*

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ²⁶⁷ ha sostenido la necesidad de diferenciar un *tertium genus* con arreglo a una perspectiva material. Especialmente pensada para resolver algunos problemas que se plantean en el ámbito del Derecho penal socioeconómico, el autor estima que se hace preciso distinguir una tercera categoría, intermedia entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber institucional, calificándola de <delitos especiales propios de naturaleza mixta>. Tal categoría mixta tendría un componente de infracción de un deber y un componente de dominio.

De acuerdo con MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, los <delitos de naturaleza mixta> son indudablemente delitos que se construyen sobre la base de la infracción de un deber extrapenal, pero que presentan un contenido de ilicitud que no se agota exclusivamente en este dato. El tipo exigiría un requisito ulterior, imputable al autor según el criterio de dominio. Tal requisito comportaría la lesión o el peligro para un bien jurídico firmemente delimitado, cuya preservación compete en principio genéricamente a todos los ciudadanos. Dicho en otros términos, en esta clase de delitos la infracción del deber extrapenal específico es ciertamente un elemento integrante del tipo objetivo y, por consiguiente, delimita el círculo de sujetos activos, pero no fundamenta exclusivamente el injusto. La determinación de la autoría no sólo exigiría la presencia de tal infracción del deber, sino además la atribución del ulterior (o ulteriores) requisito típico con arreglo al criterio de dominio social sobre la vulnerabilidad del bien jurídico.

Pero como ha puesto de manifiesto FEIJOO²⁶⁸, no sólo no es preciso distinguir una tercera categoría intermedia entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber, sino que es una categoría conceptualmente imposible. Se trata de fundamentaciones incompatibles que no se pueden mezclar. O se es responsable por el uso defectuoso de la propia libertad organizativa que afecta ilegítimamente a otro ámbito de organización o se es responsable por no atender los deberes especiales de solidaridad en beneficio de otro

²⁶⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, p. 250-251.

²⁶⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 306 -314.

ámbito de organización como la Hacienda Pública. El tipo tiene que ver con roles con deberes negativos o con roles con deberes positivos. *Tertium non datur*.

De acuerdo con FEIJOO²⁶⁹, un inicial punto de desacuerdo con el punto de vista de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ radica en la diversa concepción sobre qué significa definir materialmente un delito como delito de deber o de infracción de deberes. A diferencia de lo que entiende este autor, no se trata de entender el concepto de delito de infracción de deber como una categoría de delitos que importan deberes extrapenales específicos como objetos de protección (las normas penales serían una especie de bolsas donde se recogen como sancionables con pena la infracción de deberes extrapenales), sino más bien de teorizar cómo ciertos injustos tienen que ver con una posición jurídica especial distinta que la meramente fundamentada en la libertad organizativa que tiene toda persona. Se trata, en definitiva, de delitos en los que la insolidaridad es procesada jurídicamente igual que la arrogación de un ámbito de organización ajeno, es decir, queda equiparada a lesionar (el patrimonio público). Además, en la nueva categoría propuesta por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ se trata de resolver dogmáticamente como un problema de parte especial (naturaleza material de algunos delitos como el delito de defraudación tributaria) lo que, en realidad, es un problema de parte general. En suma, si la infracción de deberes es la que convierte el agente en el centro de la realización del tipo, no es explicable que haya que exigir además dominio del hecho.

3.7 Sobre las críticas a la tesis de los delitos de infracción de deber

La principal crítica en contra de la tesis del delito de infracción de deber es que el establecer deberes positivos sería una <moralización ilícita del Derecho>. Esta objeción está basada en tres pilares: i) las instituciones positivas limitarían la libertad individual en mayor grado que la institución negativa, de tal manera que los deberes que tienen su origen en instituciones positivas serían deberes morales; ii) La separación entre Derecho y Moral tendría como consecuencia que las instituciones positivas pertenecerían al ámbito de la moral; iii) los mandatos de las instituciones positivas no serían idóneos, debido a su predicada falta de precisión para conformar normas jurídicas.

²⁶⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, p. 79 y ss.

²⁶⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa*, p. 80-82.

Efectivamente, cumplir con un mandato cuesta más tiempo y energía que cumplir con una prohibición²⁷⁰. Pero no se puede afirmar sin más que los mandatos limitan en mayor grado las posibilidades de actuación de la persona en sociedad. El deber del actuante se fundamenta exclusivamente en que debe edificar un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico, cuyas expectativas se encuentran establecidas. Lo decisivo es si lo que tenga que hacer o dejar de hacer proviene del cumplimiento de deberes más intensos o decurrentes del simple *neminem laedere*.

Por suponer un mayor esfuerzo, los deberes positivos reúnen indudables connotaciones morales. Sucede que una vida totalmente independiente de los dos ámbitos, Derecho y Moral, no es posible. La sociedad actual se encuentra configurada de tal manera que el Derecho penal no puede conformarse con garantizar la libertad individual en el sentido de la institución negativa (*neminem laedere*) sino que además debe ampliar el círculo de deberes jurídicos, a fin de asegurar las condiciones elementales de la existencia de libertad²⁷¹. En el Estado social los quehaceres del Estado aumentan, y el nivel de exigencia al ciudadano, también. Pero en la búsqueda del bienestar común no es obligado que el Estado mismo asuma estos deberes; éstos pueden ser derivados a funcionarios, padres, etc. La cuestión, por tanto, es si toda moralización del Derecho es ilícita por dañina, ya que Derecho y Moral coinciden en multitud de ocasiones. A mi juicio, hay que dar razón a Sánchez Vera cuando afirma que los deberes positivos de obrar no siempre suponen una moralización ilícita del Derecho²⁷².

Con relación al argumento de la imprecisión de los mandatos, hay que observar que ellos están determinados suficientemente desde un punto de vista temporal y personal. Los deberes positivos no poseen la naturaleza *incondicionada y universal*, vale decir, no se dirigen a todas las personas sino sólo precisamente a los que pertenecen a unos determinados roles, como los funcionarios, padres, tutores, administradores, etc. O sea, el mandato consistente en la edificación de un mundo en común no va dirigido a todos, pero

²⁷⁰ Como observa SÁNCHEZ-VERA, *Estudio*, p. 360, cuando no existe una organización previa por parte del sujeto, la exigencia mediante un mandato, de llevar a cabo una acción para evitar un resultado, significa indudablemente una mayor limitación de la libertad de obrar, que la exigencia de omitir una determinada acción que conduzca a un resultado. En este último caso, el Hombre puede realizar cientos de cosas, tan sólo no tiene que realizar la acción o acciones que conduzcan al resultado. Por el contrario, mediante un mandato, se le obliga realizar una acción (una sola o una entre unas pocas) para evitar un resultado, y para ello tiene que dejar de hacer cientos de cosas (al menos temporalmente) que podría hacer.

²⁷¹ SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, p. 143.

²⁷² SÁNCHEZ-VERA, *Estudio*, p. 364.

solamente a aquéllos que se encuentren inmersos en una situación que le imponga un deber especial de solidaridad en relación al bien jurídico protegido, siendo exigible únicamente durante el tiempo en que en ella permanezca involucrado. Por tanto, no se diferencian en absoluto de la prohibición *neminem laedere* de la institución negativa²⁷³.

También se le reprocha a los delitos de infracción de deber que los deberes positivos encerrarían el peligro de que atente gravemente contra el principio de legalidad en su vertiente *nullum crimen sine lege*, pues: a) como estos deberes no están descritos legalmente, su constatación debe hacerla el juez a su libre albedrío por medio de la creación libre del Derecho²⁷⁴; b) desconocería la necesidad de que los delitos de infracción de deber se realicen también cumpliendo con otros actos requeridos por el tipo; c) el principio de legalidad prohíbe que se considere a las acciones de inducción, cooperación necesaria y complicidad, acciones de autoría si el Código Penal no lo dice expresamente. Pero tal razonamiento parte de una concepción de la dogmática jurídico-penal que cree que el Derecho penal debe operar siempre con exactitud matemática y que hay que renunciar a conceptos sistemáticos con un cierto nivel de abstracción. También la institución negativa es imprecisa. Conceptos como actuación a propio riesgo o riesgo permitido, hoy comúnmente aceptados, son, en principio, tan abstractos como lo puedan ser las nociones de los deberes especiales. Por tanto, lo que hay que censurar no es el <alto grado de abstracción> de los deberes especiales, sino, simplemente, la desatención con que éstos han sido tratados por la doctrina científica hasta ahora²⁷⁵. Y como las cuestiones del concepto de autoría y de la accesoriedad se encuentran abiertas en la ley, es permitido sostener diversos criterios sobre el significado de autor y partícipe. De cualquier suerte, en la tesis de los delitos de infracción de deber sólo puede ser autor el que infringe el deber que el tipo penal determina. En otros términos, el concepto de autor no es dado previamente por la ley a partir de la estructura de los delitos de infracción de deber.

²⁷³ Como señala GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 45, “la crítica que puede hacerse respecto a la vaguedad de los deberes específicos en los delitos de infracción de un deber, no es menor a la vaguedad del concepto de bien jurídico protegido en los delitos de dominio, de ahí que la labor de concreción se deje en manos de la doctrina y especialmente de la jurisprudencia. La vinculación del deber jurídico que subyace en el delito de infracción de un deber a su configuración extrapenal proporciona incluso mayor seguridad jurídica – objetivo del principio de legalidad – que la libre interpretación puramente preventiva de los delitos de dominio”.

²⁷⁴ En este sentido: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción*, p. 421; STRATENWERTH, *Derecho penal*, p. 322; MUÑOZ CONDE, *Introducción*, en ROXIN, *Política Criminal*, p. 24-25; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, p. 298.

²⁷⁵ SÁNCHEZ-VERA, *El delito de infracción de deber*, p. 93 y ss.

Otra crítica a los delitos de infracción de deber es que dicha categoría se aparta de la idea fundamental del Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos. Se afirma que si bien la infracción del deber es un elemento del tipo, ella misma no constituiría la lesión del bien jurídico, que es fundamental. Pero tal punto de vista reduce los tipos penales a un único bien jurídico que se confunde con el objeto de la acción²⁷⁶. La categoría de los delitos de infracción del deber está delineada sin que se renuncie al punto de partida de que el Derecho penal tiene la finalidad de proteger bienes jurídicos. Es más: la infracción de deber es punible precisamente para proteger determinado bien jurídico (en el caso de la malversación, el patrimonio de la Administración). Por tanto, lo que se protege no es el cumplimiento del deber, sino un bien jurídico: el autor debe infringir su deber produciendo una ofensa al bien jurídico tutelado, dado que la infracción de deber no agota el contenido de injusto. En una palabra, el bien jurídico en dicha categoría *sólo* puede ser lesionado mediante una infracción del deber.

Así, no es cierto que la categoría de los delitos de infracción de deber vulnere el principio del hecho, en tanto en cuanto obligaría a sancionar como tentativa de delito toda inducción infructuosa a un delito de infracción de deber realizado por un *intraneus*. Como puso de manifiesto ROXIN²⁷⁷, en los delitos de infracción de deber también el comienzo directo de la lesión típica del bien jurídico fundamenta la tentativa.

Distinta diatriba consiste en afirmar que la teoría de los delitos de infracción de deber conduce necesariamente a un concepto extensivo de autor. Tal reproche, con todo, no está razonado. En el concepto extensivo de autor se entiende que todo causante de un resultado es autor, con lo que no hay la menor semejanza lo que plantea la teoría de los delitos de infracción de deber. En realidad, esta categoría representa un concepto restrictivo de autor: sólo puede ser autor el que quebranta el deber y no cualquiera que ponga una causa para producir la lesión del bien. “La infracción del deber opera reduciendo las causalidades relevantes respecto de la realización del tipo”²⁷⁸.

Tampoco es correcta la objeción de que la teoría de los delitos de infracción de deber impondría renunciar al principio de accesoriedad, conllevando, además, un

²⁷⁶ SILVINA BACIGALUPO, *Autoría*, p. 104.

²⁷⁷ ROXIN, *Dominio del hecho*, p. 742. Sobre ello, asimismo: REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención*, p. 26.

considerable adelanto del inicio de la tentativa. Efectivamente dicha categoría implica una redefinición de la accesoriedad, pero no su eliminación. La accesoriedad se definirá sobre la base de deber como una <cooperación sin infracción del deber>, criterio distinto del criterio del dominio del hecho, cuyo fundamento se encuentra en la estructura de los tipos penales. En cuanto al adelanto del comienzo de ejecución, la teoría de los delitos de infracción de deber es compatible tanto con la <solución total> (que afirma que no existe comienzo de la ejecución mientras el no garante no comience con la ejecución de su parte de la acción) como con la <solución individual>. Por tanto, el problema de la consumación es una cuestión que depende de la adopción de la solución individual o de la solución total respecto del comienzo de la tentativa, que no se derivan en absoluto de los delitos de infracción de deber.

Por fin, desde la concepción del Derecho penal como <defraudación de expectativas> se ha sostenido en contra la teoría de los delitos de infracción de deber que, en la medida en que todas las normas imponen deberes y todos los delitos consisten en la infracción de una norma, se debería conducir que *todos* los delitos tendrían el carácter de delitos de infracción de deber. Con todo, la distinción entre delitos de infracción de dominio y delitos de infracción de deber ha sido mantenida sobre la base de la *diversidad e intensidad* de los deberes. ROXIN²⁷⁹ ya había advertido que no se alude a aquel deber surgido de la norma penal cuya vulneración desencadena la sanción prevista en el tipo. “Existe una diferencia *cualitativa* (y no sólo cuantitativa) entre los deberes que fundamentan los delitos de dominio y de infracción de deber”.

En España, la doctrina mayoritaria²⁸⁰ no ha aceptado la teoría de los delitos de infracción de deberes, reaccionando a partir de las exigencias del principio de legalidad y

²⁷⁸ SILVINA BACIGALUPO, *Autoría*, p. 110.

²⁷⁹ ROXIN, *Dominio del hecho*, p. 387.

²⁸⁰ Se posicionan contra la tesis de los delitos de infracción de deber, entre otros: MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 279: “La tesis de los delitos de *infracción de deber*, satisface los deseos de subsunción de conductas materialmente injustas a cambio de un sacrificio desproporcionado del principio de legalidad”; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, p. 298: “ROXIN va demasiado lejos. El principio de legalidad prohíbe que se considere a las acciones de inducción, cooperación necesaria o complicidad, acciones de autoría si el Código penal no lo dice expresamente”; GRACIA MARTÍN, *El actuar el lugar de otro*, p. 337 y ss., estima que la institución del actuar en lugar de otro se caracteriza por asumir la posición de garantía, sin prescindirse, no en tanto, del dominio social del hecho, esto es, de un dominio fundamentalmente normativo (típico del que posea el *intrañeus* natural, poseedor del status formal), que es el que poseen las personas que se desenvuelven en la específica estructura social en la que aparecen los bienes jurídicos y que, por ello, están en condiciones de vulnerar el bien jurídico protegido de que se trate; RUEDA MARTÍN, *Reflexiones*, p. 429, quien sigue la concepción de GRACIA MARTÍN del <dominio social del bien jurídico por el sujeto

de la teoría del dominio del hecho. Ante todo, se censura la ausencia de fundamentación de una clase de delitos asentada en un criterio excesivamente vago, que conduce a justificar el castigo en la mera infracción de deber, al margen de la infracción del bien jurídico. Asimismo se critica que no ofrezca un criterio claro de delimitación entre los delitos especiales. Se objeta incluso que en los delitos especiales no se prescinde del dominio del hecho para la configuración del injusto, dado que lo que sucede es que en determinados delitos, como los de funcionarios, por más que se tenga el control de la situación, sólo quien además sea funcionario podrá ser autor, porque sólo a él le compete esa especial labor de protección que pueda aspirar a garantizar el tipo en cuestión²⁸¹. Además, se afirma que de adoptarse la tesis de ROXIN se estaría admitiendo un concepto extensivo de autor, enterrándose con ellos las posibilidades de apreciar inducción o complicidad del propio *intraneus*, o sea, de distinguir entre autoría y participación en los delitos especiales²⁸². Como excepción se puede citar a SÁNCHEZ-VERA²⁸³, FEJOO SÁNCHEZ²⁸⁴, DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO²⁸⁵, SILVINA BACIGALUPO²⁸⁶, GARCÍA CAVERO²⁸⁷ y CHOCLÁN MONTALVO²⁸⁸. ENRIQUE BACIGALUPO²⁸⁹ acepta la tesis de los delitos de infracción de deber de forma matizada, afirmando que el sujeto que infringe el deber tiene, por ello, a su tiempo, el dominio del hecho, con independencia de que el extraño tenga el dominio de la acción ejecutada.

cualificado>, cuyo fundamento material de la limitación de la autoría en los delitos especiales a determinadas categorías de sujetos se basa en el ejercicio de una función *específica*, que determina una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados en el ejercicio de aquella función; JAVIER RIGGI y ROBLES PLANAS, *El extraño artículo 65.3 del código penal*, p. 06, estimando que la teoría de los delitos de infracción de deber conduce a consecuencias político-criminalmente insatisfactorias.

²⁸¹ DE LA MATA, *Participación*, p. 99.

²⁸² Al respecto: VÁZQUEZ-PORTOMENE, *Delitos*, p. 357.

²⁸³ SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, p. 65 y ss.

²⁸⁴ FEJOO SÁNCHEZ, *Consideraciones*, p.1681, para quien, en los delitos de funcionarios “no basta para realizar el tipo la formalidad de ser funcionario o autoridad, sino que el injusto sólo existe si el funcionario o la autoridad infringen los deberes propios del cargo”.

²⁸⁵ DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, *Malversación impropia*, p. 529: “Aquí el criterio de determinación de la autoría no es el dominio del hecho (en ninguna de sus manifestaciones), sino la infracción del deber”.

²⁸⁶ SILVINA BACIGALUPO, *Autoría*, p. 89 y ss.

²⁸⁷ GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 45 y ss., según el cual “la vinculación institucional se materializa en el *Derecho penal* a través de los denominados *delitos de infracción de un deber*. Estos delitos se estructuran sobre la base de roles especiales y tienen como factor de imputación la infracción de un deber específico”.

²⁸⁸ CHOCLÁN MONTALVO, *Atenuación*, p. 97: “cuando se trata de delitos especiales (delitos de infracción de deber) se opera con un concepto de autor distinto del que corresponde a los <delitos de dominio>, atendiendo sólo a la calificación de autor y no al dominio del hecho”.

²⁸⁹ BACIGALUPO, *Principios*, p. 361. el mismo, *Manual*, p. 417.

En la jurisprudencia, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 26 de septiembre de 1974, ha estimado el delito de malversación como delito de infracción de deber. Según el Alto Tribunal “El alegato del recurrente se sustenta en el erróneo pensamiento jurídico de considerar la malversación de caudales públicos como un delito eminentemente patrimonial o de defraudación del erario público, cuando en realidad, si bien existe ese fondo de quebranto patrimonial, sobre él prima y aquí reside la verdadera naturaleza jurídica y entraña del delito apreciado, la infracción del deber de fidelidad inherente a quien se constituye por oficio público o por cualidad asimilada depositario judicial o investido de tal condición por la interposición de la Autoridad”.

Según la posición mayoritaria, la caracterización de los delitos especiales, en los cuales se incluyen los delitos de los funcionarios, se basa en la existencia de una especial cualidad o condición en el sujeto activo. Por consiguiente, el círculo de la autoría queda restringido al grupo de sujetos que ostente previamente una especial posición de deber en comparación con el resto de la sociedad. Y en la malversación el ámbito de la autoría es aún más restringido, dado que el *intrañeus* es sólo el funcionario o autoridad que tenga el objeto material a su cargo y en razón de sus funciones.

La doctrina tradicional distingue entre delitos especiales propios e impropios desde una *perspectiva formal*, a partir de la existencia o no de una figura delictiva paralela común que pueda albergar la conducta del cualificado en la falta de algún o algunos de los requisitos del tipo: correspondencia o no con un delito común (en el delito propio existiría y en el impropio no existiría tal correspondencia). Precisamente porque, como la modalidad apropiatoria de la malversación (art. 432 CP) tiene una correspondencia estrecha con los delitos de hurto y apropiación indebida, fundamentalmente, se la concibe como un delito especial impropio, al contrario de lo que sucede con relación a las demás figuras delictivas²⁹⁰, aunque hay quien defiende que sólo la figura del art. 434 CP configura un delito especial propio²⁹¹.

²⁹⁰ En este sentido, entre otros: MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 207; POLAINO NAVARRETE, *Malversación*, p. 405; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 156; DE LA ROSA CORTINA, *Participación*, p. 01.

²⁹¹ En el mismo sentido: MORALES PRATS y MORALES GARCIA, *Comentarios*, p. 1257, para quienes sólo la figura del art. 434 CP caracteriza un delito especial propio, dada la inexistencia de un delito común al que reconducir la ausencia de alguno de los requisitos adyacentes al verbo.

Una extendida corriente doctrinaria, no obstante, defiende que el deslinde entre delitos especiales propios e impropios debe realizarse a partir de una *perspectiva material*, según la cual es en el injusto que radica la diferencia, de modo que en los delitos especiales propios el elemento especial de la autoría opera fundamentando la pena; por el contrario, en los delitos especiales impropios el elemento del autor sólo opera agravando la pena. Consiguientemente, es indiferente que haya o no una figura común conectada con el delito especial para reconocerlo como propio, ya que para tal menester lo decisivo es la constatación de si el sujeto ostenta determinado *status* o relación con el bien jurídico²⁹².

A juicio de algunos la discusión de si la malversación debe ser considerada un delito especial propio, bajo la concepción material, tiene que ver con la discusión sobre el bien jurídico protegido²⁹³. Pero una cosa es el bien jurídico protegido y otra bien distinta es quien el legislador elige como posibles sujetos que pueden producirle un menoscabo. Precisamente la exigencia de una relación específica (*status* en opinión de JAKOBS, solidaridad intensificada en la de FEIJOO) entre el sujeto activo y el objeto material, es lo que reduce el radio de acción de los sujetos que pueden realizar el núcleo del tipo.

Según el Tribunal Supremo hay que distinguir entre delitos especiales propios e impropios, según tengan correspondencia con un delito común, ya que la capacidad del sujeto es determinante para la existencia del delito, por lo que al no concurrir, el hecho sería atípico. En los especiales impropios, que tienen correspondencia con un delito común, existe un delito subyacente que puede ser cometido por cualquier persona²⁹⁴.

De acuerdo con la doctrina tradicional, también el supuesto del art. 435.3 configura un delito especial impropio. Pero, como llama la atención CASTRO

²⁹² En este sentido, entre otros: STRATENWERTH, *Derecho penal*, p. 124; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, p.327; GONZÁLEZ CUSSAC, *La prevaricación*, p. 18. OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 273, según el cual “para determinar si es propio o impropio hay que atender al contenido de injusto y no, tan sólo, si existe homólogo común o no o si fundamente o agrava la punibilidad”; ZUGALDÍA ESPINAR, *La punición*, p. 976, quien define los delitos especiales propios como “aquellos en los que la condición personal fundamenta la pena, dando sentido a la prohibición penal”.

²⁹³ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, p. 327-328, son de opinión de que la afirmación o negación de que los delitos de malversación pueden ser llevados a cabo por cualquiera y, por consiguiente, la condición personal del funcionario determina una agravación en un delito que puede cometerse por un sujeto no cualificado, *requiere la previa y discutible configuración de la malversación como un delito contra el patrimonio*. Así, “si se entiende que en la malversación el bien jurídico protegido no es sólo el patrimonio, sino que, junto al patrimonio, aparecen contemplados intereses extra patrimoniales de la Administración, que fundamenta la configuración autónoma del delito, entonces no podrá afirmarse que un tal delito pueda ser cometido por cualquiera”.

MORENO²⁹⁵, tal afirmación debe ser matizada, pues se tratará de delito especial impropio cuando la sustracción sea definitiva y el sujeto no fuere además el propietario del bien; en cambio, cuando la conducta realizada por el sujeto sea simplemente transitoria, se debe estimar como un delito especial propio, dado que no existe ningún otro delito más genérico que considere esta conducta.

Lo cierto, con todo, es que la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal, mientras que la clasificación como delito de infracción de deber despliega sus efectos a nivel de las estructuras materiales de imputación. La malversación es un delito de infracción de deber no simplemente porque se restringe la órbita de la autoría sino porque el fundamento de la responsabilidad penal radica en el quebrantamiento de un deber especial o positivado y que afecta sólo al *intraneus*. Así, una pretendida categoría impropia carece de relevancia sistemática, dado que la determinante para la configuración del injusto es la infracción del deber específico o más intenso. En tanto ésta se produzca todos los intervinientes deberán responder por el único delito que se ha cometido, independientemente de la existencia de un tipo común subyacente²⁹⁶.

3.8. Autoría inmediata o directa

En la malversación la autoría se singulariza porque el autor pertenece a un determinado círculo de personas a las que les está confiado el patrimonio público: los funcionarios o autoridades que detengan el deber específico exigido en las diferentes figuras, es decir, los que tengan a su cargo el objeto material por razón de sus funciones, los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas, los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos y los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particular.

²⁹⁴ STS 870/1997, de 10-01-97 y 168/1994, de 02-02-94.

²⁹⁵ CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 125.

²⁹⁶ En este sentido: JAKOBS, Prologo a SÁNCHEZ VERA, *Delito de infracción de deber*, p. 16; REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención*, p. 42; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 42, para quien la punición de un delito de infracción de deber se materializa en la infracción de un deber institucional.

De acuerdo con la teoría de los delitos de infracción de deber el funcionario obligado positivamente que quebranta su deber responde siempre como autor, independientemente de la importancia de su contribución o de su dominio del hecho²⁹⁷. Como observa LESCH²⁹⁸, en tal categoría rige el principio de autor único: todo quebranto del deber, ya de propia mano, ya mediante aportes cuantitativamente preferentes o de poco valor, ya mediante un hacer positivo o por omisión, conduce a una responsabilidad completa: como autor. De manera que responde como autor del delito de malversación tanto el funcionario competente que da la llave de la caja a un tercero para que se apropie de caudales públicos (acción, en sí, participativa), como aquél que induce o simplemente deja que un tercero les sustraiga, pues de todas formas ha quebrantado su deber su deber de igual manera que si él mismo se hubiese hecho.

La doctrina tradicional, sin embargo, entiende que el ejecutor *extraneus* debe responder como autor del delito común respectivo o quedar impune, y el cualificado ser responsabilizado como partícipe o también quedar impune²⁹⁹.

En cuanto a la autoría y participación en el delito del art. 435 CP, el Tribunal Supremo subraya que sólo puede ser cometido “por quien ostenta la condición de depositario, aunque no es descartable la participación de extraños en forma de inductores, cooperadores o cómplices”³⁰⁰.

De cualquier suerte, aunque haya quienes sostengan lo contrario³⁰¹, no nos parece posible concebir la malversación como delito de propia mano. Y ello porque, a pesar de la

²⁹⁷ Se admite, sin embargo, que la delegación de deberes pertenecientes a la institución positiva puede fundamentar la desvinculación del obligado originario y la vinculación del funcionario delegado, siempre y cuando se respete el procedimiento preestablecido por la propia institución. En este sentido: SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, p. 174-178; REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención*, p. 36.

²⁹⁸ LESCH, *Intervención delictiva*, p. 125. En la misma línea, observa GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 183, que “que el funcionario sea quien materialmente afecta el objeto penalmente protegido o sólo permite su lesión es irrelevante. Solamente interesará determinar que el funcionario no cumplió con su deber de protección”.

²⁹⁹ Tal aspecto ya observaba SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 338, al señalar que “no se alcanza por qué la circunstancia de la participación de un funcionario ha de acarrear para el autor ejecutor del hecho calificación distinta de la que resulte del delito común por él cometido”. Siguen el razonamiento de SUÁREZ MONTES, entre otros, DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 820; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 338: “la responsabilidad del particular en este supuesto será la correspondiente al delito patrimonial común por él cometido, pues, como persona no cualificada que es, no puede ser sujeto activo del delito de malversación, y además la intervención del funcionario no altera el título de imputación”.

³⁰⁰ STS 341/99 de 9-3.

³⁰¹ Conciben la malversación como delito de propia mano, entre otros: VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Código penal*, p. 578; DÍAZ PALOS, *Malversación*, 818; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Malversación*, p. 1452.

exigencia de la competencia específica, es perfectamente posible que el funcionario especialmente obligado realice el tipo a través de un extraño, conforme se verá a su tiempo. Tampoco cabe considerar que sólo la modalidad omisiva del art. 432 CP constituye delito de propia mano, pues también en tal supuesto nos parece factible que el funcionario realice el tipo a través de otra persona que actúe como instrumento³⁰². Hablar aquí de delito de propia mano, como pone de manifiesto ROXIN³⁰³, sería reparar algo en lo superficial, dado que lo decisivo es la vulneración de un deber específico y no un comportamiento determinado.

3.9. Coautoría

En la coautoría se atribuye responsabilidad por la intervención en la obra común³⁰⁴. Sin embargo, de acuerdo con la tesis de los delitos de infracción de deber, no es posible una coautoría entre un autor por organización (con dominio del hecho) y un autor por infracción de su deber, pues la autoría, en general, presupone criterios de imputación únicos para todos los coautores. O sea, en lo que se refiere a la coautoría, no es *per se* coautor el que coopera en división de trabajo con otro en un delito de infracción de deber, dado que el dominio del hecho aquí no juega ningún papel. Un particular no puede nunca convertirse en coautor de un delito de funcionarios, por ejemplo. Particulares u otros funcionarios que hayan cooperado no pasan de partícipes, pues sólo la vulneración del específico deber es lo que convierte en autor a los implicados. La responsabilidad de cada uno es independiente.

Si bien en relación al interrogante de si sería posible una coautoría entre *varios obligados especiales* que a la vez llevan a cabo un delito de infracción de deber, ROXIN³⁰⁵ y BACIGALUPO³⁰⁶ son de la opinión de que la coautoría existiría cuando varias personas lesionasen <conjuntamente> un deber <común>, siendo que sólo cabe hablar de carácter común cuando varias personas se encuentran sujetas a un mismo y único deber (determinado ámbito de asuntos está confiado a varias personas a la vez), la razón parece

³⁰² Defiende que en el consentir de la sustracción no es posible que sea materialmente realizado por mano ajena, OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 671.

³⁰³ ROXIN, *Dominio del hecho*, p. 428.

³⁰⁴ Cfr. KINDHÄUSER, *Cuestiones fundamentales*, p. 12.

³⁰⁵ ROXIN, *Dominio del hecho*, p. 391.

estar con JAKOBS³⁰⁷ y SÁNCHEZ-VERA³⁰⁸, para quienes la coautoría no es posible, puesto que la lesión del deber en un delito de infracción de deber es siempre, como el deber mismo, algo *personalísimo* (no hay lugar para deberes <conjuntos> en su seno). Si varios obligados especiales incumplen su deber – cada uno por sí – es un caso de autoría accesoria.

La doctrina mayoritaria entiende que es posible la coautoría en los delitos especiales. Con todo, estima que en los supuestos en que la ejecución del tipo se realiza conjuntamente por un sujeto cualificado y otro extraño, se debe romper el título de imputación a fin de que éste responda por el delito común respectivo y aquél por delito de malversación. Se dice que sólo quien ostente la condición de funcionario o autoridad competente puede quebrantar el deber de garante que ostenta en el manejo de los caudales, sólo él puede ejecutar la actividad contenida en el tipo de incriminación³⁰⁹.

3.10. Autoría mediata

El Código penal Español de 1995, de forma novedosa, prevé expresamente la denominada autoría mediata en el artículo 28, el cual establece que son autores quienes realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento. Con relación a los delitos de infracción de deber, han de ser estudiados dos grupos de casos: i) autoría mediata <hacia dentro>: los supuestos en los que el hombre de delante es un *extraneus* (un no obligado especialmente), siendo el hombre de detrás un *intraneus* (un obligado

³⁰⁶ BACIGALUPO, *Derecho penal*, p. 511: “en los delitos de infracción de deber la coautoría se da en los casos de vulneración en común del deber especial, sin tomar en consideración ninguna otra circunstancia, en particular la especie de aportación de cada uno de los agentes”. El mismo, *Principios*, p. 373.

³⁰⁷ JAKOBS, *Derecho penal*, p. 993-1009.

³⁰⁸ SÁNCHEZ-VERA, *El delito de infracción de deber*, p. 202.

³⁰⁹ En este sentido se posicionan, entre otros: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 232, para quien habrá de romperse la unidad del título de imputación cuando la aportación del tercero sea de carácter ejecutivo y se trate de crimen especial impropio; en cambio, si el delito de malversación fuere especial propio, podría plantearse la punición del tercero como partícipe a efectos de evitar una indeseable impunidad; SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 872; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 165; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 328; DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 819; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. 1184; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 165; QUINTERO OLIVARES, *Delitos especiales*, p.80; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación*, p. 419; ESPINOSA CEBALLOS, *Atenuación*, p. 20, según la cual “lo que el interviniente no cualificado no puede ser en ningún caso, como es sabido, es autor mediato o coautor porque carece de la condición especial exigida en el tipo para convertirlo en autor idóneo”; DE LA MATA BARRANCO, *Participación*, p. 110-111, a partir de la división clásica entre delito especial propio e impropio, es de opinión de que con relación al primero “o bien se transforma la coautoría en una cooperación necesaria, o bien ha de proponerse su impunidad dada su inidoneidad para ser coautor”; en cambio, “cuando estemos ante delitos especiales impropios, la problemática es menos compleja, en cuanto en caso de coautoría entre funcionario y particular siempre será posible hacer responder a cada uno por el delito, especial o común, del que es sujeto idóneo”. En sentido contrario: GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, quien sostiene la unidad de título de imputación incluso en la coautoría.

especialmente); ii) autoría mediata <desde fuera>: los supuestos en que el hombre de detrás es un *extraneus* (no obligado especialmente) y el hombre de delante un *intraneus* (obligado especialmente).

Por lo que se refiere al primer grupo de casos, esto es, a la utilización por parte del *intraneus* de un *extraneus* como instrumento, ROXIN³¹⁰ afirma dicha posibilidad también desde la moderna doctrina de los delitos de infracción de deber. Según el penalista alemán, en los delitos de dominio un sujeto es el autor mediato si orienta, dominando, la acción. En cambio, en los delitos de infracción de deber para la autoría mediata no se requiere el dominio del hecho. Basta que el individuo que está sujeto a una relación de deber deje la ejecución de la acción a una persona que se encuentre al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría³¹¹. El resultado a que llega ROXIN – no su fundamentación – coincide con la doctrina tradicional, que considera que en los supuestos en los que el hombre de atrás es el *intraneus*, se hace perfectamente posible la configuración de la autoría mediata, ya que el mismo posee la cualidad especial exigida por el tipo, aunque solamente cuando el sujeto de atrás haya maniobrado con dominio del hecho³¹².

Pero la figura de la autoría mediata no parece la construcción jurídico-penal adecuada para describir dogmáticamente la situación del obligado positivamente que lleva a un *extraneus* o deja que ese *extraneus* lleve a cabo la ejecución típica. Y ello porque si en los delitos de infracción de deber el dominio del hecho no es criterio determinante, tampoco servirá como pauta para afirmar la autoría mediata y, con ello, no es posible establecer una *vinculación - en base al criterio del dominio del hecho* – entre el hombre de detrás y del delante. Como ponen de manifiesto BACIGALUPO³¹³ y SÁNCHEZ-VERA³¹⁴, también aquí estamos ante una infracción de deber inmediata del obligado especial, ya que la vinculación que éste tiene con el bien jurídico al que debe ayuda y

³¹⁰ ROXIN, *Dominio del hecho*, p. 394.

³¹¹ ROXIN, *Dominio del hecho*, p. 394.

³¹² “El problema se presenta aquí para la teoría del dominio del hecho, pues el no calificado que obra con dolo y libertad tendría, en principio, el dominio del hecho y sin embargo no puede ser autor por falta de la calificación legal. La cuestión tiene su repercusión fundamentalmente en materia de accesoriedad. Si ésta depende del dominio del hecho del autor principal, parecería no haber en el caso otra solución que la impunidad, ya que el no calificado no puede ser autor por falta de la calificación y el calificado no puede ser inductor porque la inducción supone la autoría en el inducido”. (BACIGALUPO, *Principios*, p. 375).

³¹³ BACIGALUPO, *Principios*, p. 373.

³¹⁴ SÁNCHEZ-VERA, *El delito de infracción de deber*, p. 207-211; el mismo, *Delitos de funcionarios*, p. 25-26.

fomento también es inmediata y personalísima. O sea, su deber positivo de cuidado es personalísimo y siempre inmediato, y por ello no lo incumple mediatamente, sino siempre de forma inmediata. Por tanto, no hay necesidad de recurrir a la figura de la autoría mediata: el obligado especial es siempre autor directo con independencia de la responsabilidad del hombre de adelante. Mismo en los supuestos en los que el hombre de atrás es el cualificado e instrumentaliza a un extraño, el cual, sin embargo, obra de forma responsable - hipótesis que tradicionalmente la doctrina viene denominando de <instrumento doloso no cualificado> - la autoría no depende del dominio del hecho sino simplemente de la vulneración del deber especial extrapenal, de modo que cualquier aportación del *intraeus* configura ya autoría.

La opinión dominante en la doctrina española con relación al denominado <instrumento doloso no cualificado> es que la mejor solución es admitir al extraño como autor principal y al cualificado como partícipe, al argumento de que no se puede hablar de autoría mediata cuando el hombre de adelante no se encuentra en una posición subordinada al hombre de atrás. De manera que el no cualificado será responsabilizado por el delito común, caso sea posible, o quedará impune; al tiempo que, el *intraeus* responderá como partícipe de delito común realizado por el no cualificado, en virtud de la accesoriedad de la participación, o de igual forma quedará impune su conducta³¹⁵. Pero también se defiende que se debe declarar siempre la atipicidad, al amparo del principio de legalidad y de la seguridad jurídica. Un sector intenta encontrar soluciones fuera de la autoría mediata: el actuar en lugar del otro previsto en el art. 31 del CP³¹⁶. Y hay quienes proponen una solución a través de la autoría mediata pero bajo el fundamento de que aquí el dominio es

³¹⁵ Defienden tal posición, entre otros: GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, p. 260-265; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 325; QUINTERO OLIVARES, *Delitos especiales*, p. 97-104; COBO DE ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, p. 678; MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 288, según el cual si no existen en el resto del articulado del Código penal figuras paragonables, la impunidad de ambos intervinientes viene avalada por la ausencia de vulneración del principio de eficacia; DE LA MATA BARRANCO, *Participación*, p. 110.

³¹⁶ En el mismo sentido: GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, p. 116: “El supuesto del actuar en el lugar de otro depende de que el derecho positivo haya previsto una cláusula de esta índole la cual permite el esquema formal de que la persona que carece de los elementos personales típicos de un determinado delito, actúa en nombre, interés o representación del sujeto que posee dichas cualidades”.

psicológico-normativo o social y no fáctico³¹⁷. Por fin, hay quien sostiene la viabilidad de autoría mediata bajo la perspectiva de la pertenencia³¹⁸.

Ya en la hipótesis en que el hombre de atrás es el *extraneus*, no es concebible la autoría mediata tanto para la tesis de ROXIN de los delitos de infracción de deber como para la doctrina tradicional. Quien no puede ser autor inmediato en los delitos especiales o de infracción de deber, tampoco lo puede ser mediato³¹⁹. De manera que si el hombre de detrás no es cualificado, el suceso habrá de ser considerado como jurídico-penalmente irrelevante – desde el punto de vista de un delito de infracción de deber -, puesto que no habrá resultado dañada una institución positiva. Se reconoce, aquí, en general, que no hay necesidad punitiva desde un punto de vista de política criminal.

3.11. Participación

Un sector de la doctrina, con fundamento en el <pensamiento de la distancia>, aboga por la *impunidad* del *extraneus* en todos los supuestos de delitos de infracción de deber. Las opiniones contrarias a la posibilidad de admitir una participación punible en los referidos delitos se basan en lo siguiente: i) a pesar de la naturaleza accesoria de la participación, el no obligado especial no podría ser partícipe porque él nunca podría haber cometido el hecho como autor; ii) las expectativas garantizadas mediante los delitos de infracción de deber en nada afectan al interviniente *extraneus*; iii) desde la perspectiva de la teoría de la accesoriedad, si las circunstancias personales en los delitos de infracción de deber son, según su naturaleza, altamente personales, se deduce que al partícipe no obligado no se puede imputar el comportamiento del autor por el principio de accesoriedad.

³¹⁷ Según explica HERNÁNDEZ PLASENCIA, *Autoría mediata*, p. 310, “no se trata, pues, de un dominio consistente en controlar fácticamente la lesividad del sujeto de adelante, sino de aportar al hecho la calificación jurídica necesaria para que la influencia sobre el sujeto de adelante no quede impune”.

³¹⁸ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, p. 403, afirma la autoría mediata del *intraeus* incluso en el caso de instrumento doloso no cualificado, basándose en su teoría de la autoría como una relación de pertenencia del hecho, que concurre en el sujeto causante del mismo al que puede y debe imputársele como suyo porque ningún otro sujeto se halla en mejor situación para disputárselo. Según referido autor, en la medida en que haya algún sujeto causante del hecho, éste no puede quedar sin autor. De otro modo surgiría una inadmisibles laguna: pese a causar la lesión del bien jurídico protegido, el funcionario quedaría impune (el ejecutor directo sería impune por no reunir la calificación de autoría, y el “hombre de atrás” también lo sería al faltar un autor). Esto en los delitos especiales propios, pues en los impropios, el ejecutor sería autor inmediato del delito común correspondiente; y el cualificado podría responder como partícipe de dicho delito común.

Tales reproches, según los defensores de la tesis de ROXIN, no convencen. Primero porque la imposibilidad de que el partícipe pueda ser autor del delito de infracción de deber no impide, en absoluto, que pueda ser partícipe en el mismo. En efecto, ni el art. 28 del Código Penal Alemán, ni el art. 29 del Código penal español hacen depender la punibilidad del partícipe de que él mismo pudiese ser autor del delito³²⁰. Después, porque no es correcto afirmar que las expectativas garantizadas mediante los delitos de infracción de deber no incumben también a quien no se encuentra obligado positivamente. “La especialidad de tales expectativas reside en que no pueden ser defraudadas sin la concurrencia de un especialmente obligado por una institución positiva, pero nada más”³²¹. El comportamiento del *extraneus* no es jurídicamente neutro, dado que las expectativas de las instituciones positivas atañen, al menos de forma mediata, a todos. Por último, porque el hecho de que un *extraneus* no pueda infringir la norma especial no implica, en cambio, que no lo pueda si él actúa en *unión* con el *intraneus* especialmente obligado, puesto que el *extraneus* participa del delito de infracción de deber adhiriéndose a una lesión del deber ajena.

El fundamento de la punición en los delitos de infracción de deber, como en todos los demás delitos, reside en la lesión del bien jurídico. La infracción del deber especial sólo constituye factor para la determinación de la autoría. Sucede apenas que la participación se desvincula totalmente de los conceptos de subordinación de la voluntad y del dominio del hecho: partícipe es todo aquel que coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber específico fundamentador de la autoría, con independencia de la intensidad de su aportación³²².

³¹⁹ En el mismo sentido: HERNÁNDEZ PLASENCIA, *Autoría mediata*, p. 307; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 322; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, p. 229; SÁNCHEZ-VERA, *El delito de infracción de deber*, p. 227; el mismo, *Delitos de funcionarios*, p. 26.

³²⁰ En este sentido son las Sentencias del Tribunal Supremo de 20/05/1996 y 26/01/1994. En esta última el Tribunal Supremo observó que “la jurisprudencia de esta Sala viene sosteniendo que el texto del art. 14 CP no requiere que los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y cómplice) en un delito especial propio – es decir, en aquellos delitos en los que el tipo penal prevé exclusivamente la autoría de un sujeto activo con especial calificación – tengan la misma condición jurídica que el autor. Dicho en la terminología tradicional: la ley no impide la punibilidad del *extraneus* como partícipe en el delito propio del *intraneus*”.

³²¹ SÁNCHEZ-VERA, *El delito de infracción de deber*, p. 219.

³²² ROXIN, *Dominio del hecho*, p. 405; JAKOBS, *Derecho penal*, p. 1028; KINDHÄUSER, *Cuestiones fundamentales*, p. 44. De acuerdo con el Tribunal Supremo de España el fundamento de la punibilidad del *extraneus* reside en la prohibición contenida en las reglas de la participación que amplían el tipo penal, dado

Ahora bien, en la doctrina científica resulta bastante controvertida la forma de responsabilizarse al extraño que interviene en un delito de malversación realizado por un funcionario competente. Se cuestiona si la punibilidad del partícipe se ha de determinar a partir de la punibilidad del delito que el autor concreto haya cometido, o, antes bien, si habría que determinarla a partir de la punibilidad del delito que el partícipe habría cometido, si él se hubiera encontrado en el rol del autor.

Según un extendido posicionamiento, la problemática de la participación de un tercero no obligado en un delito de infracción de deber pasa, indefectiblemente, por la distinción que se hace entre los denominados delitos especiales *proprios* y *impropios*. Una primera solución estima que tiene aplicación el art. 65 CP y por ello la <ruptura del título de imputación> entre el autor principal (*intraneus*) y el partícipe (*extraneus*). El obligado especial debe responder por el delito de infracción de deber, en tanto que el *extraneus* por el delito especial subyacente. Las razones invocadas por el sector que defiende la <ruptura del título de imputación> son las siguientes: a) sólo el comportamiento del *intraneus* tiene idoneidad para quebrantar el deber de fidelidad o el vínculo de confianza estatal; b) la participación se opera en el *hecho* y no en el delito en sí (hecho ya valorado); c) cada interviniente responde por su propio injusto y su propia culpabilidad; d) motivos de justicia material en apoyo de interpretaciones teleológicas restrictivas que impiden agravaciones de las penas a personas a las que no estaban destinadas determinadas previsiones normativas; e) el aspecto positivo de la accesoriedad de la participación, que exige la concurrencia adicional de ciertos requisitos personales en el partícipe para hacerle responder por el mismo hecho principal que al autor cualificado³²³.

que su conducta, aunque en forma mediata, ataca al mismo bien jurídico. En este sentido son las STS de 21-12-99 y 28-03-2001.

³²³ En este sentido: PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, p. 354-355, quien observa que cualquier renuncia al principio de la accesoriedad debe quedar claramente expresada en la Ley, y esto es lo que sucede de un modo suficiente en tal supuesto. Referido autor, con todo, en su artículo *Sobre el alcance del art. 65.3 CP*, p. 1425, nota 16, aclara su posición sobre la cuestión de la ruptura del título de imputación. Afirma tajantemente que “en ningún lugar he sostenido que la solución más adecuada para sancionar la participación del no-funcionario en un delito de malversación de caudales públicos (...) sea romper el título de imputación y hacer que aquel responda simplemente de una apropiación indebida. Mi propósito ha sido siempre el de demostrar, en términos generales, que una <ruptura> de esta clase sería *posible*, como se comprueba entre otros en los casos de error, *pero no siempre necesaria*, pues aquella depende fundamentalmente del sentido y carácter que tenga el elemento especial en el delito de que se trate y de si el fundamento de la correspondiente calificación o del privilegio en cuestión puede alcanzar también el partícipe extraño. En aquellos casos en que ese fundamento se encuentra <en razones de carácter altamente personal>, como las que a mi juicio se daban en los antiguos delitos de parricidio o de infanticidio (o en el tipo privilegiado de aborto del actual art. 145.2 CP), la <ruptura del título de delito> me parecía (y aún me parece) adecuada (...). En cambio, en relación con los delitos (propios e impropios) de funcionarios, que no fueron objeto de un tratamiento específico en mis trabajos anteriores, advertí ya, no obstante, que no

Otra corriente aboga que en ningún caso es de aplicación el art. 65 CP y por ello *nunca* se debe romper el título de imputación, ni para los delitos de infracción propios, ni para los impropios, dado que no es lógico y tampoco defendible dogmáticamente sostenerse la ruptura del título de imputación en los casos de haber una figura común paralela y la unidad cuando no la hay³²⁴. Se esgrimen los siguientes argumentos para

consideraba satisfactorio que quedase impune la participación de particulares (ni tampoco referirla, en su caso, al correspondiente delito común) y apunté la razón en que esta opinión se basaba: que los elementos que entran aquí en juego no tienen tan sólo un <carácter (altamente) personal>. Las tesis fundamentales de PEÑARANDA RAMOS son expuestas de la siguiente manera: a) La atenuación prevista en el art. 65.3 CP debe desvincularse de la teoría de los delitos consistente en la infracción de un deber, pues dicha teoría conduce a consecuencias político-criminalmente insatisfactorias (los partícipes resultarían más gravemente penados por su intervención en delitos comunes que por su participación como *extranei* en delitos de infracción de deber); b) rechaza la interpretación del art. 65.3 CP a la luz de la doctrina dominante en Alemania sobre el § 28 del Código Penal Alemán, y propone su explicación conforme a una doctrina minoritaria en aquel país que entiende que los elementos de deber especial deben tratarse de manera <semiaccesoria>; c) por consiguiente, el art. 65.3 CP tiene como campo directo de aplicación los elementos <limitadamente personales> que en ciertos delitos fundamentan la <culpabilidad> del autor; d) el art. 65.3 CP viene a crear por debajo de los delitos especiales propios una especie de <tipos básicos>, a los que se puede referir plenamente la participación de terceros. Ya en el caso de los denominados delitos especiales impropios el art. 65.3 viene a definir una especie de <tipo intermedio> al que referir la punición del extraño. JAVIER RIGGI y ROBLES PLANAS, *El extraño artículo 65.3 del Código Penal*, p. 06 y ss., coinciden con PEÑARANDA en los siguientes puntos de vista: a) el rechazo de la teoría de los delitos de infracción de deber, ya que el seguimiento coherente de dicha teoría conduce a consecuencias político-criminalmente insatisfactorias; b) en la categoría que denominan <delitos especiales de deber> no cabe hablar de intervención, siendo, pues, innecesario, además de dogmáticamente incorrecto por carecer de una razón material suficiente, recurrir al art. 65.3 CP. Acogen, pues, la propuesta de PEÑARANDA de que la pena no sólo debería atenuarse sino excluirse por completo respecto de aquellos partícipes a los que no pudiera comunicarse en absoluto el elemento que fundamenta la responsabilidad del sujeto cualificado, por tener dicho elemento un sentido exclusivamente personal. La discrepancia se reduce a la cuestión de la *extensión* de los <delitos especiales de deber>: según JAVIER RIGGI y ROBLES PLANAS la presencia de la lesión del deber como fundamento material del injusto deber ser tomada muy en cuenta a la hora de calificar como <delito especial>, dado que esta calificación determina la impunidad del interviniente *extraneus*. JAVIER RIGGI y ROBLES PLANAS, sin embargo, critican el planteamiento de PEÑARANDA porque en él se da por sentado algo que en sí no es obvio y que constituye el núcleo de la cuestión: que el hipotético injusto del *extraneus* es materialmente idéntico al que lleva a cabo el *intraneus*. Según el punto de vista de referidos autores la conducta del *extraneus* aparece como cualitativamente distinta de la del *intraneus*, razón por la cual debe apartársela de un hipotético injusto común y exigirse su tipicidad expresa en la Parte Especial para ser considerada punible (tipicidad expresa de las modalidades de conducta que lesionan bienes jurídicos <desde fuera>). Además, cuestionan lo siguiente: si el art. 65.3 CP viniera a crear un tipo básico al que referir la participación de *extranei* en delitos especiales propios, ¿qué suerte correrían si fuera derogado? De no existir el mencionado tipo subyacente (tipo básico), no habría nada en lo que los *extranei* pudieran participar. Sin hablar que este tipo de cláusulas constitutivas de la responsabilidad en la Parte General se dan de bruces con el principio de legalidad, esto es, “un macrotipo monstruoso que no contiene elemento indicativo alguno de la lesividad de las conductas en él incluidas”. Las posibilidades de orientación del ciudadano sobre lo prohibido y lo permitido son, entonces, prácticamente inexistentes. Lo cierto, con todo, es que también la propuesta de JAVIER RIGGI y ROBLES PLANAS <da de bruces con el principio de legalidad> al convertir en inocuo lo que denominan de <extraño art. 65.3 CP> y al sostener que en los <delitos de posición> deben ser calificadas como de *complicidad* las formas de intervención que presenten una menor intensidad aunque el art. 65.3 CP hable expresamente de inducción y cooperación.

³²⁴ Según QUINTERO OLIVARES, *Delitos especiales*, p. 71, “o se mantiene que el extraño participa siempre en el injusto de los delitos especiales, ya sean propios, ya impropios, o bien si niega esa posibilidad en ambos casos”. En particular, sosteniendo ser razonable la ruptura del título de imputación en el art. 432 CP, MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 286-288, al asumir la tesis de que la accesoriadad de la

defender la unidad del título de imputación: a) la solución contraria infringiría la teoría de la unicidad: la unidad de imputación es una exigencia lógica y natural que se deriva directamente del principio de accesoriadad de la participación, en el sentido de que la calificación del partícipe depende por completo del hecho realizado por el autor; b) la condición de funcionario público opera en estos casos como elemento integrante del tipo y no como circunstancia modificativa; c) los destinatarios de las normas especiales no son sólo los sujetos cualificados; sucede que a éstos las normas les afectan de forma inmediata y a los demás de forma mediata; d) el <tipo de participación> está estrechamente conectado con el <tipo de autor> y así la pena del partícipe sólo puede ser medida con base a la que le corresponde al principal protagonista; e) no es aplicable a favor de la tesis de la ruptura del título de imputación el artículo 65.1 CP (comunicabilidad de las circunstancias a los partícipes), ya que es de opinión general entender que este artículo se refiere tan sólo a las circunstancias de modificación de la responsabilidad penal, pero no a los elementos personales que fundamentan la responsabilidad del autor³²⁵.

La posición dominante se decanta por el mantenimiento del título de imputación³²⁶, concordando, como visto, con la misma solución a que llega la tesis de ROXIN.

participación lo es en el *hecho* y no en el delito. Sin embargo, referido autor sostiene la unidad de título de imputación cuando el *extraneus* participa en el hecho principal de los artículos 433 y 434 CP, al argumento de que “a diferencia de lo que sucede con el artículo 432 CP, el único hecho con relevancia jurídico penal en que el partícipe colabora es aquel que luego será subsumido en los tipos especiales propios”.

³²⁵ ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 334.

³²⁶ En este sentido, entre otros: RUEDA MARTÍN, *Reflexiones*, p. 450; GÓMEZ GUILLAMÓN, *Derecho penal*, p. 825, para quien “el *extraneus* debe responder como partícipe del delito cometido por el funcionario”; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, p. 292: dogmáticamente es claro que el extraño que induce a una malversación induce a este delito y no a una apropiación indebida que no se ha dado en la realidad, y cuya existencia sólo se puede fundamentar con juegos de prestidigitación dogmáticos que hacen aparecer delitos donde no están y desaparecer otros que sí que están; QUINTERO OLIVARES, *Delitos especiales*, p. 70: “si el particular cómplice de un funcionario público en una malversación ha actuado en contra del respeto debido a los bienes de la comunidad, ese bien jurídico preside igualmente su tipo de delito”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 335, al indicar que “en ambos supuestos se está lesionando el mismo bien jurídico protegido, tanto cuando el funcionario público sustrae caudales públicos que tiene a su cargo por razón de sus funciones como cuando un particular induce al funcionario a sustraerlos”. OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 279, para quien “en los supuestos de coautoría en sentido estricto, del art. 28 párrafo 1º, el funcionario o asimilado responderá por el delito especial y el extraño por el delito común correspondiente, mientras que los supuestos de participación de la letra a) y b) del arts. 28 y 29, cuando el particular interviene como inductor, cooperador necesario o cómplice, deberá responder con unidad de título de imputación”; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 877, para quien “el particular que partícipe (induzca o coopere) en la malversación del funcionario responderá también de este delito”; DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 819: “la cualidad de funcionario público, unida a otros elementos típicos, eleva, como sabemos, a delito propio y sustantivo la malversación. Por ende, el particular que participa lo hace en ese y no en otro delito, conforme al criterio de accesoriadad de la participación”; MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 396, nota 34; ORTS BERENGUER, *Derecho penal*, p.710; CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal*, p. 1052, quienes entienden que incluso en los delitos impropios “parece

El Tribunal Supremo, en algunas ocasiones, entendió que a diferencia de alguna otra legislación, en la española no existe prohibición de romper el título de imputación³²⁷. En la actualidad, con todo, ha modificado su doctrina y acepta sin mayores problemas la punibilidad del partícipe según el delito principal, esto es, *sin la ruptura del título de imputación*³²⁸. Específicamente respecto a la intervención de particulares en el delito de malversación, el Tribunal Supremo viene indicando sistemáticamente que “aunque se trata de un delito cuyo sujeto activo ha de ser una autoridad o un funcionario público, es admisible que un particular pueda ser partícipe en la malversación cometida por uno de aquellos”³²⁹, decantándose así por la posición que defiende la <unidad del título de imputación> cuándo es el *intraneus* quien se apropia de los caudales³³⁰.

3.12. La cuestión del *quantum* de la pena que debe corresponder al *extraneus*

Una vez llegada a la conclusión de que es viable la punibilidad del partícipe no obligado especialmente en los delitos de infracción de deber, surge la cuestión de si se le debe imponer la misma pena del *intraneus* o, en cambio, se le debe aplicar un castigo aminorado por no concurrir en él la calidad especial de funcionario. Aplicar una penalidad superior al *extraneus* no cabrá nunca, pues ello implicaría extender la autoría también al no cualificado, con quebrantamiento del principio de legalidad³³¹.

Un sector importante de la doctrina rechazaba la idea de que al partícipe se le podía aplicar la pena de forma aminorada, debido a que el Código penal español no resolvía el problema de la forma como lo hacía el Código penal alemán, que en parágrafo 28.1 del Código Penal Alemán determina que “cuando los partícipes (inductor o cooperador) carezcan de la características personales especiales que fundamenten la punibilidad del autor, se atenuará la pena de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 49,

jurídicamente más correcto aplicar las mismas reglas de accesoriedad dentro de la unidad del título de imputación “; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 232; RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 324.

³²⁷ STS de 29-07-98. En el mismo sentido: STS de 16/06/2000.

³²⁸ Es constante la doctrina del Tribunal Supremo que admite la punición del *extraneus* como partícipe en el delito del *intraneus*. En este sentido: STS de 21-12-1999, 07-11-2001 y 13-06-2003.

³²⁹ Cfr. STS de 05-06-98 y 30-10-98.

³³⁰ Cfr. STS de 05-06-98.

³³¹ STS de 11-06-2002.

apartado 1” (hasta tres cuartos del máximo imponible). Tal solución, para este sector, era dogmáticamente insostenible³³².

Por otro lado, la posición que defendía la aminoración de la pena del *extraneus* era destacada como muy positiva y la más satisfactoria hasta la fecha, dado que el injusto y la culpabilidad en el partícipe no calificado poseen siempre una menor gravedad que en el autor³³³.

En Tribunal Supremo venía inclinándose por responsabilizar el *extraneus* por el mismo título de imputación que el *intraneus*, estimando que el partícipe, por esencia, es partícipe en hecho ajeno (y, por tanto, debe responder como partícipe del delito especial), pero sin aminoración de pena o con la aplicación de una atenuante analógica en beneficio del reo, con la finalidad de no olvidar nunca el principio de proporcionalidad³³⁴, aunque concebía la solución como de <dudosa corrección dogmática>.

Hoy día el Alto Tribunal, basado en el principio de proporcionalidad y a través de la aplicación del apartado 3 del art. 65 CP³³⁵, viene sistemáticamente atenuando la

³³² En este sentido: GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, p. 292-293, según el cual “el hecho de no estar vinculado por un deber especial podría considerarse una circunstancia atenuante en los delitos especiales de funcionarios es evidente. Pero, con razón o sin ella, el CP no lo ha recogido como tal circunstancia. Inventarla no me parece dogmáticamente posible”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 336, para quien “es discutible esta construcción mitigadora, por cuanto que no existe una atenuante similar en nuestra regulación, y lo que se hace es inventar una atenuante inversa”.

³³³ En este sentido: MORALES GARCIA, *Malversación*, p. 288-289; CHOCLÁN MONTALVO, *Atenuación*, p. 104, según el cual “no puede sino recibirse con gratitud la solución jurisprudencial que aplica analógicamente la regla del art. 60 CP, pensada para elementos personales que modifican la pena o la excluyen, a aquellos casos en que tales elementos fundamentan la punibilidad y en los que el partícipe no reúne la calificación requerida por el tipo legal, pues en este caso, el hecho del partícipe no tiene la misma gravedad que el del cualificado en cuanto no quebranta la especial relación de deber que fundamenta la punibilidad (y la autoría) del delito especial”; OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 302: “Parece desproporcionado sancionar por delito patrimonial común a quien sustrae caudales públicos, sin ser funcionario, y sancionar por delito de malversación si tan sólo participa en tal sustracción, por lo que en este punto el Código penal podría haber reproducido el parágrafo 28.1 del StGB alemán que rebaja la pena del extraño que participa de un delito especial propio”. Incluso desde el <pensamiento de la distancia> se quiso fundamentar la menor responsabilidad del partícipe no cualificado, lo que, según PEÑARANDA RAMOS, *Sobre el alcance del art. 65.3 CP*, p. 1428, no sería adecuado, pues, “atendida la situación del supuesto concreto, la <distancia> del partícipe con respecto al hecho constitutivo de un delito especial es la misma que en cualquier otro delito: Aquel no ha cumplido los elementos del tipo correspondiente. Si al partícipe se le ha de imputar en un caso l que él mismo no pudo hacer, también se le ha de imputar en el otro lo que de todos modos no hizo. El injusto de la participación es igual de derivado o de autónomo en ambos supuestos y sólo así cabe explicar que esa participación sea en cualquier caso punible”.

³³⁴ STS de 12-07-99, 15-07-2002 y 30-04-2003.

³³⁵ El apartado 3 del artículo 65 del CP, añadido por la LO 15/2003, entró en vigor el 01 de octubre de 2004, y dispone que “cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones que fundamentan la responsabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate”. Como ha señalado

responsabilidad del *extraneus*, por entenderla excesivamente grave en estos supuestos. Según el Tribunal Supremo, “es un imperativo del principio de proporcionalidad que la individualización de la pena debe adecuarse a la gravedad de lo ilícito y de la culpabilidad y, esta última, como es comúnmente admitido, es menor cuando menor es la entidad de lo ilícito”³³⁶.

En la doctrina se estima que la reforma debe ser, en principio, bien acogida, porque por primera vez establece una disposición específica en aras de resolver los problemas de la punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales³³⁷. Y ello porque autores de las más distintas tendencias, partidarios o detractores de la doctrina de los delitos de infracción de deber, están de un modo o de otro de acuerdo en que el partícipe no cualificado en un delito especial puede merecer un tratamiento diferenciado con respecto al que corresponde al *intraneus*. Por tanto, los ataques que fueran dirigidos a la reforma no proceden, pues: a) cuenta con consagración legislativa en el parágrafo 28, I, del Código Penal Alemán, desde 1975 y el consenso unánime en la doctrina Alemana; b) la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como visto arriba, en ausencia de precepto, había sentado una doctrina que en cierta medida era equivalente; c) la doctrina, incluso la que no admitía la ruptura del título de imputación, propugnaba la atenuación de la pena del *extraneus* recurriendo a diversas construcciones.

De cualquier suerte, hay quien realiza algunas críticas a la redacción final del art. 65.3 CP, por entender que la reforma no se ha caracterizado por una buena técnica legislativa. En la opinión de ZUGALDÍA ESPINAR³³⁸, algunos extremos del precepto resultan especialmente criticables. En primer lugar, constituye un error conceptual entender que en los delitos especiales las condiciones, cualidades y relaciones personales del cualificado fundamentan la <culpabilidad> del autor. Desde luego, con carácter general, debe admitirse que la culpabilidad del autor puede verse incrementada por la mayor

PEÑARANDA RAMOS, *Sobre el alcance del art. 65.3 CP*, p. 1422, “es incuestionable que el propósito del legislador, al introducir el tercer apartado del art. 65 CP en la reforma de 2003, no pudo ser otro que el de ofrecer una base normativa más firme a esta posición de la jurisprudencia española, por entonces ya muy consolidada, según la cual la participación de extraños en los delitos especiales propios ha de considerarse punible, pero merece por razones de proporcionalidad una sanción menor que la establecida para los sujetos cualificados”.

³³⁶ STS de 12-12-2005 y 18.10-2004.

³³⁷ En este sentido: DE LA ROSA CORTINA, *Participación*, p. 06; ZUGALDÍA ESPINAR, *La punición*, p. 05.

³³⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, *La punición*, p. 06-08.

gravedad del ilícito realizado, pero esto no significa en absoluto que la culpabilidad del autor guarde relación con el problema general del fundamento o la gravedad del ilícito en los delitos especiales. En segundo término, olvida incluir a los cómplices³³⁹. Por último, la reforma del art. 65.3 CP ha desperdiciado la oportunidad de prever sustituir la pena privativa de derechos por la más adecuada de multa, puesto que no tiene ningún sentido imponerle al no cualificado la pena de no poder acceder a la función pública (algo que en él, posiblemente, nunca había entrado en sus planes).

Efectivamente la idea rectora es la de que el desvalor de la conducta es menor para el *extraneus* (que no infringe ningún deber personal cualificado) que para el *intraneus* (que sí lo hace)³⁴⁰. Cumple observar, con todo, que con el nuevo artículo 65.3 es posible aminorar la situación de quien no puede ser autor directo, teniendo en cuenta su *aparente* menor reprobabilidad. La atenuación, por lo tanto, no es obligatoria sino más bien sólo una posibilidad³⁴¹, pudiendo equipararse la sanción impuesta al *extraneus* a la impuesta al autor cualificado caso se llegue a la conclusión que el desvalor de su acción es equiparable. En cuanto a la omisión del cómplice ella puede justificarse por el hecho de que su penalidad está ya atenuada por vía del art. 63 CP, dado que esta atenuación se fundamenta en el dato de la menor importancia de su aporte al hecho.

Una vez afirmado el carácter facultativo de la rebaja en grado, es preciso plantear cuáles son los factores que el operador jurídico debe tener en cuenta a la hora de decantarse

³³⁹ Se muestra asimismo favorable a la aplicación del art. 65.3 CP al cómplice DE LA ROSA CORTINA, *Participación*, p. 08, “pues también en él concurre ese elemento negativo en relación con la infracción de los deberes especiales que vinculan al *intraneus*”. De acuerdo con la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado, “debe entenderse que en caso de intervención de un *extraneus* en calidad de cómplice, a la rebaja de un grado que le corresponde por su participación secundaria (art. 63) habrá de añadirse la posible rebaja conforme al art. 65.3 por no infringir el deber específico del autor *intraneus*. Habrá en estos casos de permitirse una doble atenuación penal, por cómplice y por *extraneus*”.

³⁴⁰ De acuerdo con la STS de 24-06-94, el fundamento de la atenuación se cifra en cumplir con la exigencia de la individualización, teniendo en cuenta que el extraño, al no concurrir en él la condición cualificante, no actúa con la potencialidad y fuerza de antijuridicidad que caracteriza a quien sí posee esta condición, pues le falta el plus de tal carácter que en él no concurre y que es el determinante del nacimiento de la figura penal alrededor de la cual giran la correspondientes participaciones delictivas.

³⁴¹ Éste es el criterio asumido por la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado. Tal aspecto también es puesto de manifiesto en la STS de 13-07-2006, ponente Bacigalupo Zapater, la cual señala que el art. 65.3CP se habría limitado a codificar, <mediante un texto confuso y con ciertas modificaciones lo que nuestra jurisprudencia había establecido durante la vigencia del Código de 1973>; destacándose la diferencia de que el mencionado precepto <determina que la atenuación de la pena es sólo facultativa, mientras la jurisprudencia (...) venía entendiendo la atenuación como necesaria en los delitos especiales propios>. Por ello, <la Sala estima que el art. 65.3 no contradice la premisa jurisprudencial basada en la menor entidad de la ilicitud del partícipe no cualificado>, de modo que actualmente en dichos delitos <la atenuación por la

por una u otra opción. Habrá que valorarse *la relevancia de la participación* y si la contribución del no cualificado *está o no próxima al dominio de la situación que posibilita el cumplimiento del deber especial a que se refiere el tipo*³⁴². Ya en relación con los delitos especiales impropios, el criterio básico es el análisis de la penalidad asignada al delito común, pero cuidándose siempre de no dispensar un tratamiento injustificadamente privilegiado al partícipe³⁴³.

En tanto en cuanto se mantenga la línea jurisprudencial contraria a romper el título de imputación, el apartado 3 del art. 65 CP debe entender aplicable tanto a los delitos especiales propios como impropios, dado que el tenor literal del precepto permite abarcar la participación del extraño tanto en una como en otra categoría de delitos. Es más: la redacción del precepto se adecua mejor a tesis <unificadora> que otorga el mismo tratamiento a todos los delitos especiales, teniendo en cuenta que los elementos que limitan la autoría en tales delitos fundamentan en todo caso la culpabilidad (sean propios o impropios)³⁴⁴. El Tribunal Supremo, incluso antes de la entrada en vigor de la reforma

atenuante analógica sigue en pie y con carácter obligatorio, mientras que la posibilidad de atenuar la pena en un grado es meramente facultativa”.

³⁴² Ésta es la línea que sigue la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado. En la doctrina se decanta por tal solución: DE LA ROSA CORTINA, *Participación*, p. 7. En Tribunal Supremo, en la Sentencia de 15-07-2002 entendió que se debe sopesar si se da o no una apreciable diferencia en la intensidad de la afectación del deber según que el sujeto infractor se encuentre o no directamente concernido por él, distinguiendo, así, entre los diversos coeficientes de ilicitud observables en la conducta de uno y otro.

³⁴³ Hay quien defienda la idea de que en el caso de la participación de extraños en los delitos especiales impropios no procedería únicamente la disminución (facultativa) de la responsabilidad que el art. 65.3CP establece, sino la aplicación del marco penal del delito común correspondiente, lo que, en principio, habría de serle aún más beneficioso. En este sentido son las consideraciones contenidas a este respecto en el Informe emitido el 26 de marzo de 2003 por el Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica 15/2003 (p. 28 y ss.). PEÑARANDA RAMOS, *Sobre el alcance del art. 65.3 CP*, p. 1452, afirma tajantemente que “la atenuación en él prevista (art. 65.3 CP) no debe hacer caer nunca la responsabilidad del partícipe personalmente no cualificado por debajo de la que corresponda al delito común o básico respectivo, cuyo contenido de desvalor material está implícito en la del tipo cualificado realizado”. De la misma opinión: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 555-556. Esta tesis, con todo, se le debe reprochar porque desborda los límites en que resulta admisible la interpretación de la ley.

³⁴⁴ En este sentido: DE LA ROSA CORTINA, *Participación*, p. 07. De otra opinión, entendiendo que la redacción del precepto contenido en el art. 65.3 CP se adecua mejor a la tesis <individualizadora>, partiendo de la base de que en los delitos especiales impropios los elementos delimitadores de la autoría no fundamentan la culpabilidad del autor, sino que sirven simplemente para modificar la pena en un mismo tipo de injusto o de una figura básica: ZUGALDÍA ESPINAR, *La punición*, p. 05, quien estima que se debe establecer un claro paralelismo entre el núm. 3 del art. 65 CP (que necesariamente debe entenderse referido a los delitos especiales propios, y no a los delitos especiales impropios, ya que en estos las condiciones, cualidades o relaciones personales del autor no fundamentan su punibilidad) y el núm. 1 del art. 65 CP (que a partir de ahora se puede entender referido a las circunstancias específicas y a los delitos especiales impropios); PEÑARANDA RAMOS, *Sobre el alcance del art. 65.3 CP*, p. 1429-1430, para quien el art. 65.3 CP tiene como campo directo de aplicación los elementos <limitadamente personales> que en ciertos delitos, ante todo en los llamados delitos especiales <propios>, *fundamentan* la <culpabilidad> del autor. De acuerdo con este autor, parece evidente que no todos los delitos especiales deberían ser incluidos automáticamente en el ámbito de aplicación de este art. 65.3 CP. Al margen de este precepto han de quedar,

15/2003, daba un tratamiento penal diferenciado al *extraneus* por medio de la atenuación analógica tanto si fuera el caso de delito especial propio como impropio, como es exactamente el caso de la malversación³⁴⁵.

Lo que no nos parece posible es que la pena del partícipe sea aminorada doblemente, conforme defiende algún autor³⁴⁶. Tal solución no encuentra respaldo legal ni se justifica dogmáticamente³⁴⁷.

3.13. La autoría y participación en la legislación brasileña

En la doctrina brasileña no ha tenido eco la tesis de ROXIN de <los delitos de infracción de deber>. De acuerdo con el artículo 30 del Código penal brasileño, siendo elemento del tipo, la condición de funcionario público se comunica al particular que de cualquier modo haya concurrido para la práctica del peculado, desde que tal particularidad tenga <ingresado en su esfera de conocimiento>. En otros termos, es menester que el *extraneus* tenga conocimiento de la cualidad de funcionario público del autor del peculado para ser responsabilizado por tal modalidad delictuosa. Se aplica, en este caso, lo dispuesto en el artículo 29, § 2º, que trata de la <cooperación dolosamente distinta>³⁴⁸.

por principio, todas aquellas infracciones en las que la referencia a una determinada condición, cualidad o relación del autor sólo define un ámbito vital o social en el que existe la posibilidad de lesión de un determinado bien jurídico o en el que ésta se produce <típicamente>. Y el prototipo de los delitos que contienen estos elementos <limitadamente personales> lo constituyen los delitos contra la Administración Pública y otros delitos de funcionarios. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 555, quien, citando los puntos de vista de PEÑARANDA, es de opinión que “la interpretación que mejor se adecua al tenor literal de este precepto es la que limita su ámbito de aplicación a los delitos especiales propios, dado que al referirse privativamente a los requisitos que <fundamentan la culpabilidad del autor>, la norma parece excluir aquellos requisitos que operan como elementos (no ya fundamentadores) simplemente modificativos de la pena”.

³⁴⁵ A título de ejemplo, véanse las STS de 18-02-2003 y 13-06-2003. En el caso de la malversación, el Tribunal Supremo declaraba que se admitía la posibilidad de participación de extraños en delitos especiales impropios aplicándoles una pena atenuada, al apreciarse la atenuante analógica de no ser funcionario público, art. 9.10 en relación con el art. 60, ambos del Código penal.

³⁴⁶ Defiende la doble aminoración: SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, p. 271-272, según el cual por lo que respecta a la determinación e individualización de la pena del tercero, al contrario de lo que sucede con el obligado especialmente, el *quantum* de organización que él haya realizado será muy tenido en cuenta. De manera que es posible que en ocasiones sean necesarias *dos* aminoraciones de la pena consecutivas para el partícipe en un delito de infracción de deber: Una, cuyo fundamento reside en el hecho de que no posee el deber especial; la otra, atendiendo al *quantum* de la intervención realizada (el art. 63 del Código Penal español establece expresamente una aminoración con relación al cómplice).

³⁴⁷ Al respecto de la obligatoriedad de la doble reducción del marco penal con relación al cómplice en Alemania (primero por falta de un elemento personal, según el § 28, I, y segundo desde el punto de vista de la complicidad), observa STRATENWERTH, *Derecho penal*, p. 361, “que el Tribunal Supremo Federal respondió negativamente a esta cuestión y halló una aprobación general”.

³⁴⁸ En el mismo sentido: FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 98; PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 32.

Es firme, pues, el entendimiento, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de que el *extraneus* puede responder por peculado, desde que haya cooperado a la conducta del funcionario, con conciencia de esta cualidad³⁴⁹. Se entiende que para el concurso en el crimen propio no es necesario que el sujeto cualificado sea el ejecutor material del crimen. Es suficiente que facilite la conducta criminosa, con lo que se presenta el abuso de poder, inherente al crimen³⁵⁰.

Además, como es posible el concurso de personas sin concierto previo de voluntades, basta con que el funcionario adhiera al designio delictivo de los demás agentes y contribuya de cualquier modo para responder por crimen de peculado. El *extraneus*, sin embargo, en este caso no responderá por el delito funcional, ya que no tenía conocimiento del aporte del funcionario. No hay, además, cualquier previsión de aminoración de la pena al *extraneus*, ni se defiende tal medida en la doctrina y en la jurisprudencia.

3.14. Conclusiones provisionales

Aunque el dominio del hecho es un criterio que se utiliza para determinar el concepto de autor en la mayor parte de las infracciones penales, no es un principio universal que pueda ser aplicado por igual a toda clase de delitos. En los delitos de infracción de deber el dominio del hecho no juega ningún papel. Es el deber especial o intensificado de solidaridad el elemento característico y diferenciador entre autoría y participación, que precisamente no alcanza a todo partícipe sino exclusivamente a quienes tienen una determinada posición de garante respecto de la inviolabilidad del bien jurídico. Esta especial vinculación no implica sólo un no hacer algo concreto (*neminem laedere*), sino, básicamente, un *velar* en determinadas circunstancias por la integridad de un bien determinado.

³⁴⁹ En el mismo sentido: GALDINO SIQUEIRA, *Direito penal*, p. 295: “Se da la comunicabilidad de la cualidad de funcionario, cualidad que se prestó de medio de ejecución del crimen, a los demás participantes, desde que tengan ciencia de tal circunstancia, de lo contrario responderán por la figura delictuosa que pueda asumir su cooperación, sin la característica de los crímenes funcionales”; NORONHA, *Direito penal*, p. 210; DELMANTO, *Código penal*, p. 617; HUNGRIA, *Comentários*, p. 341; BASILEU GARCIA, *Dos crimes*, p. 397: “la cualidad de funcionario público es elemento del crimen de peculado, de manera que todo individuo, sin función pública, que concurrir para el peculado, si considera también <peculadario>”. En la jurisprudencia: STF: RTJ 100/40.

³⁵⁰ En el mismo sentido: COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 985; PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 30: “basta que uno sólo de los concurrentes sea cualificado (*intraneus*) para que los demás respondan por el mismo tipo de crimen”.

La categoría de los delitos de infracción del deber está delineada sin que se renuncie al punto de partida de que el Derecho penal tiene la finalidad de proteger bienes jurídicos. Lo que se protege no es el cumplimiento del deber, sino un bien jurídico. Sucede que el ataque al bien jurídico no agota el contenido de injusto. El bien jurídico en dicha categoría sólo puede ser lesionado mediante la infracción de deberes positivos, esto es, el autor debe infringir su deber produciendo una ofensa al bien jurídico protegido.

El punto central que caracteriza a la teoría de los delitos de infracción de deber es la redefinición de las reglas de la accesoriadad de la participación, pues quien participa sin infringir el deber específico no puede ser jamás la figura central del suceso y el especialmente obligado a ser solidario responde siempre directamente como autor. Y es la estructura del tipo, previamente dada por la ley, lo que decide si un delito es un delito de infracción de deber.

Así como en los demás delitos contra la Administración, en la malversación no basta para realizar el tipo la formalidad de ser funcionario o autoridad, sino que el injusto sólo existe si el funcionario o la autoridad quebrantan los deberes propios del cargo. Hay una equiparación de todas las formas participativas: siempre que un funcionario infringe su deber específico responde como autor. Por tanto, no hay necesidad de recurrir a la figura de la autoría mediata: el deber positivo de cuidado es personalísimo y el funcionario no lo incumple mediatamente, sino siempre de forma inmediata.

El hecho de que un *extraneus* no pueda infringir la norma especial no implica que se deba romper el título de imputación, ya que el actúa en unión con el *intraneus* especialmente obligado. Pero como la idea rectora es la de que el desvalor de la conducta es menor para el *extraneus* (que no infringe ningún deber personal cualificado) que para el *intraneus* (que sí lo hace), con el nuevo artículo 65.3 CP es posible aminorar la situación de quien no puede ser autor directo. La atenuación, con todo, no es obligatoria sino más bien sólo una posibilidad.

No se puede afirmar sin más que los mandatos limitan en mayor grado las posibilidades de actuación de la persona. La sociedad actual se encuentra configurada de tal manera que el Derecho penal no puede conformarse con garantizar la libertad individual

en el sentido de la institución negativa (*neminem laedere*) sino que además debe ampliar el círculo de deberes jurídicos, a fin de asegurar las condiciones elementales de la existencia de libertad.

4. El sujeto activo. Concepto de funcionario público y autoridad a efectos penales.

Como ha venido poniendo de manifiesto la doctrina, la protección efectiva contra los ataques que pudieran lesionar la función pública quedaría, en parte, en el limbo si no pudiera saberse qué sujetos pueden atacarla³⁵¹. Así, el legislador penal optó por ofrecer criterios para la determinación del concepto de funcionario público a efectos penales, suministrados por el artículo 24 del Código Penal³⁵², que tiene validez para todo el Código penal. La doctrina dominante estima que el concepto de funcionario no es meramente descriptivo sino normativo, exigiendo por consiguiente al intérprete una necesaria valoración a la hora de considerar si el sujeto ostenta o no tal condición³⁵³. Además, lo que hace el Código es ofrecer una regla de interpretación del propio Código, un concepto ficticio, a los solos efectos penales de aplicación de la parte especial³⁵⁴.

³⁵¹ QUERALT JIMÉNEZ *Concepto*, p. 480.

³⁵² “Art. 24. 1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

³⁵³ En esta dirección: COBO DEL ROSAL, *Examen*, p. 225; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 83; POLAINO NAVARRETE, *Manual*, p. 242; ORTS BERENGUER, *Derecho penal*, p. 242; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 760; En el sentido contrario: QUERALT JIMÉNEZ, *Concepto*, p. 481, para quien el término funcionario está utilizado como el objeto de una definición, pero no como definición o concepto mismo: “me inclino a pensar que el término funcionario está utilizado en el CP como eso simplemente, como un término: como el objeto de una definición, pero no como definición o concepto mismo, ya que, como habrá ocasión de comprobar, el legislador emplea el término en cuestión en el *sentido usual del idioma*, sin mayores pretensiones, que no son pocas, que la de la comunicación de un pensamiento”; la opinión de QUERALT JIMÉNEZ es compartida por OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, *Prevaricación*, p. 141; Ya para VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones*, p. 444, la naturaleza de la norma contenida en el párrafo 2º de artículo 24 es eminentemente práctico, de una “norma interpretativa contextual auténtica, porque indica al juzgador lo que debe entender por <funcionario público> ampliando considerablemente el campo de aplicación penal del término”, esto es, “el legislador le indica al juez que debe dejar de lado la idea de que sólo los funcionarios públicos administrativos pueden realizar los delitos que dentro del CP reclaman como sujeto activo o pasivo a un funcionario público, y que por lo tanto, debe incluir dentro de aquel concepto a otros sujetos que estando a disposición del Estado tienen a su cargo el ejercicio de funciones o servicios públicos”.

³⁵⁴ En el mismo sentido: MIR PUIG, C., *Delitos* p. 22; QUERALT JIMÉNEZ, *Concepto*, p. 487; COBO DEL ROSAL, *Examen*, p. 236: “es cierto, y sobre esto llevaban razón los comentaristas, que en las definiciones de los Códigos penales españoles se ha partido de una ficción <se reputará>, <a efectos penales>, etc.”.

4.1. Requisitos

Son requisitos a la condición de funcionario o autoridad en el Código penal: a) a la condición de funcionario: la participación legítima en el ejercicio de funciones públicas en virtud de un título determinado (por disposición inmediata de la ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente); b) a la condición de autoridad: además de los requisitos exigidos para la condición de funcionario, que tenga mando o ejerza jurisdicción propia.

En cuanto a los requisitos a la condición de funcionario, en primer lugar cabe destacar la necesidad de una *real participación en el ejercicio de las funciones públicas*, considerada como el aspecto funcional del concepto de funcionario. Y es quizás debido a la importancia de la participación en el ejercicio de funciones públicas, señala ROCA AGAPITO³⁵⁵, que “el legislador, en algunas ocasiones, ha considerado oportuno tratar por igual a particulares que participan en el ejercicio de aquellas funciones y a los funcionarios públicos”. Queda incluido, pues, en esta condición, desde una primera perspectiva, aquella persona que, sin tener la condición de funcionario bajo un punto de vista administrativo, participa en el ejercicio de dichas funciones³⁵⁶.

Se ha discutido en la doctrina al respecto del alcance de la *participación*. Para QUERALT JIMÉNEZ³⁵⁷, ejercer el cargo y participar en el ejercicio de funciones públicas es lo mismo a efectos penales, pues “la ratio de la ley reside en el hecho de que no parece conveniente el limitar la consideración de funcionario público a efectos penales únicamente a quien lo sea desde el punto de vista de otros sectores del Derecho público”, de modo que junto a los que desempeñan funciones públicas en el sentido del Derecho público, el CP incluye otros individuos en la categoría de funcionarios, por vía del título de incorporación, los cuales, de otro modo, no lo serían, como los ministros, los jurados, los alcaldes, etc. Con todo, hay que discrepase de tal idea, pues participar en el ejercicio de la función pública no implica ejercer el cargo; se puede participar en la función pública sin ejercer y sin tener un cargo³⁵⁸.

³⁵⁵ ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 91.

³⁵⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 41.

³⁵⁷ QUERALT JIMÉNEZ, *Concepto*, p. 484.

³⁵⁸ En este sentido: COBO DEL ROSAL, *Examen*, p. 254-255; Para OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Prevaricación*, p. 139, a pesar de concordar que ejercer el cargo y participar en el ejercicio de funciones

De otra parte, a la concepción penal de funcionario no se le exige la efectiva incorporación o adscripción a la organización de la Administración Pública, siendo suficiente la *participación en el ejercicio de funciones públicas*. Es decir, basta, a efectos penales, con la participación en una función pública, siendo indiferente o inocuo, por puramente tangencial, la temporalidad del cargo y la vía o vehículo empleado para el nombramiento, siempre que éste sea legal con arreglo a la normativa vigente. En otras palabras, el acceso a la participación en las funciones públicas no se hace única y exclusivamente por la relación estatutaria, sino de forma amplia³⁵⁹.

Pero, como se ha indicado a menudo, no es tarea sencilla determinar lo que son <funciones públicas>, siendo tres los criterios por los cuales se intenta separarla de la privada en la esfera penal: a) *teleológico o material-finalista*: Para el criterio teleológico la función pública viene definida por su contenido o su finalidad: es pública aquella función destinada al bien común o general, es decir, orientada al interés colectivo o social³⁶⁰. b)

públicas no son la misma cosa, añade que “ejercer el cargo supone más que participar del ejercicio de la función pública: implica ejercer dicha función; por ello el inicial planteamiento no se puede invertir: la participación en el ejercicio de la función pública no implica el ejercicio del cargo; en cambio, el ejercicio de tal función sí supone el ejercicio del cargo”.

³⁵⁹ En este sentido: OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 637; COBO DEL ROSAL, *Examen*, p. 237, quien señala que el concepto penal de funcionario “no requiere una incorporación, sino la mera participación en la función pública, con lo que de suyo es sumamente más amplio”; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *Delitos*, p. 354, para quien el ordenamiento jurídico permite que la función pública sea actuada también por sujetos que no poseen nominalmente la calificación profesional teóricamente correspondiente a la función misma, cuando median procedimientos de transferencia o delegación de competencias”. En la jurisprudencia: STS de 01-02-1995. Ya en la Sentencia de 25-01-94, el Alto Tribunal declaró que “no cabe alegar ni la eventualidad del puesto de trabajo, ni tampoco la naturaleza del contrato a través del que se la nombró para ejercer esa función pública, pues lo esencial en esta idea de funcionario es el nombramiento por quien tiene competencia para ello, y el ejercicio directo de la función pública”. Asimismo en la Sentencia de 16-05-94 el Tribunal Supremo declaró que la figura delictiva de la malversación exige, entre otros elementos, “la condición subjetiva de funcionario público en el sujeto activo, requisito que sí concurre en el recaudador de tributos municipales, sin que sea obstáculo su *status* de contratado”. Y en la Sentencia de 9-10-91, el Tribunal Supremo declaró que “los funcionarios de empleo, en contraposición a los funcionarios de carrera, tienen similar cuadro de derechos y obligaciones que los recogidos en el propio Estatuto de los funcionarios de propiedad. Y ello no tanto por su estabilidad en el ejercicio del cargo, sino porque las funciones por ellos ejercidas son idénticas a las llevadas a cabo por los titulares, por lo que su clasificación de pública resulta indiscutible cumpliéndose así con los condicionamientos del art. 119 (actual 24) del CP”. En contra, estimando que el párrafo 2º del art. 24 está haciendo referencia descriptiva al acto de nombramiento de los funcionarios de carrera y que por tanto debe excluirse a efectos penales al personal contratado en régimen laboral: VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones*, p. 456, CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal*, p. 1051.

³⁶⁰ Tal criterio es defendido, entre otros, por MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 831, para quien “será pública la función proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales o paraestatales”; OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 633, según el cual función pública “puede definirse como la que tiene por misión el cumplimiento de los fines del Estado. Así, por ejemplo: la administración de justicia, la fe pública o el cobro de impuestos”; COBO DEL ROSAL, *Examen*, p. 230: “la función pública se caracteriza, en cualquiera de sus manifestaciones, por su contenido final, al modo que expusiera Zanobini, de que <el Estado procede a la consecución de sus fines por medio de una serie de actividades que constituyen

formal: según el criterio formal, lo esencial es el régimen jurídico a que estén sometidas las actividades, es decir, la naturaleza pública o privada será caracterizada según estén sometidas al Derecho público o privado³⁶¹; c) *mixto restrictivo*: el criterio mixto restrictivo exige, para distinguir la función pública de la privada, la concurrencia de tres elementos: uno de carácter subjetivo, que considera función pública la actividad llevada a cabo por un ente público; otro objetivo, que estima función pública la actividad realizada mediante actos sometidos al derecho público, y, finalmente, un elemento teleológico, que considera función pública aquella en la que se persiguen fines públicos.

La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias se decantan por el criterio mixto, según el cual el alcance del concepto de funcionario proviene de la combinación de los siguientes criterios: las ideas de servicio de los entes y organismos públicos, sometimiento de la actividad al control del derecho administrativo y orientación a las finalidades constitucionalmente propias de la Administración pública³⁶².

A mi modo de ver, para que el fenómeno de la huida hacia el derecho privado³⁶³ no constituya también la desprotección penal de la actividad estatal, hay que aceptar la

sus funciones”, que se proyecta en la triple dimensión legislativa, judicial y administrativa; SUÁREZ MONTES, *Malversación*, P. 834.

³⁶¹ Criterio defendido por QUERALT JIMÉNEZ, *concepto*, p. 482-483, quien señala que “si su giro, su actividad, está sometida a Derecho privado, serán funciones privadas; si está sometido a Derecho público, serán públicas las funciones”. En consecuencia, “quienes presten sus servicios en una entidad sometida a Derecho público serán funcionarios públicos a efectos penales, independientemente de que su régimen estatutario de persona no sea público”.

³⁶² En este sentido, entre otros: COBO DEL ROSAL, *Examen*, p. 230; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 163: “la participación en la función pública, que es llevada a cabo por un ente público, mediante actos sometidos al Derecho público que persiguen un fin público”; ORTS GONZALEZ, *Usurpación*, p. 71-72; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 97, argumenta que “frente a este criterio cabría pensar también en un criterio mixto ampliatorio, el cual se conformaría con la presencia (alternativamente y no de manera cumulativa) de alguno de los tres datos que vienen en consideración en el criterio mixto restrictivo”; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoridad*, p.711: “En cuanto al ejercicio de funciones públicas, se puede seguir la caracterización de la función pública a efectos penales que realiza un sector doctrinal a través de tres elementos: subjetivo: que la actividad se lleve a cabo por un ente público (aunque éste podrá servirse de entidades o sujetos particulares en la gestión de la actividad); objetivo: que la actividad esté sometida al Derecho público; y teleológico: que la actividad persiga fines públicos”. Respecto de la consideración de los militares como funcionarios públicos, QUERAL JIMÉNEZ, *Concepto*, p. 483, nota 2, se inclina por una postura afirmativa, “ya que, al menos a efectos penales, e independientemente de las menciones típicas de las leyes penales, el militar participa del ejercicio de funciones públicas – tales son las que tienen atribuidas las Fuerzas Armadas en el art. 8 de la CE”.

³⁶³ Como ponen de manifiesto RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 44, el fenómeno del sometimiento de la Administración y de su gestión a fórmulas de Derecho privado lleva camino de reducir a la insignificancia el número de personas que, sirviendo a la Administración Pública, estén sometidas a lo que actualmente se denomina estatuto de la función pública. Así, esta nueva huida del Derecho Administrativo, que tanto gusta a los rectores de nuestra Administración, supone la necesidad de cohonestar la situación real con el tenor literal de los preceptos, para

posición de VALEIJE ÁLVAREZ³⁶⁴, para quien es más aconsejable renunciar al concepto tradicional de funciones públicas, de forma que la cobertura penal pueda alcanzar a fenómenos de actividad materialmente administrativa encubierta bajo formas societarias mercantiles. Para la mencionada autora, la expresión <función pública> es sinónima del conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado ya sea directamente o indirectamente a través de actos de delegación, o lo que es lo mismo, función pública es toda aquella actividad material o jurídica que directa o indirectamente le es imputable. Lo esencial es la titularidad de la actividad o función, siendo por el contrario un dato accidental la forma concreta de gestión a través de la cual ésta se desempeña³⁶⁵. Pero ello sin dejar de considerar como funcionario a efectos penales a toda persona que desempeña actividad en sociedades mercantiles total o mayoritariamente participadas por el Estado y mucho menos que se extienda a todas sus acciones. Antes bien, hay que diferenciar las sociedades comerciales y las que gestionan la prestación de servicios públicos en su dimensión de técnica de organización, pues sólo éstas abarcan al personal sometido a la noción penal de funcionario público³⁶⁶. En suma, hay que incluir en el

no dejar desnudos los mismos; obligando a conceptualizar penalmente al funcionario público desde la perspectiva del ejercicio de la propia función pública.

³⁶⁴ VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones*, p. 470-473.

³⁶⁵ VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones*, p. 468 y ss., reflexiona de la siguiente manera: La definición de <funciones públicas> por el criterio teleológico se remite a la interpretación de <fin público>, lo que nos conduce nuevamente al principio, esto es, a un nuevo razonamiento tautológico. Y ningún fin es inherente a la esencia del Estado, pues consiste en una cuestión política. Así, “el contenido de las funciones públicas varía en el tiempo y en los diferentes países, según la opinión pública y los objetivos del partido político gobernante”. Y el concepto de funciones públicas debe ser a histórico y estable, pues “no puede depender de las orientaciones que suministre cada vez la experiencia histórica, política o social de un Estado concreto”. Asimismo el recurso al <régimen jurídico> resulta un criterio artificial y hartamente inseguro si se lleva en cuenta el fenómeno de huida del Derecho administrativo o <privatización> de la actividad de la Administración, en el cual el carácter privado de determinados órganos es una <fachada jurídica> ya que en realidad son organismos públicos. Por eso, subraya, hay que renunciar al tradicional concepto de <funciones públicas>, “de lo contrario, bastará con cambiar la configuración de un organismo y el régimen de su actividad para que cambie la naturaleza de la misma y deje de ser objetivamente función pública”. Partidario de tal postura, observa ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 93-95, que “el simple hecho de prestar unos servicios o realizar una función destinada al interés colectivo, no es suficiente para entender dichas funciones como públicas. Aparte de la inconcreción del concepto <interés colectivo> o <bien común>, si se siguiese este criterio se debería considerar como funciones públicas las realizadas, pongamos por caso, por un colegio privado, ya que no se puede negar el interés general o colectivo que tiene la educación”. Asimismo, definir el concepto de funciones públicas con un criterio formal, además de apartarnos del concepto funcional de funcionario, implicaría dejar al margen multitud de casos en que la Administración utiliza técnicas organizativas privadas. También MIR PUIG, C., *Delitos*, p. 27, defiende que no es descabellado plantear la posible comisión de los delitos comprendidos en el Título XIX al ámbito de las empresas públicas bajo régimen de derecho privado, evitando así que la “huida del Derecho administrativo” llevara aparejada una “huida del Derecho penal”.

³⁶⁶ En este sentido se manifestó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 05-02-93, al declarar que “si bien estas sociedades de ente público adoptan externamente y frente a terceras personas una forma personificada de carácter privado, *ad intra*, tanto en sus relaciones con su Ente público matriz, como al desarrollo de la función o el servicio que se le ha encomendado e, incluso, las relaciones jurídicas establecidas pertenecen a la órbita del Derecho público, pues de una relación jurídico-pública se trata, al estar gestionando intereses

concepto de funcionario público el personal laboral o contratado que, bien directamente, bien a través de sociedades de participación pública, lleven a cabo actividades propias de la función pública³⁶⁷.

A título de ejemplo hay que mencionar que el Tribunal Supremo entiende que no son funcionarios públicos a efectos penales los Agentes de Aduana, y por consiguiente no cometen delito de malversación cuando se apropian de cantidades entregadas por las empresas de comercio para el pago de los tributos devengados por la importación de productos. Un sector de la doctrina³⁶⁸, sin embargo, no acepta tal posicionamiento y el propio Tribunal Supremo, a pesar de declarar que tales agentes de aduanas no son funcionarios públicos a efectos penales porque actúan simplemente como comisionistas o mediadores entre los particulares y la Administración, en muchas ocasiones estimó que los recaudadores de contribuciones de los Ayuntamientos son funcionarios públicos en sentido penal *precisamente porque intervienen en calidad de intermediarios o mediadores de la Administración*³⁶⁹.

4.2. Títulos de incorporación

La participación en el ejercicio de una función pública, por sí sola, no es suficiente para atribuirle a nadie la condición de funcionario, pues si fuese así, el colaborador espontáneo - por ejemplo quien denuncia un delito o detiene alguien *in fraganti* - de las Administraciones públicas debería ser considerado funcionario público³⁷⁰. Es imprescindible, además, que ese ejercicio se base en alguno de los títulos habilitadores

públicos y colectivos. Lo que representa que, aunque en aquella gestión utilicen los medios más ágiles del *ius privatum*, lo que están ejerciendo es una función pública.

³⁶⁷ En este sentido: RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 45. Asimismo el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 27-01-2003, estimó que no es obstáculo para ostentar la condición de funcionario público a efectos penales el que la causa de ese nombramiento por autoridad competente se encuentre en un contrato laboral.

³⁶⁸ En el mismo sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 67; MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p.1892.

³⁶⁹ En esta dirección: STS de 04-12-96 y 30-12-96.

³⁷⁰ Con razón CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 69-70, entiende que es bastante discutible la resolución del Tribunal Supremo de 06-06-89 que condenó como autor de un delito de malversación impropia al sujeto que, aprovechándose de que un conocido (regente de una Administración de Lotería) le había dejado de hecho encargado de la gestión de la citada Administración, sustrae diversas cantidades. En su opinión, tal interpretación “nos retrae a la época romana en que se castigaba por malversación a cualquier persona que sustrajera caudales públicos, con entera independencia de la cualidad personal del sujeto. El simple hecho de deja momentáneamente encargado por el regente a un individuo de la Administración de Lotería, no puede fundamentar la asunción por parte de este último de un deber con la Administración equiparable al del funcionario público. Por ello, entiendo que en tales supuestos, el sujeto debería de responder, no por malversación, sino por apropiación indebida”.

señalados por el Código. Ambos aspectos han de darse *forzosamente* para que se pueda hablar de funcionario, pues no es suficiente la obtención de un título que lo legitime a participar sino que insoslayablemente es menester que fácticamente se verifique. *Título y participación efectiva*, por tanto, son los elementos constitutivos del concepto penal de funcionario y uno sin el otro no le atribuyen la cualidad de funcionario³⁷¹.

En cuanto al título, se ha discutido en la doctrina si el Código penal contiene tres fuentes de incorporación - *ley, elección y nombramiento* - o una sola: la ley. Para un sector minoritario las tres fuentes de incorporación pueden reducirse a sólo una: la disposición inmediata de la ley, dado que fuera de la legalidad no es concebible que pueda adquirirse la condición de funcionario³⁷². La posición dominante, sin embargo, considera que el artículo 24 del Código penal contiene tres títulos diferentes e independientes, pues lo que expresa son los orígenes *inmediatos* de la investidura del funcionario, ya que por imperativo del artículo 103 de la Constitución todo acto de la Administración debe respetar la legalidad³⁷³.

Respecto al significado del término <ley> hay que entenderlo en sentido estricto como aquellas leyes formales emanadas del Poder Legislativo, puesto que entender que abarca también otras disposiciones de rango inferior implicaría realizar una interpretación extensiva, o lo que es lo mismo, una extensión de la responsabilidad criminal, en perjuicio del reo. Efectivamente, la posición mayoritaria se decanta por interpretar el significado de la expresión <ley> en sentido estricto, pero sin que ello signifique entender que el nombramiento deba ser impuesto directamente por ella, sino también cuando la ley le otorga la cualidad de funcionarios a los que acceden a determinados cargos, siendo nombrados éstos por un decreto, un reglamento o incluso una orden ministerial³⁷⁴.

³⁷¹ En el mismo sentido: COBO DEL ROSAL, *Examen*, p. 224; QUERALT JIMÉNEZ, *Concepto*, p. 485; VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones*, p.493, afirma que no estamos en presencia de dos requisitos para adquirir la condición de funcionario – participación en el ejercicio de funciones públicas y uno de los títulos habilitadores referidos por la ley – “sino que ambos convergen en uno, cual es la exigencia de una relación jurídica entre el sujeto y la organización estatal”. En contra, entendiendo que el concepto penal es más amplio, porque la persona que circunstancialmente colabora en la función pública puede ser considerado funcionario público a efectos penales: COBO DEL ROSAL, *Examen*, p. 237-239; ALONSO PÉREZ, *Concepto*, p. 36.

³⁷² MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 830; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 163; CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal*, p. 1051.

³⁷³ En este sentido: MIR PUIG, C., *Delitos*, p. 25; COBO DEL ROSAL, *Examen*, p. 224; ORTS BERENGUER, *Comentarios*, p. 438; QUERALT JIMÉNEZ, *concepto*, p. 487; ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 44; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 100.

³⁷⁴ En esta dirección, entre otros: QUERALT JIMÉNEZ, *Concepto*, p. 487, para quien “a lo más a que se puede llegar es a equipar ley a normas con fuerza de ley, es decir, ley formal y ley material, estatal o autonómica; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. 1126; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 101. Ya

Por <elección> se debe entender los ciudadanos elegidos por sufragio directo o indirecto, de modo que posibilite, por ejemplo, que los miembros de Claustros de las Universidades sean considerados funcionarios, una vez que también participan en el ejercicio de funciones públicas pese a que no son elegidos a través de un sistema universal. Y para tal interpretación hay que observar que el legislador de Código penal de 1995 suprimió el adjetivo <popular> relativo a las elecciones, técnica que según ROCA AGAPITO³⁷⁵ “permite la inclusión, dentro del concepto de funcionario público a efectos penales, supuestos que difícilmente podrían serlo”: de aquellos funcionarios que lo son por elección, aunque ésta sea secundaria o incluso terciaria, en tanto, evidentemente, esté regulada por norma legal³⁷⁶.

Finalmente, en cuanto al <nombramiento>, surgió con la vocación de conferirle la cualidad de funcionario público, a efectos penales, a los sujetos que eventualmente participaban en tareas públicas en razón de la libre designación o, lo que es lo mismo, aquellos que actualmente se les da en llamar *personal de confianza política*. Es decir, el legislador se refiere a los cargos de libre designación, o sea, a aquellas personas que acceden a la función pública sin haber concurrido a la correspondiente oposición o concurso³⁷⁷. Y el nombramiento debe ser realizado necesariamente por quien tenga carácter de autoridad competente, la cual debe estar amparada en una ley como origen mediato³⁷⁸. De todas formas, es obvio que no se exige la correspondiente previsión presupuestaria para que la autoridad pueda nombrar a alguien funcionario mediante libre

OLAIZOLA FUENTES, *Concepto*, p. 77, observa que de optarse por la interpretación restrictiva, “cabe decir que la incorporación por decreto u orden ministerial constituye una forma de nombramiento por la autoridad competente”; VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones*, p. 453, según la cual, como ya se manifestó el TS reiteradas veces, el principio de legalidad no es impedimento para que la ley remita a disposiciones de rango inferior a los solos efectos de desarrollarla. “Disposición inmediata de la ley” es una fórmula jurídica, una *fictio iuris*, que contempla cómo un funcionario constituye su relación con el Ente al que se incorpora. La citada expresión se refiere a la resolución u Orden ministerial que se publica en el *B.O.E.* indicativa de un nombramiento legal. Sólo una vez obtenido este título y tomado posesión del cargo el funcionario inicia una relación jurídica con la Administración.

³⁷⁵ ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 102.

³⁷⁶ En este sentido: QUERALT JIMÉNEZ, *Concepto*, p. 488, según el cual “dado que el derecho de sufragio se regula por ley, sólo podrán considerarse válidas a efectos de atribuir la condición de funcionario público a efectos penales aquellas elecciones que estén reguladas por una norma de dicho rango”.

³⁷⁷ VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones*, p. 457; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 103.

³⁷⁸ OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 634. MIR PUIG, Carlos, *Delitos*, p. 25, defiende que dicha disposición legal mediata ha de tener el carácter de Ley Orgánica (art. 81.1 CE).

designación, pues el sueldo de estas personas no deriva necesariamente o directamente del Presupuesto General del Estado³⁷⁹.

Según estima correctamente el Tribunal Supremo, no cabe alegar la naturaleza del contrato a través del que se le nombró para ejercer la función pública³⁸⁰. Por ello, cabe comprender en la categoría penal de funcionario por nombramiento de Autoridad competente a los funcionarios de empleo, que a su vez engloba a los funcionarios interinos, los contratados y temporales³⁸¹.

4.3. La cuestión del funcionario de hecho

La doctrina define el denominado funcionario de hecho como aquel que ejerce determinadas funciones públicas de forma irregular, en razón de faltar algún requisito fundamental para hacer de él un funcionario de derecho. A efectos penales, sin embargo, suelen distinguirse dos hipótesis. Por una parte a aquellos particulares que asumen una función pública por libre iniciativa o no, en el cual falta el título habilitador y por lo tanto no se puede equipararlos a funcionario a efectos penales; de otra, aquellos que nombrados legítimamente, no reúnen las condiciones exigidas por la ley para tal nombramiento. En este caso, a diferencia de lo que ocurre en el primer supuesto, la persona congrega las dos únicas condiciones exigidas por la ley penal para ser considerado funcionario: el nombramiento por autoridad competente y efectiva participación en el ejercicio de las funciones públicas. Así, en tanto no se anule el nombramiento, el funcionario recibe la misma protección que si fuera legítimo, y contrae iguales responsabilidades por delitos específicos de los funcionarios o por aquellos en que la calidad de tal determine la imposición de una pena más grave³⁸². Así, más que de funcionario de hecho, en este

³⁷⁹ En este sentido: VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones*, p. 457. En el sentido contrario: QUERALT JIMÉNEZ, *Concepto*, p. 489, para quien “es evidente que si se trata de un funcionario cuya retribución corre a cargo del erario público sólo lo podrá nombrar si existe previsión presupuestaria para su retribución”.

³⁸⁰ STS de 11-10-93 y 25-01-94.

³⁸¹ En el mismo sentido: VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones*, p. 458. En sentido contrario: MIR PUIG, S., *Nombramientos ilegales*, p. 315, para quien no constituyen actos de nombramiento los de contratación por la Administración de personal laboral: “aunque existan argumentos para considerar funcionarios a quienes se hallan vinculados con la Administración por un contrato administrativo, y pese a la naturaleza jurídica de este contrato, su contratación no constituye nombramiento en sentido propio”.

³⁸² La doctrina dominante entiende que según este supuesto se le debe atribuir la condición de funcionario público a aquel que participe del ejercicio de funciones públicas. En este sentido: RODRÍGUEZ DEVESA,

supuesto se puede hablar mejor de *funcionario de derecho a efectos penales*, pues, efectivamente reúne todos los requisitos exigidos por el artículo 24 del Código penal³⁸³.

El hecho de que los nombramientos ilegales deben ser anulados, produciendo efectos *ex tunc*, no puede conducir a la falsa conclusión de que el agente estaría siendo punido por algo inexistente. Eso es sólo apariencia, pues la anulación del nombramiento no es causa extintiva de la punibilidad. En otras palabras, la nulidad con efectos *ex tunc* no deja de ser una ficción jurídica limitada prácticamente a las relaciones internas de la Administración.

El Tribunal Supremo, en el conocido caso Juan Guerra³⁸⁴, declaró la absolución al entender que no concurría en él la cualidad de funcionario público, como lo había hecho anteriormente, puesto que considerar como funcionario a efectos penales aquellas personas contratadas por los directivos de organismos estatales y paraestatales implicaría una extensión analógica del art. 119 CP (actual 24), y por tanto, contraria al principio de legalidad³⁸⁵. Sin embargo, en otra oportunidad entendió³⁸⁶ que “están en el área normativa

Derecho Penal, p.1127; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 161-162: “aquellos que nombrados o elegidos legítimamente no reúnen las condiciones necesarias para ello, que se les considera funcionarios en tanto no se ponga término a la anómala situación, pues la cualidad de tal la determina la *incorporación* a la actividad”; OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 638, para quien la falta de cumplimiento de un requisito meramente administrativo no impide la consideración de funcionario público, si ello “no le privó del ejercicio efectivo del cargo ni del consiguiente manejo de fondos públicos”. En el sentido contrario: ORTOS GONZÁLES, *Usurpación*, p.73, para quien adolece de un defecto esencialmente invalidante de su título de incorporación, faltando, por lo tanto, uno de los requisitos exigidos por el Código Penal para ser considerado como funcionario; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoridad*, p.711, para quien en este caso el sujeto será funcionario a efectos penales, mientras no se ponga fin a la situación irregular, al margen de las responsabilidades de toda índole en que puedan incurrir el propio funcionario de hecho y quien le nombró”; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *Delitos*, p. 350, “la propia letra de la ley opone conceptualmente al funcionario que ejercita incorrectamente su función y a que obrando como particular usurpa. Trayendo esa idea al terreno que nos interesa, diríamos, en definitiva, que en el planteamiento del legislador la asunción *contra legem* de las funciones públicas impide que surjan las situaciones jurídicas extrapenales de deber y de poder a que las que asocia el desvalor típico de los delitos del Título XIX, Libro II, del Código Penal”. CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal*, p. 1052, sin embargo, entienden que “se incluyen a los denominados funcionarios de hecho, es decir los nombrados por autoridad competente pero sin reunir aquellos los requisitos que el cargo requiere. Sin perjuicio de las responsabilidades en que incurra la autoridad que defiere el nombramiento, el funcionario <de facto> mientras se encuentre en activo puede ser sujeto activo de los delitos que examinaremos”; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 69-70, a pesar de entender que el artículo 24 CP supone una garantía limitadora del concepto penal de funcionario y de autoridad, estima que en la malversación impropia (art. 435.1 CP) se puede responder como autor aunque haya sido informalmente encargado de la custodia de caudales públicos; RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 46.

³⁸³ En el mismo sentido: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 105.

³⁸⁴ Sentencia de 24-10-96.

³⁸⁵ Sentencia de 23-02-90.

³⁸⁶ Sentencia de 30-09-92.

del art. 119 (actual 24) del CP los llamados funcionarios de hecho que desempeñan una función pública, aunque no reúnan todas las calificaciones o legitimaciones requeridas”.

4.4. Concepto de autoridad

Finalmente, cumple analizar el concepto de autoridad³⁸⁷, que constituye una novedad introducida por el legislador de 1995, ya que el Código penal derogado hacía referencia únicamente a <funcionario público> como sujeto activo de la malversación. En la doctrina es unánime el entendimiento de la superfluidad de la inclusión ya que el concepto de autoridad se encuentra en una relación de especie-género respecto al de funcionario, resultando pues prácticamente imposible imaginar una autoridad que a la vez no sea funcionario³⁸⁸. Por lo que, y aunque haya quién piense de forma distinta³⁸⁹, la distinción entre autoridades y funcionarios no deja de ser en cierto modo artificial³⁹⁰. De todos modos, la autoridad se diferencia del funcionario por poseer las características de <tener mando> o <ejercer jurisdicción> propia por sí sólo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado.

³⁸⁷ El concepto de autoridad a efectos penales también se caracteriza por las notas de autonomía y exclusividad, una vez que el artículo penal empieza aduciendo que “a los efectos penales...”.

³⁸⁸ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoridad*, p. 710.

³⁸⁹ En este sentido OLIVEROS ROSELLÓ, para quien es más respetuoso con el principio de legalidad la inclusión expresa de la mención de la autoridad, pues “pretender incluir a las hoy descritas como autoridades, en el actual art. 24, dentro del concepto de funcionario era una interpretación forzada”. Asimismo para HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Malversación*, p. 1454, el único sentido de la mención expresa estriba en la búsqueda del legislador de un mayor respeto al principio de legalidad.

³⁹⁰ En esta dirección, entre otros: GONZÁLEZ CUSSAC, *La prevaricación*, p.20; RODRÍGUEZ DEvesa, *Derecho penal*, p. 1127: “indudablemente, son también funcionarios públicos las autoridades, las cuales pueden coetáneamente revestir el carácter de funcionarios administrativos o no”; QUERALT JIMÉNEZ, *Concepto*, p. 493: “para ser *autoridad* se ha de ser, al mismo tiempo, *funcionario público a efectos penales*, es decir, poseer la habilitación que la ley penal exige y participar en funciones públicas”; COBO DEL ROSAL, *Examen*, p. 244: “sin duda, <autoridad> es funcionario público desde el momento que participa en el ejercicio de la función pública”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 108: “La relación entre ambos conceptos se puede equiparar, utilizando un símil gráfico, a la que existe entre dos círculos concéntricos, siendo el radio menor el concepto de autoridad y el radio mayor el concepto de funcionario”. En varias oportunidades también el Tribunal Supremo ha reconocido el carácter previo de funcionario al de autoridad, como por ejemplos en las Sentencias de 8/2/1993 y 24/2/1995. En contra se posiciona OLIVEROS ROSELLÓ, para quien es “más respetuoso con el principio de legalidad la inclusión expresa de la mención de la autoridad junto al funcionario público como sujetos activos de la conducta, pues pese a que el *Derecho penal* opera con sus propios conceptos, es notorio que pretender incluir a las hoy descritas como autoridades, en el actual art. 24, dentro del concepto de funcionario era una interpretación forzada”; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *El delito de prevaricación*, p. 1515: “si bien no todo funcionario público a efectos penales es autoridad, toda autoridad a esos mismos efectos es funcionario público”. MUÑOZ CUESTA, *Malversación*, p. 1571, para quien la inclusión es superflua porque es evidente que toda autoridad participa en la función pública.

Por <tener mando> hay que entender la capacidad de disponer, obligando con ello a otros ciudadanos, ostentando por tanto la consiguiente capacidad para imponer el cumplimiento de lo ordenado en el ámbito público³⁹¹. En virtud de este concepto exactamente se distingue al mero funcionario que no está revestido de dicho *imperium*, el cual no añade ningún plus jurídicamente valorable a los asuntos que tramita o gestiona.

En cuanto al <poder de mando>, DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO³⁹² entiende que “se refiere a una actividad más autoritaria y que simplemente se podría definir por la capacidad de dictar órdenes vinculantes”. No obstante, la doctrina³⁹³ ha especificado varios otros aspectos. El primero es el poder coactivo, entendido como *coerción jurídica*, dado que la coerción física presupone necesariamente la jurídica. De no ser así, estaríamos ante una vía de hecho, difícilmente ejercitable por la autoridad como tal. El segundo, la potestad de reclamar obediencia, reflejada en el hecho de que el incumplimiento del mandato de una autoridad pueda dar lugar a un delito de desobediencia (art. 410 CP). Por último, la capacidad de decisión. Ahora bien, salvo que la ley prevea expresamente, la potestad de mando queda reducida al ámbito interno, a la relación jerárquica, puesto que en cuanto a la relación externa, debido al deber de ser *erga omnes*, ha de integrarse en la jurisdicción.

En lo que respecta al <ejercicio de jurisdicción>, dicha noción no difiere en modo alguno demasiado de la tenencia de mando, ya que presupone también una potestad muy similar³⁹⁴. Y aunque del art. 24 CP parece desprenderse que con ella se trata de hacer referencia a la potestad de los Jueces y Tribunales para conocer y resolver los asuntos que les son propios, debe ser entendida en un sentido amplio, comprendiéndose así tanto la capacidad de resolución en asuntos judiciales como administrativos³⁹⁵. Además, como la jurisdicción debe ser <propia>, se le niega el carácter de autoridad a quien actúa en virtud

³⁹¹ Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, *Comentarios*, p. 296; RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 40.

³⁹² DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, *Autoridad*, p. 711.

³⁹³ QUERALT JIMÉNEZ *Concepto*, p. 495. El criterio del poder de coacción es defendido por COBO DEL ROSAL, *Examen*, p. 244, que lo ve como indispensable en el concepto de autoridad.

³⁹⁴ RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 40.

³⁹⁵ En este sentido: QUERALT JIMÉNEZ, *Concepto*, p. 498: “no ha de entenderse por jurisdicción únicamente la función de juzgar. Se entiende, en efecto, algo más, a saber, la potestad de resolver los asuntos sometidos a la consideración del funcionario público constituido en autoridad que implique la aplicación del Derecho objetivo”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 111, quien defiende que solamente en el Título XX (Delitos contra la Administración de la justicia) “encaja mejor un concepto estricto de jurisdicción, pero en el título XIX se puede realizar una interpretación en sentido amplio”.

de delegación³⁹⁶. Como pone de manifiesto QUERALT JIMÉNEZ³⁹⁷, quien actúa en virtud de delegación se convierte en agente de la autoridad delegante y consiguientemente se deben considerar las resoluciones como dictadas por ésta. De todos modos, puede que el delegado ya sea por sí autoridad a efectos criminales; en éste caso, no se le puede considerar agente de la autoridad por chocar con la letra de la ley.

La jurisprudencia viene estimando autoridad a los jueces, magistrados, fiscales, jueces de paz, ministros y alcaldes³⁹⁸. En cuanto a la especial referencia a los Diputados, Senadores y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Parlamento Europeo y funcionarios del Ministerio Fiscal, aunque no tengan mando ni ejerzan jurisdicción, la consideración como autoridad deviene del reconocimiento expreso de la ley, la cual no hace una equiparación conceptual sino punitiva. Así, resulta, a nuestro juicio, poco razonable la discusión si dichas personas son o no autoridades a efectos penales³⁹⁹. Ya en el Código anterior la doctrina consideraba <autoridades> a efectos penales la mayoría de quienes ejercen cargos políticos⁴⁰⁰.

Por último, el artículo 24.1 del Código dispone que la autoridad puede ejercer el *mando* o *jurisdicción* por sí sola o “como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado”. Por Tribunal hay que entender los de la Administración de Justicia, ya que los órganos que también reciben dicha denominación, pero no pertenecen al Poder Judicial, quedarían incluidos bajo la nomenclatura de *órgano colegiado*⁴⁰¹. La definición de Corporación nos es facultada por GARCÍA DE ENTERRÍA⁴⁰², según el cual es “un grupo de personas organizadas en el interés común de todas ellas y con la participación de

³⁹⁶ Delegación en el ámbito Administrativo, pues la jurisdicción judicial es indelegable. Precisamente por ello, según ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 112, es que se debe concebir un concepto amplio de jurisdicción, de lo contrario “no tendría sentido el que se añadiese por parte del legislador el adjetivo <propia>”.

³⁹⁷ QUERALT JIMÉNEZ, *Concepto*, p. 499.

³⁹⁸ RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 40.

³⁹⁹ En efecto, para ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 112, “al concepto de autoridad es esencial ejercer jurisdicción o tener mando, cosa que no se ha demostrado que concorra en los parlamentarios”. En cambio, QUERALT JIMÉNEZ, *Concepto*, p. 500-502, estima dichas personas autoridades por que difícilmente pueden concebirse funciones más públicas que las de representar la voluntad popular y también porque su título reside en la propia Constitución.

⁴⁰⁰ Sin embargo, el Código penal de 1995 no hace referencia acerca de los miembros de las Diputaciones, razón por la cual, según OLAIZOLA FUENTES, *Concepto*, p. 84, “habrá de entender que quedan excluidos por la imposibilidad de interpretar analógicamente el Código penal cuando dicha analogía es contra el reo”. De todos modos, los miembros de las Diputaciones se subsumen al concepto de funcionario.

⁴⁰¹ En el mismo sentido: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 115: QUERALT JIMÉNEZ, *Concepto*, p. 502-503.

⁴⁰² GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, p. 369.

las mismas en su administración”. Las corporaciones pueden ser de dos tipos: territoriales y sectoriales de base privada, pero, por lo que al concepto penal de autoridad se refiere, los miembros de ambas clases de corporaciones que tengan mando o ejerzan jurisdicción tendrán la consideración de autoridad.

4.5. Confrontación entre los conceptos penal y administrativo de funcionario público

El párrafo 2º del artículo 24 como supuesto de interpretación auténtica encuentra su razón de ser en dos aspectos: el primero es el de asegurar la fidelidad del intérprete, para que haga una lectura y una aplicación de la norma conforme a los designios del legislador; el segundo, de eliminar diferencias interpretativas sobre la cualidad de funcionario público que pueden venir propiciadas por la necesidad de acudir a otros sectores del ordenamiento jurídico a los solos efectos de determinarla⁴⁰³. Y ello porque, como es sabido, el concepto de funcionario es usado por diversas ramas del ordenamiento jurídico. Con todo, es unánime el entendimiento de que el concepto penal de funcionario no coincide con el del Derecho administrativo, pudiendo decirse, matizaciones al margen, que todo funcionario en sentido administrativo lo es en sentido penal, pero que no todo funcionario en sentido penal lo es en sentido administrativo⁴⁰⁴.

En el ámbito del Derecho Administrativo suelen destacarse los siguientes aspectos respecto del concepto de funcionario: a) nombramiento legal; b) permanencia; c) sueldo; d) prestación de servicios a la Administración⁴⁰⁵. ROCA AGAPITO, con base en el tenor literal de varias leyes que definen quienes son considerados funcionarios de la Administración Pública, concluye que son las siguientes notas características: a) incorporación efectiva, aunque no de forma permanente, a la organización administrativa, b) relación de profesionalidad, según la cual se debe negar la condición de funcionario a aquellos que colaboran desde fuera con la Administración; c) remuneración, aunque tal característica no es en rigor indispensable; d) desempeño de las funciones bajo el régimen del Derecho administrativo.

⁴⁰³ VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones*, p. 442.

⁴⁰⁴ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoridad*, p. 710.

⁴⁰⁵ GUAITA, *Funcionario Público*, p. 497.

Se percibe, así, que tales requisitos, por no coincidir, propician una definición propia de funcionario a efectos penales, la cual goza de autonomía y exclusividad⁴⁰⁶, aunque sólo interpretativa, nunca constitutiva⁴⁰⁷. En definitiva, se puede concluir que el concepto de funcionario a efectos penales es más amplio que el que proporciona el orden administrativo, pues mientras en éste se atiende a condiciones de ingreso, organización, dependencia, inclusión escalafonaria, forma de percepción de haberes y adquisición de derechos pasivos, el Derecho penal se conforma escuetamente con la *participación legítima en el ejercicio de una función pública*⁴⁰⁸. En una palabra, en el concepto penal basta el criterio del encuadramiento en la organización administrativa estatal⁴⁰⁹. Y el motivo por el cual la noción penal es más amplia que la suministrada por el Derecho administrativo se justifica con base a que el Derecho penal dispensa protección a la función pública más allá del campo estrictamente administrativo, dada la diversa finalidad que persiguen esos ordenamientos.

Asimismo la jurisprudencia subraya que la cualidad de funcionario o autoridad a efectos penales no puede subordinarse, ni depender de su vinculación o calificación administrativa, ni de las definiciones contenidas en las normas reguladoras en su relación con la Administración Pública, sino que habrá de atenerse al artículo 24 del Código penal. De acuerdo con la doctrina constante del Tribunal Supremo, el concepto de funcionario público en los términos del art. 24 del Código Penal debe ser fijado por la unión de dos

⁴⁰⁶ Respecto de la característica de la autonomía del concepto de funcionario a efectos penales, subraya COBO DEL ROSAL, *Examen*, p. 241, que “al legislador penal no le interesan tanto los delitos que cometen los funcionarios públicos en el sentido que fuere, como aquellos que se realizan con ocasión del ejercicio de la función pública” ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 87: “La característica de exclusividad rige también para el concepto de autoridad, según se desprende de la propia redacción del artículo 24 CP, que comienza diciendo: <A los efectos penales...>, lo cual implica que dicho concepto no es trasladable a otros campos del Derecho, así como tampoco los conceptos de otras ramas jurídicas pueden ser utilizables en la nuestra”.

⁴⁰⁷ “Se es funcionario público, sólo a los efectos penales si, primero, se participa del ejercicio de funciones públicas y, segundo, si tal actividad se ejercita bien por distinción inmediata de la ley, bien por elección, bien por nombramiento de autoridad competente. Mas hay que tener presente, a) que esta determinación de conceptos utilizada por el precepto responde a una concepción sólo interpretativa, nunca constitutiva, b) que esta definición sólo se refiere, como se ha dicho, a un planteamiento exclusivamente penal, mucho más estricto que el supuesto administrativo en el que por razón del sujeto, de la actividad que se desarrolla y por los destinatarios del trabajo, se origina un mayor ámbito funcional y competencial” (STS de 27-09-91).

⁴⁰⁸ Según RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 44, “se trata de un concepto propio del Derecho penal, independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho Administrativo”. En el mismo sentido: Sentencia del Tribunal Supremo 68/2003, de 27-01-2003 (RJ 2003/1033).

⁴⁰⁹ En este sentido: COBO DEL ROSAL, *Examen*, p. 241; SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 833; ALONSO PÉREZ, *Concepto*, p. 36. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 9.3.92, respecto de funcionario de Sindicato de Regantes, declaró que “en cuanto al carácter de funcionario público, a efectos penales, ha de estarse no ya al régimen estatutario del Derecho Administrativo sino al amplio concepto que da el artículo

notas: a) el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del Derecho Administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal; b) el factor que colorea la definición de funcionario es la participación en funciones públicas. De ello se deriva que a los efectos penales, tan funcionario público es el titular <de carrera> como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona está al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del Derecho Administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas⁴¹⁰. La permanencia no es un requisito indispensable. Así, va a depender sólo del hecho de que una persona se halle participando de forma más o menos permanente, habiendo sido designada para ello, con independencia de los medios o formas por las que haya sido llamada⁴¹¹.

4.6. El sujeto activo en la legislación brasileña

En el ordenamiento jurídico brasileño el sujeto activo del crimen de peculado es el <funcionario público>, cuyo concepto nos es dado pelo artículo 327 del Código penal. Dispone el referido artículo que “es considerado funcionario público, a efectos penales, quien, aunque transitoriamente o sin remuneración, ejerce cargo, empleo o función pública”.

El estatuto penal brasileño optó por un concepto unitario de funcionario público al preferir no distinguir entre <funcionario público> y <encargado de un servicio público>, “una de las nociones más debatidas en el campo penal”⁴¹². En efecto, el Código penal mantuvo la expresión <funcionario público> para designar lo que los administrativistas denominan actualmente de <agente público> o <servidor público>⁴¹³, los cuales, en faz del régimen constitucional (art. 37) pueden ser concursados, ocupantes de cargos o empleos en comisión y servidores temporarios.

119 (actual 24) del CP, mucho más extenso puesto que a su tenor no hay que atender al estatuto personal del sujeto sino al carácter de su función pública cualquiera que sea la forma de su nombramiento”.

⁴¹⁰ STS de 23-12-2004, 21-07-2005 y 12-12-2005.

⁴¹¹ Cfr. STS de 01-02-95 y 30-12-96.

⁴¹² NUVOLONE citado por PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 21.

⁴¹³ Observa BATTOCHIO CASOLATO, *Código penal*, 90, que la expresión “funcionario público” no es, decididamente, de aquellas cuyo concepto venga despida de divergencias. En la doctrina administrativa se encuentra términos que bien merecerían la calificación de “paralelos”, como *servidores* y *agentes públicos*. Así, cabía al legislador penal contornear tales controversias. Fue lo que buscó hacer: para el Código, y en el

En la doctrina es tranquilo que con tal dispositivo quiso el legislador adoptar un sentido más amplio posible, con la finalidad de resguardar mas efectivamente la Administración Pública y evitar las divergencias y controversias existentes en el ámbito del Derecho Administrativo⁴¹⁴. De manera que el concepto de funcionario público a efectos penales abarca todas las personas que ejercen cualquier actividad con las finalidades propias del Estado, aunque extrañas a la Administración y sin remuneración, puesto que el artículo 327 expresamente dispensa los requisitos de permanencia y remuneración.

Y hay consenso de que el legislador hizo bien al conceptualizar ampliamente el elemento normativo del tipo <funcionario>, ya que en el ámbito del Derecho Administrativo se advierte sobre la imposibilidad de una definición apurada⁴¹⁵.

El artículo tercero de la ley 8.112/90 define “cargo público” como “el conjunto de atribuciones y responsabilidades previstas en la estructura organizacional que deben ser cometidas a un servidor”. El párrafo único dispone que “los cargos públicos, accesibles a todos los brasileños, son creados por ley, con denominación propia y sueldo pago por las arcas públicas, para nombramiento en carácter efectivo o en comisión”. En la doctrina, “cargo público” es definido como el establecido por ley, con denominación propia, en número determinado de puestos y cuya actividad es remunerada por los cofres públicos⁴¹⁶.

La expresión <empleo público> dice respecto al régimen jurídico al cual se somete el funcionario, cual sea el regido por la Consolidación de las Leyes del Trabajo

ámbito de aplicabilidad del art. 327, es funcionario público, como se verifica del *caput*, quien ejerce cargo, empleo o función pública, mismo que transitoriamente, mismo que sin remuneración.

⁴¹⁴ Al respecto, observa NORONHA, *Código penal*, p. 210, para quien “el objetivo del Código fue el de evitar las divergencias y controversias existentes acerca del concepto de funcionario público en el ámbito del Derecho Administrativo, ora siendo tomado en sentido amplio, ora restricto; a veces, derivando de la noción de *autoridad*, otras de la función, etc.”; En la misma línea: STOCO, *Código penal*, p. 3924; DAMÁSIO DE JESUS, *Direito penal*, p. 118: “lo que caracteriza la figura del funcionario público, permitiendo distinción con relación a los otros servidores, es la titularidad de un cargo creado por ley, con especificación propia, en número determinado y pago por las arcas del ente estatal a que pertenece. Ese concepto administrativo, con todo, es muy restricto”.

⁴¹⁵ Al respecto: NORONHA, *Direito penal*, p. 211.

⁴¹⁶ En el mismo sentido: MEIRELLES, *Direito administrativo*, P. 397, según el cual “cargo público es el lugar instituido en la organización del servicio público, con denominación propia, atribuciones y responsabilidades específicas y sueldo correspondiente, para ser nombrado y ejercido por un titular, en la forma establecida por la ley”. BANDEIRA DE MELLO, *Curso*, p. 233: “cargos son las más simples y indivisibles unidades de competencia a ser expresadas por un agente, previstas en número cierto, con denominación propia, retribuidas por personas jurídicas de Derecho Público y creadas por ley”; PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 24.

(CLT)⁴¹⁷. Puede ser ejercido tanto a través de un cargo como puede comprender simplemente el desempeño de una función pública. De manera que es superfluo el término <empleo público> en el art. 327, una vez que él estará necesariamente vinculado a un cargo o función pública, de la misma forma que el <funcionario estatutario>⁴¹⁸.
Temporal

Sin embargo, la noción de funcionario público a efectos penales, según la doctrina mayoritaria, es establecida con base en el *criterio objetivo*⁴¹⁹, el cual se contenta con un único requisito, cual sea, para que alguien sea considerado funcionario público basta que ejercite una función pública⁴²⁰. Se dice que el concepto de funcionario a efectos penales deviene de la noción amplia de <función pública>, que “es el conjunto de atribuciones a las cuales no corresponde un cargo o empleo”⁴²¹ o “cualquier actividad que realiza fines propios del Estado, aunque ejercida por personas extrañas a la Administración Pública”⁴²². En ella se encuadra desde el Presidente de la República hasta el *office-boy* de la repartición pública, bastando que ejercite actividades hechas al interés público⁴²³. De manera que no es necesario que el agente sea <funcionario público> sino que ejerza de alguna manera <función pública>, con lo que cualquier persona, aunque no tenga empleo o

⁴¹⁷ Para BATTOCHIO CASOLATO, *Código penal*, p. 91-92, “por empleo público se debe entender el vínculo de trabajo que el Estado establece con el sujeto, contratándolo para el desempeño de servicio transitorio, bajo un contrato en régimen especial o en los moldes de la Consolidación de la Leyes del Trabajo”.

⁴¹⁸ En el mismo sentido: FELICIANO, *Reforma penal*, p. 61.

⁴¹⁹ Respecto de ello, observa FRAGOSO, *Lições*, p. 405, amparado en la lección de MAGGIORE, que función pública “es toda actividad que realiza los fines propios del Estado, mismo cuando ejercida por personas extrañas a la Administración Pública. La publicidad de la función es, así, avalada *objetivamente*, haciendo abstracción de las personas que en ella son investidas. Lo que cuenta no es la cualidad del sujeto, público o privado, pero, la naturaleza de la función. Si esta es tal que el sujeto forme o concurra para que se forme la voluntad del Estado para la obtención de fines públicos, quien en ella está investido se transforma en órgano de la Administración Pública y, solamente por eso, se torna funcionario público”.

⁴²⁰ COSTA JÚNIOR, *Direito penal*, p. 982-983. Referido autor observa aún que “es el ejercicio de la función pública que caracteriza el funcionario público, según los dictámenes del Código Penal. Poco importa que el ejercicio de la función pública sea permanente o eventual, voluntario u obligatorio, gratuito o remunerado, a título precario o definitivo. Podrá la función resultar de elección, de nombramiento, de contrato o de simples situación de hecho, desde que no se usurpe la función pública”; FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 56: “Importante, mismo, es la noción de función pública. El que desempeña funciones o atribuciones de interés público, recibiendo y ejecutando órdenes emanadas de una autoridad, a efectos penales se encaja en la definición de funcionario público. Tal concepción es decurrente de la tendencia de los modernos códigos represivos en ampliar la noción de servidor público, en vista de ser la noción de función pública más amplia que la de funcionario estatal”.

⁴²¹ DI PIETRO, *Direito administrativo*, p. 420.

⁴²² NORONHA, *Direito penal*, p. 212.

⁴²³ FELICIANO, *Reforma penal*, p. 62; PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 29: “el *prius* lógico de los crímenes funcionales es que el sujeto, en la situación concreta, esté ejercitando una función pública”, pues “podrá suceder que una conducta concreta no tenga cualquier relación con el ejercicio de la función pública”.

cargo junto a la Administración, estará incluida en el concepto de funcionario público⁴²⁴. Y refiriéndose a la función pública de forma genérica, el artículo 327 del CPB incluye todas las esferas de la actividad del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial⁴²⁵.

La “función pública”, por tanto, es género del cual las demás categorías – cargo y empleo público – son especies⁴²⁶. De manera que todo el cargo tiene necesariamente función, pero ni toda función exige el cargo. Como pone de manifiesto HUNGRÍA⁴²⁷, no es propiamente la *cualidad de funcionario* que caracteriza el *crimen funcional*, mas el hecho de que es practicado por quien se encuentra en el ejercicio de la función pública, sea esta permanente o temporaria, remunerada o no, ejercida de forma profesional o no, efectiva o interinamente, o *per accidens*.

En general, ha sido estimado como funcionario a efectos penales: a) estudiante de Derecho que actúan como aprendices junto a la Abogacía Pública (STF: RT 489/427); los funcionarios de la guardia municipal (RT 611/381); la persona encargada de vender los bienes aprendidos por determinación judicial (RTFR 124/186); el perito judicial (STF: RT 556/397). Hasta mismo el guardia-nocturno ya fue considerado como agente público a los fines penales, al argumento de que, pese a que remunerado por particulares, ejerce función pública ligada a la seguridad colectiva (JUTACRIM 29/327).

⁴²⁴ En el mismo sentido: DELMANTO, *Código penal*, p. 649; DAMÁSIO DE JESUS, *Direito penal*, p. 118: “lo que importa no es la cualidad del sujeto, de naturaleza pública o privada, sino la naturaleza de la función por él ejercida”. HUNGRÍA, *Comentários*, p. 401; BENTO DE FARIA, *Código penal*, p. 125; BATTOCHIO CASOLATO, *Código penal*, p. 90

⁴²⁵ Según FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 41, que de acuerdo con el art. 327 CPB y sus párrafos, el concepto de Administración Pública no se limita a las actividades típicas del Poder Ejecutivo y atípicas del Legislativo y Judicial. Es mucho más amplio. Es el Estado el sujeto pasivo inmediato de estos delitos expresivos de la corrupción pública. Mediatemente, la propia sociedad, perjudicada por la disfunción pública. Están, pues, sujetos actos de corrupción definidos como crímenes contra la Administración en general: a) las autarquías y sus agencias; b) las fundaciones del Poder Público; c) las empresas públicas; d) las sociedades de economía mixta; e) las subsidiarias y controladas de esas sociedades; f) las empresas en que la Unión, directa o indirectamente, detenga la mayoría del capital social con derecho al voto; g) las concesionarias y permisionarias de servicios públicos; h) los servicios sociales autónomos.

⁴²⁶ Así se pronunció el Superior Tribunal de Justicia (RT 728/460): “cargo, repiten los administrativistas, es lugar y conjunto de atribuciones confiadas por la Administración a una persona física, que actúa en nombre del Estado. Empleo es el vínculo de alguien con el Estado, regido por las leyes laborales. Función Pública, por su turno, actividad de órgano público que realiza fin de interés del Estado. Se nota, el contenido del artículo 327 engloba todas las modalidades de actuación del Estado. La última categoría – función pública – en esta perspectiva, es género. Los dos casos anteriores, especies. Las funciones son amplias. Alcanza todas las actividades del Estado. Poco importa si legislativa, ejecutiva o jurisdiccional. Permanentes, temporarias, eventuales, es indiferente”.

⁴²⁷ HUNGRÍA, *Comentários*, p. 401.

Ahora bien, no pueden ser consideradas funcionarios públicos aquellas personas que simplemente desempeñan un *munus público*, como ocurre en los supuestos de tutores, curadores dativos, administrador de la falencia, defensor nombrado por el juez, etc.⁴²⁸.

En el caso de crimen relacionado con licitación pública, practicado por servidor público, se aplica el artículo 84 de la Ley de Licitaciones (Ley 8.666, de 21.06.93). Referido artículo equipara a servidor público - de forma aún más dilatada que el artículo 327 del CP – “quien ejerce cargo, empleo o función en entidad paraestatal, así consideradas, además de las fundaciones, empresas públicas y sociedades de economía mixta, las demás entidades bajo control, directo o indirecto, del Poder Público”. Según el Supremo Tribunal Federal, también el Presidente de Asociación o Entidad Clasista Sindical, que en razón de su función, se apropia de cuantía recibida para pago de asociados por fuerza de acuerdo en juicio laboral, responde por delito de peculado (STF-RT 520/461).

4.6.1. El funcionario público por equiparación (art. 327, § 1º, del CPB)

La Ley 9.983, de 14.07.2000 dio nueva redacción al artículo 327, § 1º, del CP, en el afán de legalizar lo que la jurisprudencia venía estableciendo respecto del concepto de funcionario público a efectos penales. Referido apartado equipara a funcionario público a efectos penales “quien ejerce cargo, empleo o función en ente paraestatal, y quien trabaja para empresa prestadora de servicio contratada o convenida para la ejecución de actividad típica de la Administración”.

La ley hace referencia a “entidad paraestatal”, expresión que es objeto de intensa controversia debido a su imprecisión de significado. Según una interpretación restrictiva del precepto, se estima que con el término entidad paraestatal la equiparación sólo se extiende a las Autarquías⁴²⁹. Con todo, la Autarquía integra el organismo estatal y por lo tanto no hay cualquier duda de que sus servidores y dirigentes son equiparados a efectos penales a funcionarios públicos. En efecto, en la doctrina moderna suele encontrarse las

⁴²⁸ En este sentido: MIRABETE, *Manual*, p. 298; DAMÁSIO DE JESUS, *Direito penal*, p. 118; HUNGRIA, *Comentários*, p. 341; FRAGOSO, *Lições*, p. 405. En la jurisprudencia: RT 480/315.

siguientes características respecto de los entes autárquicos: a) creación por ley específica con personalidad de Derecho Público, patrimonio propio, capacidad de auto-administración bajo control estatal y desempeño de atribuciones públicas típicas⁴³⁰.

En verdad el término <entidad paraestatal> fue introducido en el Derecho Administrativo brasileño con el propósito de comprender las personas jurídicas de derecho privado, criadas por ley o de creación autorizadas por ley, constituidas por patrimonio público o mixto, con el fin de concretización de actividades o servicios de interés social, bajo control del Estado. O sea, a las empresas públicas, Sociedades de Economía Mixta y Fundaciones instituidas por el Poder Público. Ocurre que en razón de los cambios introducidos en la Constitución por la Alteración Constitucional 19/98, un sector de la doctrina⁴³¹ pasó a usar la designación <empresas estatales> o <empresas gubernamentales> para referirse *in genere* a las Empresas Públicas, Fundaciones y Sociedades de Economía Mixta⁴³², reservando aquella denominación (paraestatal) exclusivamente a los *entes de cooperación* (SENAI, SENAC, SESC, SESI).

En mi opinión, debido a la gran divergencia respecto del concepto <paraestatal>, se debe dar a la expresión el significado decurrente de la propia letra de la ley. Es decir, el significado que le confiere el Supremo Tribunal Federal⁴³³, según el cual la interpretación de lo que sean las entidades paraestatales debe realizarse con base en el § 2º del art. 327, en

⁴²⁹ En el mismo sentido: NORONHA, *Direito penal*, p. 212; HUNGRIA, *Comentários*, p. 403; FRAGOSO, *Lições*, p. 405.

⁴³⁰ El Decreto-ley n.º 200/67 define las autarquías de la siguiente forma: “el servicio autónomo, creado por ley, con personalidad jurídica, patrimonio y ingresos propios, para ejecutar actividades típicas de la Administración Pública, que requieran, para su mejor funcionamiento, gestión administrativa y financiera descentralizada”. Para BANDEIRA DE MELLO, *Curso*, p. 147, autarquías son “personas jurídicas de Derecho Público con capacidad exclusivamente administrativa”; Para MEIRELLES, *Direito administrativo*, p. 333-334, “autarquías son entes administrativos autónomos, criados por ley específica, con personalidad jurídica de Derecho Público interno, patrimonio propio y atribuciones estatales específicas. Son entes *autónomos*, pero no son *autonomías*. Inconfundible es *autonomía* con autarquía: aquella legisla para sí; esta administra a sí propia, según las leyes editadas por la entidad que las hayan creado. Son consideradas autarquías especiales o bajo régimen especial las denominadas <agencias reguladoras>, creadas con la finalidad de disciplinar y controlar ciertas actividades, como por ejemplo la ANEEL, ANTT, ANTAQ, ANCINE, ANP, ANVISA, ANA.

⁴³¹ En el mismo sentido: MEIRELLES, *Direito Administrativo*, p. 349: “esta hoy aceptado, incluso en virtud de las normas constitucionales, que las fundaciones, empresas públicas y sociedades de economía mixta integran la Administración indirecta del Estado. Así, si integran la Administración indirecta del Estado, no pueden estar al lado de este, como entes paraestatales; BANDEIRA DE MELLO, *Curso*, p. 180, según el cual “el rasgo nuclear de las empresas estatales, esto es, de las empresas públicas y sociedades de economía mixta, reside en el hecho de ser coadyuvantes de menesteres estatales”.

⁴³² Sobre la definición de Empresa Pública, Sociedades de Economía Mixta y Fundaciones Pública, véase: BANDEIRA DE MELLO, *Curso*, p. 169-184; MEIRELLES, *Direito administrativo*, p. 345-362.

⁴³³ STF, RTJ 103/869.

el cual expresamente se refiere a las “Fundaciones instituidas por el Poder Público, Empresas Públicas y Sociedades de Economía Mixta”⁴³⁴.

Son ejemplos de empresas públicas la Caja Económica Federal (CEF) y la Empresa Brasileña de Correos y Telégrafos (EBCT)⁴³⁵. Sus funcionarios, por tanto, son equiparados a efectos penales, aunque haya divergencia respecto de los funcionarios de empresas que tienen el derecho de uso de la marca EBCT⁴³⁶. También es equiparado a funcionario público el agente que, mismo siendo empleado de empresa de seguridad, aprovecha de la condición de vigilante en la Empresa Brasileña de Correos y Telégrafos (EBCT) y hurta objetos del interior de las cartas⁴³⁷.

En la jurisprudencia, algunos tribunales no han admitido el Banco del Brasil como entidad paraestatal, pese a que sea una sociedad de economía mixta⁴³⁸. Pero, acertadamente el Supremo Tribunal Federal ya consolidó el entendimiento en el sentido de que el empleado de Empresa Pública o de sociedad de economía mixta está equiparado, a efectos penales, al funcionario público⁴³⁹.

La ley hace referencia también al trabajador de empresa que presta servicio para ejecución de actividad típica de la Administración, alargando considerablemente el campo de aplicación del dispositivo. Entre las actividades típicas de la Administración se insiere la Salud, Educación, Transporte, Seguridad, etc. Pero, como pone de manifiesto BITENCOURT⁴⁴⁰, el término <actividad típica> de la Administración exige examen más apurado y seguramente no serán aquellas actividades típicas de la iniciativa privada, tales

⁴³⁴ En la doctrina, tal entendimiento es adoptado por BATTOCHIO CASOLATO, *Código penal*, p. 98; PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 25, según los cuales “esta es la única interpretación aceptable”, pero, cuando los funcionarios de tales entes desenvuelvan actividades disciplinadas por normas de Derecho público; NUCCI, *Código Penal comentado*, p. 1031.

⁴³⁵ La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal es en el sentido de que caracteriza el delito de peculado y no la de apropiación indebida la conducta de “apropiación de dinero perteneciente a la Empresa Brasileña de Correos y Telégrafos, practicada por empleado de la mencionada entidad en el ejercicio de sus funciones” (STF-RTJ-103-869).

⁴³⁶ Según el STJ, los empleados de las empresas franqueadas de la EBCT no son equiparados a funcionarios públicos a efectos penales: RT 783/602. El posicionamiento preponderante, con todo, es en el sentido de que después de la nueva redacción del artículo 327, § 1º, dada por la ley 9.983/2000, no cabe más duda de que los funcionarios de las empresas franqueadas de la EBCT son funcionarios públicos a efectos penales. En este sentido: TRF-4aR, DJU de 31.03.2004, p. 545; TRF-4aR., DJU de 02.04.2003, p. 788.

⁴³⁷ RT 771/721

⁴³⁸ RT 513/451; RT 591/330.

⁴³⁹ RT 566/406.

⁴⁴⁰ BITENCOURT, *Tratado*, p. 447.

como industria, comercio, prestación de servicios en general, etc. O sea, referido dispositivo debe ser interpretado de forma restringida, para comprender solamente los funcionarios de las empresas del sector privado que ejecutan actividad <de la> Administración y no <para> ella⁴⁴¹.

Las empresas privadas pueden prestar servicios de la Administración a través de <contrato> o <Convenio>. Contrato es una especie de ajuste realizado entre la Administración y terceros en el cual, por fuerza de la ley, de cláusulas pactadas o de la clase de objeto, la permanencia del vínculo y las condiciones preestablecidas se sujetan a modificables imposiciones del interés público⁴⁴². El Convenio no tiene naturaleza contractual sino simplemente de cooperación, puesto que los intereses en ello son convergentes⁴⁴³, pero, por fuerza de la Ley, sus empleados son equiparados a funcionarios públicos a los fines penales⁴⁴⁴. Ya con relación al <Consortio> lo que le distingue del Convenio es que este es celebrado entre personas jurídicas de especies diferentes y aquel sólo lo es entre entidades de la misma especie. Así, los funcionarios que actúan en el proyecto objetivado por el pacto firmado entre las esferas de la Administración son funcionarios típicos y no simplemente por equiparación.

En suma, a los efectos penales son considerados funcionarios públicos, independientemente de la forma de admisión, las personas físicas que *ejercen* cargos o funciones, en carácter permanente o transitorio, remunerado o no, en la Administración directa o indirecta de la Unión, Estados-Miembros y Municipios, y, aún, los empleados de las empresas privadas, permisionarias o concesionarias, prestadoras de servicios contratados o participantes de Convenio, para ejecución de actividad típica de la Administración Pública⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ En el mismo sentido: DAMÁSIO DE JESUS, *Direito penal*, p. 121, según el cual “si la actividad es aprovechada por la comunidad (el servicio es *de la* Administración, aunque realizado indirectamente por particulares), son equiparados a funcionarios públicos a efectos los sus prestadores; si la actividad, con todo, es destinada a atender la demanda de la propia Administración (el servicio es para la Administración), no son equiparados los funcionarios de la empresa privada contratada”.

⁴⁴² BANDEIRA DE MELLO, *Curso*, p. 573-574.

⁴⁴³ Respecto de los <Convenios Administrativos>, véase MEIRELLES, *Direito administrativo*, p. 387.

⁴⁴⁴ En el mismo sentido: STOCO, *Código penal*, p. 3930; PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 26.

⁴⁴⁵ STOCO, *Código penal*, p. 3931-3932.

Ahora bien, par una corriente doctrinaria la equiparación é realizada con objetivos exclusivamente penales y sólo para los casos en que los funcionarios sean *sujetos activos* de crímenes. No se aplica, por lo tanto, en los supuestos en los cuales el funcionario es víctima, como, por ejemplo, de un desacato⁴⁴⁶. Los que así piensan se apoyan en la posición topográfica del artículo 327 CPB, esto es, para que la equiparación del § 1º del referido artículo fuese aplicable incluso para los supuestos en que el funcionario figurase como ofendido, habría de figurar como norma general del Título XI, y no sólo del respectivo Capítulo I. Pensamos, con todo, que no hay razón para entender que el *caput* del artículo 327 del CPB se aplica a todo el Código Penal y otras leyes penales y restringir el alcance del § 1º. Como pone de manifiesto FRAGOSO⁴⁴⁷, los argumentos presentados a favor de esa limitación no convencen, una vez que “ella contrasta claramente con el sentido y el alcance del precepto legal”.

4.6.2. Causa de aumento de pena (art. 327, § 2º, CPB)

De acuerdo con el artículo 327, § 2º, del Código penal brasileño, cuando el peculado es practicado de forma dolosa, por aquellos que ocupan cargos en comisión o de función de dirección o asesoramiento de órganos de la Administración directa, sociedad de economía mixta, empresa pública o fundación instituida por el Poder Público, la pena es aumentada en una tercera parte. El legislador, aquí, prefirió ser explícito, no haciendo mención a <entidades paraestatales>, cuyo concepto, como visto, no encuentra unanimidad en la doctrina.

De la lectura del referido apartado, no cabe duda cuanto a un aspecto, cual sea, que la equiparación dice respecto sólo a los crímenes practicados por funcionarios públicos contra la Administración en general, cuando la pena es aumentada en una tercera parte⁴⁴⁸.

Pero para un importante sector doctrinario (según el cual el § 1º se refiere solamente a los funcionarios de autarquías) el apartado segundo del art. 327 del CPB encierra no sólo una causa de aumento de pena como también una causa de equiparación.

⁴⁴⁶ En este sentido: NORONHA, *Direito penal*, p. 214; HUNGRIA, *Comentários*, p. 404; DAMÁSIO DE JESÚS, *Direito penal*, p. 122. BATTOCHIO CASOLATO, *Código penal*, p. 103; PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 26. En la jurisprudencia: RT 564/356.

⁴⁴⁷ FRAGOSO, *Lições*, p. 407.

Vale decir, el § 2º equipararía a funcionario público, a efectos penales del artículo, *solamente* aquellos agentes ocupantes de cargos en comisión o de función de dirección o asesoramiento en sociedad de economía mixta, empresa pública o fundación instituida por el Poder Público. En este sentido se posicionan autores como FRAGOSO⁴⁴⁹, PAGLIARO y COSTA JÚNIOR⁴⁵⁰, DAMÁSIO DE JESUS⁴⁵¹.

A mi juicio, la razón está con el sector que defiende el § 2º del artículo 327 del CP encierra una causa especial de aumento de pena, nada más que eso. Causa especial de aumento de pena aplicable tanto al funcionario público propiamente dicho como al funcionario público por equiparación. Así, todos los funcionarios de los entes referidos en el § 2º están equiparados a funcionarios públicos a efectos penales, *pero la causa de aumento sólo es aplicable a los allí expresamente indicados*. O sea, todos los funcionarios de las entidades indicadas en el § 2º del art. 327, ejerzan posición de comando o no, son funcionarios públicos a efectos penales; la causa de aumento, sin embargo, se les aplica sólo a aquellos que ocupan cargos de comando en los entes apuntados en el dispositivo⁴⁵². Caso fuese la *voluntas legis* restringir la equiparación a los “ocupantes de cargos en comisión o de función de dirección o asesoramiento”, simplemente habría sustituido el párrafo preexistente (§ 1º) por el actual aparatado 2º. Dicho en otros términos, caso el objetivo de la adición del § 2º fuese no apenas punir con mayor severidad los agentes más jerarquizados, pero, también, a ellos reducir el ámbito de equiparación, no se justificaría la manutención del actual § 1º. El acrecentamiento legislativo, con todo, no está destinado a

⁴⁴⁸ En el mismo sentido: PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 27.

⁴⁴⁹ FRAGOSO, *Lições*, p. 405, afirma de forma perentoria que “los funcionarios de sociedades de economía mixta, de empresa pública o de fundación instituida por el Poder Público, que no ejerzan función de dirección o de asesoramiento, no son funcionarios públicos a los efectos de la ley penal”.

⁴⁵⁰ PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p.28, según los cuales “la interpretación habrá de ser restrictiva. La equiparación y la causa de aumento deberán ser restringidas a las personas mencionadas por la ley. Los demás funcionarios de la sociedad de economía mixta, empresa pública o fundación instituida por el poder público no pueden ser considerados funcionarios frente a la ley penal. Sólo esta interpretación, en realidad, se coaduna con la locución <para los efectos penales>, contenida en la cabeza del art. 327 del Código Penal”.

⁴⁵¹ Para DAMÁSIO DE JESUS, *Direito penal*, p. 123, el párrafo 2º contiene tanto una cláusula de equiparación como de aumento de pena, de manera que sólo serían equiparados a funcionarios públicos a efectos penales los ocupantes de cargo de dirección o en comisión de las Fundaciones instituidas por el Poder Público, Empresas Públicas y Sociedades de Economía Mixta. En otras palabras, los funcionarios de referidos entes que *no* ocupen cargo en comisión, ni ejerzan función de dirección o de asesoramiento, no son funcionarios públicos a efectos de la ley penal.

⁴⁵² En el mismo sentido: BATTOCHIO CASOLATO, *Código penal*, p. 101, para quien “el § 2º, lejos de promover cualquier equiparación, justamente refuerza la idea de que es en el § 1º que se encuentra la amplia equiparación de todos los funcionarios de las entidades paraestatales a los funcionarios públicos a efectos del art. 327. Es que el mencionado § 2º, viniendo para aumentar la pena de algunos, da a entrever que, silenciando cuanto a los demás, a (existente, por tanto) sanción de estos remanecerá sin el aludido aumento”.

vaciar el párrafo 1º de contenido. Además, la interpretación contraria llevaría a la siguiente paradoja: un empleado de empresa privada que mantenga contrato o convenio con la Administración es equiparado a funcionario público, al paso que un funcionario de Empresa Pública no lo es si no ejerce cargo en comisión o de función de dirección o asesoramiento.

El aumento se justifica en razón de la mayor responsabilidad del funcionario y porque su posición puede facilitarle la práctica del crimen⁴⁵³. Es el caso de una causa de aumento que influencia en la medida de la culpabilidad, teniendo en cuenta que tales agentes no sólo tienen amplio dominio sobre todos los bienes del ente público o paraestatal en que trabajan sino que también gozan de elevada confianza por parte del poder estatal, dada la relevancia de sus actividades⁴⁵⁴. En efecto, los agentes mencionados en el § 2º disfrutan de posición privilegiada en la estructura de la institución a que pertenecen. Por consiguiente, sufren menos vigilancia, gozan de mayor prestigio e influencia sobre los demás y detentan mayores poderes de actuación. Con todo, en la jurisprudencia, incluso del Superior Tribunal de Justicia, estima que teniendo en cuenta el principio de *no bis in idem*, no se debe agravar la pena cuando la circunstancia relativa al deber funcional es elemental al crimen, como sucede justamente en los supuestos de los delitos de peculado⁴⁵⁵.

4.6.3. El funcionario de hecho

El estado de la cuestión en Brasil no es distinta de la española. Se estima de manera general que como el tipo de injusto exige que el agente practique la conducta delictiva en razón del cargo que ocupa, tal ejercicio debe ser precedido de regular nombramiento oficial. De manera que es considerado funcionario el sujeto que fue nombrado legalmente pero aún no prestó compromiso o no asumió las funciones de su cargo.

⁴⁵³ En el mismo sentido: BATTOCHIO CASOLATO, *Código penal*, p. 100.

⁴⁵⁴ REGIS PRADO, *Curso*, p. 321.

⁴⁵⁵ RSTJ 20/264; RT 758/516.

Sólo *no* es considerado funcionario público el denominado <funcionario usurpador>, el cual ejecuta ilegalmente actos propios de la función pública⁴⁵⁶. Así, en el caso de mera <usurpación> de función, el agente puede ser responsabilizado, además del delito específico (art. 228 del CPB), por delito apropiación indebida, de hurto o estafa; pero no por el de peculado⁴⁵⁷.

Con relación al *nombramiento irregular*, reconocido posteriormente, hay consenso de que el agente responde por el delito de peculado, pues el individuo es considerado funcionario hasta que se anule su nombramiento⁴⁵⁸. En tanto está en el ejercicio de la función pública, el sujeto reúne los dos requisitos necesarios para ser considerado funcionario público: incorporación y participación en la función pública. Y análoga es la situación del empleado incompetente que se cree competente para recibir una suma⁴⁵⁹, en tanto no se trate de incompetencia absoluta, pues en este caso también el funcionario se convierte en <usurpador> de la función pública.

4.7. Conclusiones provisionales

A la concepción penal de funcionario no se exige la efectiva incorporación o adscripción a la organización de la Administración Pública, siendo suficiente la *real participación en el ejercicio de funciones*. Y para que el fenómeno de la huida hacia el derecho privado no constituya también la desprotección penal de la actividad estatal es más aconsejable renunciar al concepto tradicional de funciones públicas, de forma que la

⁴⁵⁶ En el mismo sentido: NORONHA, *Código penal*, p. 218; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 990; FRAGOSO, *Lições*, p. 405; HUNGRIA, *Comentários*, p. 341; BENTO DE FARIA, *Código penal*, p. 86; DEMETRIO TOURINHO, *Do peculato*, p. 68; FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 66: “los usurpadores son particulares que ejercen funciones que no les competen. No pueden ser considerados agentes públicos. Les falta el requisito elemental de la investidura”; PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 41.

⁴⁵⁷ Ahora bien, no es funcionario usurpador el sujeto que es nombrado pero aún no fue investido en el cargo; en tal situación de hecho, aunque tenga ingresado irregularmente en el ejercicio de la función pública, el sujeto ya se encuentra incorporado a los cuadros de la Administración y, por consiguiente, responde por el delito de peculado. En sentido contrario: PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 41, para quienes se trata de funcionario de hecho, “debiendo ser reconocida la práctica de estafa”.

⁴⁵⁸ En el mismo sentido: REGIS PRADO, *Curso*, p. 315-316; FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, 66; CAPEZ, *Curso*, p. 397; MIRABETE, *Manual*, p. 301; NORONHA, *Código penal*, p. 218; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 990; HUNGRIA, *Comentários*, p. 341; BENTO DE FARIA, *Código penal*, p. 86. En la doctrina de Argentina, la punibilidad del funcionario nombrado irregularmente es justificada por SOLER, *Derecho penal*, p. 204, según el cual “si se trata de funcionario *de facto*, que como funcionario actúa, esa actuación solamente es posible o por consentimiento de órganos superiores o por descuido de éstos. En ambos casos, el sujeto presenta exteriormente el aspecto del funcionario legal; el pago hecho a él en buena fe, es un pago hecho al fisco y, en consecuencia, la sustracción que aquél ejecute es peculado”.

⁴⁵⁹ En el mismo sentido: SOLER, *Derecho penal*, p. 204.

cobertura penal pueda alcanzar a fenómenos de actividad materialmente administrativa encubierta bajo formas societarias mercantiles.

La expresión <función pública> es sinónima del conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado ya sea directamente o indirectamente a través de actos de delegación. Así, se incluye en el concepto de funcionario público el personal laboral o contratado que, bien directamente, bien a través de sociedades de participación pública, lleven a cabo actividades propias de la función pública.

Título y participación efectiva son los elementos constitutivos del concepto penal de funcionario y uno sin el otro no le atribuyen la cualidad de funcionario. En cuanto al título, el artículo 24 del Código penal contiene tres títulos diferentes e independientes: *ley*, *elección* y *nombramiento*. En ello lo que se expresa son los orígenes *inmediatos* de la investidura del funcionario, ya que por imperativo del artículo 103 de la Constitución todo acto de la Administración debe respetar la legalidad.

La expresión <ley> debe ser interpretada en sentido estricto, pero sin que ello signifique entender que el nombramiento deba ser impuesto directamente por ella, sino también cuando la ley le otorga la cualidad de funcionarios a los que acceden a determinados cargos, siendo nombrados éstos por un decreto, un reglamento o incluso una orden ministerial. Por <elección> se debe entender los ciudadanos elegidos por sufragio directo o indirecto. Finalmente, en cuanto al <nombramiento>, confiere la cualidad de funcionario público, a efectos penales, a los sujetos que eventualmente participaban en tareas públicas en razón de la libre designación.

La definición de funcionario público a efectos penales es propia y goza de autonomía y exclusividad. El concepto de funcionario a efectos penales es más amplio que el que proporciona el orden administrativo, dado que al Derecho penal basta el criterio del encuadramiento en la organización administrativa estatal. Ello se justifica con base a que el Derecho penal dispensa protección a la función pública más allá del campo estrictamente administrativo, dada la diversa finalidad que persiguen esos ordenamientos. De todos modos, a efectos penales debe distinguirse aquellos particulares que asumen una función pública por libre iniciativa o no, en los cuales falta el título habilitador y por lo tanto no se puede equipararlos a funcionario.

5. El objeto material.

Se define el objeto material como la persona o la cosa sobre la que recae la acción típica y que se descubre por la fijación integrada de los elementos que conforman la figura delictiva concreta. Así, la determinación de la naturaleza pública de los caudales es de suma importancia, pues delimita cuando ellos serán objeto de este delito o, al contrario, de un delito contra el patrimonio.

5.1. Concepto y características de caudales o efectos

Siempre se ha sobreentendido que existe una cierta identidad del significado entre los términos <caudales> o <efectos>, empleados por el legislador en la descripción sustantiva del objeto material. En la Gramática la acepción del término <caudal> es definida como <hacienda, bienes de cualquier especie y más comúnmente dinero>⁴⁶⁰. Hay un acuerdo inicial en el sentido de incorporar al concepto todo valor mueble con relevancia económica. Así, los caudales o efectos vienen siendo tradicionalmente conceptuados como el conjunto de recursos financieros, en bienes, dinero, valores o créditos y, en general, cualquier bien mueble con valor económico apreciable presente o futuro⁴⁶¹. Pero, en aras de subrayar el esfuerzo de taxatividad realizado por el legislador, se ha estimado por <efectos> todos aquellos objetos o bienes distintos del dinero⁴⁶²; a *contrario sensu*, el contenido del término <caudal> se refiere a flujos dinerarios⁴⁶³.

⁴⁶⁰ El Diccionario de la Real Academia Española define la palabra “efecto” del siguiente modo: Del latín *effectus* (...) 9. pl. bienes, muebles, enseres. Define “caudal” como: del latín *capitalis* (...) 5. Hacienda, bienes de cualquier especie, y más comúnmente dinero.

⁴⁶¹ El Tribunal Supremo ha venido definiendo descriptivamente a los caudales e efectos de la siguiente forma: <cualquier clase de bienes, muebles y con valor económico, dinero, efectos negociables u otros bienes o derechos que forman el activo de un patrimonio público> (STS de 14.03.95); <todos los bienes muebles que se hallen integrados en el patrimonio del Estado, sin exclusión de ninguna clase (STS de 07-02-94); <todo capital, hacienda, patrimonio, fondo, cosa o bien de cualquier condición, incluyendo bienes muebles, dinero y valores negociables (STS de 18.03.94).

⁴⁶² ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 118: “es probable que si el término *efectos* no hubiese figurado históricamente en la descripción típica, hoy estuviéramos discutiendo el carácter extensivo o analógico (prohibido) de su inclusión vía interpretativa”. Asimismo el Tribunal Supremo, en la Sentencia n.º 986/2005, de 21-07-2005 (RJ 2005/6729), dejó asentado que “por efectos hay que entenderlos como una variedad de bienes muebles distintos del dinero, pero con la misma amplitud”.

⁴⁶³ Cfr. MORALES PRATS y MORALES GARCIA. *Comentarios*, p. 1965, “efectos públicos lo serán todos aquellos objetos o bienes (distintos del dinero), con su independencia de su inclusión o no entre los bienes inventariables de la Administración”; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 154, pese a que entienda que la distinción entre caudales y efectos no tiene mayor trascendencia, es de opinión de que a efectos didácticos “se podría decir que la expresión <caudales> se refiere al dinero en sus distintos formatos, en tanto que, la

El Código penal español de 1995, no obstante, no hace referencia sólo a las expresiones “caudales o efectos” (arts. 432.1, 433 y 435.2), sino también a “fondos, rentas o efectos” (arts. 435.1) y “dinero o bienes” (art. 435.3), que podrían ser reconducibles a la más genérica “caudales”. Además, se tiene entendido que hay una cierta equivalencia entre los términos “caudales o efectos” y “cosa mueble”, éste empleado en el ámbito de los delitos patrimoniales clásicos. La divergencia consiste en que el Derecho penal “normalizaba” el concepto de “cosa mueble” y por consiguiente le atribuía un sentido diverso al otorgado por la Ley Civil⁴⁶⁴. De cualquier suerte, pese a que el recurso a la “cosa mueble” sirva sólo como un referente interpretativo no significa que sea posible la inclusión de bienes inmuebles al concepto del objeto material de la malversación, como pretende un sector de la doctrina⁴⁶⁵, pues el ámbito del objeto material del delito de malversación se halla circunscrito a los *bienes muebles* (por su propia naturaleza o movilizables), los únicos susceptibles de desplazamiento⁴⁶⁶.

mención a los <efectos> abarcaría esos otros objetos o bienes con contenido patrimonial distintos del numerario, pero que, igual que éste, representan un valor económico relevante”.

⁴⁶⁴ Según MORALES GARCÍA, *Malversación*, p.102, nota 5, “la diferencia entre los conceptos civil y penal de cosa mueble comienza ya por la propia definición de cosas muebles e inmuebles contenida en el artículo 333 CC, según el cual ambas modalidades de objetos serán así calificadas cuando sean susceptibles de apropiación. Esta idea, precisamente es incompatible con la de apoderamiento presente en los tipos penales de malversación y, como es sabido, también en los patrimoniales clásicos”. Además, el artículo 336 del Código Civil considera como muebles “rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados y los contratos sobre servicios públicos”. Tales bienes no pueden ser considerados muebles a efectos penales pues carecen de la característica de la corporeidad. De la misma forma, bienes clasificados civilmente como inmuebles o, como semovientes, pueden resultar a efectos penales bienes muebles (arts. 334 y 335 del Código Civil).

⁴⁶⁵ Defiende los bienes inmuebles como constitutivos del objeto material POLAINO NAVARRETE, *Malversación*, p. 405; MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 103. CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 159-162, para quien, dado que el malversador ya tiene la previa posesión del bien, la traslación *jurídica* es perfectamente posible cuando se trata de bienes inmuebles, lo que permitiría explicar cómo se castiga el sujeto que los enajena de forma definitiva.

⁴⁶⁶ En este sentido: ORTS BERENGUER, *Comentarios*, p. 1852, quien entiende que la inclusión de los bienes inmuebles desvirtúa el sentido del objeto material típico; SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 834: “Por caudales debe entenderse tanto el metálico y efectos negociables como cualquier otra clase de bienes. Ha de tratarse en todo caso de bienes muebles, ya lo sea por su propia naturaleza, ya por haber sido movilizables”; DE LA MATA y ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 17: “por caudal público ha de entenderse (...) cualquier clase de bienes muebles con valor económico, dinero, efectos negociables, etc.”; ORTS BERENGUER, *Derecho penal*, p.481: “caudal es equiparable, de acuerdo con la doctrina, a cualquier objeto o efecto, bien mueble, dinero, valores negociables que posean un valor económico, aunque no sea actual”; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 967: “por caudal o efecto se entiende cualquier objeto o cosa mueble, dinero, efectos negociables, etc.”; DÍAS PALOS, *Malversación*, p. 818, para quien el objeto material del delito de malversación son, en general, los “bienes muebles susceptibles de custodia”, MUÑOZ CUESTA, *Malversación*, p. 1571: “el objeto del delito de malversación son los caudales o efectos públicos, entendiéndose por tales sólo los bienes muebles”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 124: “el ámbito material del delito de malversación se halla circunscrito a los bienes muebles”; ROLDAN BARBERO, *Malversación*, p. 19, según el cual incluso ciertos bienes muebles que son considerados inmuebles a efectos

Hay que tener presente que el art. 434 CP extiende la malversación de uso privado de los bienes públicos a los bienes *inmuebles*. Tal novedad, introducida únicamente en dicha modalidad delictiva y sin parangón en los países del entorno de España, es posible por la naturaleza de la conducta en él contemplada, que no supone un apoderamiento sino el mero uso de los bienes⁴⁶⁷. De todos modos, esto más que una contradicción de que el objeto material está circunscrito a los bienes muebles, supone una confirmación de la delimitación en los arts. 432 y 433 CP⁴⁶⁸.

El Tribunal Supremo, pese a que en algunas pocas oportunidades haya utilizado un concepto amplio que abarca a los bienes inmuebles⁴⁶⁹, considera como caudales o efectos públicos cualquier especie de bien de naturaleza *mueble*⁴⁷⁰, debiéndose rechazar la interpretación que pretendía incluir los bienes inmuebles dentro del concepto de efectos públicos, *lo que supondría desvirtuar el sentido del objeto material típico*⁴⁷¹. Además, el Alto Tribunal le exige al funcionario la prueba negativa cuando se haya demostrado que de algún modo separó del acervo público el objeto material, ya que sería tarea casi imposible para la Administración Pública demostrar que los fondos no ingresaron en las arcas públicas; tal incumbencia, por lo tanto, deberá llevarla a cabo el reo⁴⁷².

civiles (abono agrícola, instrumentos de una explotación, etc.), también entrarían en el ámbito aplicativo del art. 434 CP.

⁴⁶⁷ ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 123; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 188: “Ello trastoca levemente el concepto uniforme que existía con anterioridad, pero ha de entenderse por el peculiar origen del nuevo tipo, y por la delimitación de la conducta al uso o disfrute temporal de un bien”.

⁴⁶⁸ En el mismo sentido: MORILLAS CUEVA, *Malversación*, p. 828. MUÑOZ CUESTA, *Malversación*, p. 1571, señala que no se puede entender que la inclusión de los bienes inmuebles en el art. 434 CP pueda extenderse también a los demás tipos de malversación. “En primer lugar porque la conducta de sustracción materialmente sólo puede abarcar cosas que puedan trasladarse de un lugar a otro sin menoscabo de su sustancia, incorporándose el sujeto a su patrimonio. En segundo lugar, haciendo una interpretación sistemática de los propios preceptos del Código penal, en concreto en el delito de hurto y robo de uso, se utiliza el vocablo sustracción referido sólo a cosas muebles, como son los vehículos de motor, y por otra parte, en el art. 245, delito de usurpación de bienes inmuebles, no se describe la conducta mediante una sustracción”; CRESPO BARQUERO, *Código penal*, p. 1717. Asimismo el Tribunal Supremo dejó asentado tal idea en la Sentencia de 21-07-2005, al declarar que “a pesar, o precisamente por ello, de que el art. 434 los incluye expresamente junto a los bienes muebles, pues más que una contradicción supone una confirmación de la delimitación del objeto material previsto en el art. 432 en su redacción solo a bienes muebles”.

⁴⁶⁹ STS de 27/09/1991 y 14/03/1995.

⁴⁷⁰ STS de 21/07/2005 y 12-12-2005.

⁴⁷¹ Sentencia de 21-07-2005.

⁴⁷² “No puede obligarse a la Administración a demostrar que los fondos no ingresados hayan sido aplicados a usos propios, porque casi siempre sería una prueba imposible, bastando con que el funcionario no aporte el dinero recibido o los recibos de pago, ni haya dado parte oportuno de sustracción, pérdida o destrucción” (STS de 10-02-98).

5.2. Carácter público del objeto material

La principal característica del objeto material es la exigencia de su carácter público, como perteneciente a la Administración⁴⁷³. Dicho carácter clama de plano la elaboración de un criterio general de subsunción a través del cual se pueda acoger en los tipos de malversación todos los entes que pueden ser acomodados en el concepto de Administración. La doctrina ha advertido que tal tarea no es fácil, si tenemos en cuenta lo que los administrativistas denominan de <fenómeno de la huída del Derecho administrativo> por parte de la Administración Pública, a través de la descentralización funcional, a fin de que el Estado social pueda cumplir con sus objetivos. De ello resulta el surgimiento de una multiplicidad de Entes - Organismos Autónomos, Entidades de Derecho público y sociedades mercantiles, en las cuales la Administración participa de forma directa o indirecta -, que ajustan su actividad muchas veces al Derecho privado. Sin hablar que en ocasiones las Administraciones territoriales se asocian entre sí o con otras Administraciones de distinto nivel⁴⁷⁴, o absorben personas jurídico-privadas para la realización de determinados servicios públicos o a la ejecución de obras de interés general⁴⁷⁵. Y hay que destacar asimismo las denominadas Corporaciones sectoriales de base privada pero que ejercen potestades exorbitantes típicas de la Administración Pública en cuanto gestionan determinados fines públicos: Cámaras, Colegios Profesionales y Federaciones.

La doctrina ha manejado un criterio amplio para conceptualizar la Administración Pública, basado en los principios de la forma pública de personificación y sometimiento a un régimen jurídico público⁴⁷⁶ o que desarrollen alguna función al servicio de la satisfacción de necesidades de carácter general y social⁴⁷⁷. En este sentido, por ejemplo, no se engloba a las Cooperativas que actúan con interés meramente privado.

⁴⁷³ Por Administración debe entenderse tanto la Administración del Estado como las Comunidades Autónomas y las entidades locales, constituyentes del sector público español.

⁴⁷⁴ La naturaleza pública de las denominadas “Mancomunidades municipal” es indudable debido a su pertenencia a la Administración Pública, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso*, p. 389.

⁴⁷⁵ En este último supuesto es que se plantea la discusión de la naturaleza pública de este tipo de personificaciones y su consiguiente adscripción o no a la organización subjetiva de la Administración Pública.

⁴⁷⁶ El criterio más fiable, según MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 178, “parece radicar en la subsunción plena al régimen jurídico público (lo que sucederá con independencia de la presencia de personalidad jurídico-pública) o, al menos, régimen jurídico público en relación con la gestión patrimonial”.

⁴⁷⁷ En este sentido: SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 834.

La cuestión que se plantea estriba en saber si ese concepto amplio de Administración abarca también a otras entidades en que no se dan alguno o ninguno de los principios mencionados, como sucede en las denominadas Corporaciones sectoriales de base privada y también en las sociedades de economía mixta.

1. Corporaciones sectoriales de base privada. En cuanto a las Corporaciones sectoriales de base privada deben ser consideradas como Administración en los casos en que actúen *por delegación* de ésta. Dependen, por consiguiente, de las circunstancias concretas de actuación⁴⁷⁸.

2. Organismos Autónomos. En lo referente a los Organismos Autónomos⁴⁷⁹, el art. 2 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas (LEEA) les confiere como principales atributos los relativos a la personalidad jurídica de Derecho público y el patrimonio propio y adscrito. La doctrina especializada, sin embargo, sostiene “la falacia” del patrimonio propio de dichos entes⁴⁸⁰. De todos modos, lo esencial es que el patrimonio de los Organismos Autónomos se halla en *propiedad* de Administraciones Públicas personificadas, sometidas al régimen general del Derecho Administrativo, ya que adoptan una relación instrumental respecto al ente matriz. Como pone de manifiesto LUZÓN CÁNOVAS⁴⁸¹, no hay duda de que sus fondos son públicos, sobre todo por su inclusión en el concepto de Hacienda Pública que, de conformidad con el artículo 2 de la Ley General Presupuestaria, está constituida por <el conjunto de derechos y de obligaciones de contenido económico, cuya titularidad corresponde al Estado o a sus organismos autónomos>⁴⁸².

⁴⁷⁸ En este sentido: GARCÍA DE ENTERÍA, *Curso*, p. 382; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 131; MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 148.

⁴⁷⁹ Por ejemplo, el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado, del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Organismo Nacional del Servicio de Correos y Telégrafos, y de las Universidades.

⁴⁸⁰ En este sentido: GARCIA DE ENTERRÍA, *Curso*, p. 398; JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Organismos autónomos*, p. 267.

⁴⁸¹ *Caudales*, p. 3. En la misma dirección: MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 127. “no parece difícil establecer la publicidad de los caudales por ellos manejados tanto cuando éstos se hallan bajo su propiedad cuanto en los supuestos en que se trata de bienes adscritos por las Administraciones territoriales de tutela” En la misma dirección: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 128-129, para quien, dado que el artículo 434 hace referencia a bienes “pertenecientes a cualquier Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas”, la Administración, a los efectos aquí tratados, debe de ser entendida en un sentido amplio, en el cual se incluye los Consorcios y Organismos Autónomos, por ejemplo.

3. Empresa Públicas. Ya con relación a las *empresas públicas*⁴⁸³, las cuales se rigen por normas de Derecho privado, la doctrina especializada se decanta por el criterio de la *prestación de servicios públicos* como factor clave para conferir el carácter público a los caudales de dichos entes. Así, conforme subraya VALEIJE ÁLVAREZ⁴⁸⁴, se debe diferenciar entre Sociedades mercantiles, que aun nutriéndose de fondos públicos desempeñan exclusivamente actividades de carácter comercial⁴⁸⁵ y Sociedades mercantiles cuyo objeto social consista en la *prestación de servicios públicos*, aplicando el estatuto penal sólo a aquellos comportamientos ilegales que se dan en el seno de empresas públicas en su dimensión de técnica de organización para el ejercicio de funciones públicas, que son aquellas que el ordenamiento de una colectividad, y en un momento dado, atribuye a la competencia de la Administración⁴⁸⁶. Sin embargo, hay quien entiende que puesto que estas empresas tienen naturaleza jurídico-mercantil, aunque con exclusivo capital social público, se les deben aplicar los delitos patrimoniales clásicos⁴⁸⁷.

⁴⁸² En el mismo sentido: CRESPO BARQUERO, *Código penal*, p. 1717; OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 283; ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 51; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 177; MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 127; SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 834.

⁴⁸³ Sociedades con exclusivo capital público; sociedades con participación mayoritariamente pública y sociedades de economía mixta, entre las cuales Paradores de Turismo España S.A, Hispasat S.A, Grupo EFE S.A. Según LUZÓN CÁNOVAS, *Caudales*, p. 4, el criterio de distinción de las empresas públicas estriba en la idea de *control* por la Administración. Así, si lo decisivo es la capacidad de controlar la sociedad y no la participación mayoritaria del Estado en el capital social, tanto las sociedades de economía mixta como las empresas de servicios públicos tienen la consideración de empresas públicas.

⁴⁸⁴ VALEIJE ÁLVAREZ, *Reflexiones*, p. 492.

⁴⁸⁵ En dichas sociedades se desconocen los privilegios inherentes al patrimonio de las Administraciones Públicas, hecho que quizá llevó el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 13-03-92, negar el carácter público de los caudales a los que integraban la masa patrimonial de una sociedad mercantil creada por la Administración Pública, argumentando, que “los pagos que se le hacen no se ingresan directamente en el Tesoro, ni los pagos que ella hace salen de las arcas públicas sino de su tesorería comercial como cualquier otra empresa mercantil”.

⁴⁸⁶ Por ello, el Tribunal Supremo entendió, respecto a una Sociedad creada conforme al *ius privatum* para gestión de servicios públicos que, dado que la Corporación interesada será propietaria exclusiva del capital de la empresa y que la relaciones jurídicas establecidas pertenecen a la órbita del Derecho público, pues de una relación jurídico-pública se trata, al estar gestionando intereses públicos y colectivos, los fondos de aquella son fondos públicos” (STS de 05-02-93). En este mismo sentido: QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 676, para quien se debe entender por Administración Pública “cualquier organismo *latu sensu* enmarcable como público, con la sola excepción de las empresas industriales y comerciales públicas, cuyo giro sea totalmente privado”. LUZÓN CÁNOVAS, *Caudales*, p. 5, entiende que en el caso de sociedades anónimas los fondos no son del Estado-socio sino de la sociedad, por lo que no pueden ingresar en el Tesoro y así ser considerados caudales públicos, a no ser que sea una sociedad unipersonal, pues la existencia de un único socio hace con que el destino de todos sus caudales sea el erario público; CATALÁN SENDER, *Delitos*, p. 258-259, quien estima que debe partirse de la base de que los caudales públicos han de entenderse como pertenecientes a un patrimonio destinado a un fin, el cual se perjudica cuando, malversados, se frustra la capacidad de la Administración para gestionar correctamente los servicios públicos, gestión para la que, en ocasiones, se vale de las empresas públicas. De manera que son públicos en todo caso, aunque ajusten sus actividades al ordenamiento jurídico-privado. Los caudales de las sociedades privadas (de capital íntegramente público) y de las sociedades mixtas serán caudales públicos en caso de que cumplan una función pública.

⁴⁸⁷ En el mismo sentido: CRESPO BARQUERO, *Malversación*, p. 775-776; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 196-198, para quien “el patrimonio social es distinto de los socios que lo integran, por lo

4. Entidades de Derecho público. Respecto a las entidades de Derecho público⁴⁸⁸, no hay duda de que debe mantenerse el carácter público de sus fondos, puesto que no adoptan la forma societaria mercantil y porque la Administración ejerce, a través del Tribunal de Cuentas, rígido control sobre las mismas⁴⁸⁹. No obstante, el Tribunal Supremo viene sistemáticamente excluyendo el carácter público de los fondos de los Colegios Profesionales⁴⁹⁰ y Federaciones Deportivas⁴⁹¹.

El Tribunal Supremo ha fijado el carácter público de los bienes muebles como aquellos que pertenecen y forman parte de los bienes propios de la Administración Pública, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de la misma⁴⁹². Y en la labor de inferir cuáles son los entes que merecen la calificación de públicos o lo que se entiende por Administración, se ha servido de una interpretación *amplia* para incluir todos aquellos que, a pesar del régimen jurídico-privado, integran la satisfacción de los intereses generales como objeto social de los mismos, en detrimento, pues, del intento de lucro propio de las sociedades mercantiles⁴⁹³.

El art. 433 CP no adjetiva los caudales o efectos objeto del delito. Tampoco el art. 434 CP utiliza el término <público> al referirse a bienes muebles e inmuebles. Ello sugeriría *prima facie* que aquellos entes que de plano se encuentran excluidos del concepto de Administración Pública no podrían tener sus bienes considerados como objeto material de la malversación. Tal interpretación, sin embargo, sería insostenible, dado que el fundamento de la malversación gravita precisamente en el carácter público del objeto. Además, no tendría sentido que se castigara con las mismas penas la apropiación definitiva

que si uno de sus socios es de naturaleza pública, ésta no se traspasa al patrimonio social, que goza de autonomía del privativo (público o privado) de sus socios, por lo que el capital de la sociedad nunca será público”.

⁴⁸⁸ Por ejemplo, RENFE, Retevisión, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, Instituto de Crédito Oficial, SENPA, Instituto Nacional de Industria, Radio y Televisión Española, Radio Autónoma de Madrid, Sindicato de Regantes,

⁴⁸⁹ En este sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 187; SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 834; MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 132; OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 645.

⁴⁹⁰ El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 15/10/93, declaró que “el dinero en depósito en el Colegio no tiene la naturaleza pública propia de los “caudales públicos”, sino que nos hallamos ante fondos estrictamente privados. No es acusable una patrimonialidad ostentada por organismo público, ni su procedencia cabe ligarla a una presión contributiva con destino a las arcas del Tesoro o de corporaciones locales o autonómicas”. Al respecto, señala CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 190, que “pese a reconocer el alto Tribunal el carácter público de los Colegios Oficiales, excluye de manera inexplicable el carácter público de sus fondos”.

⁴⁹¹ Sentencias de 03-05-99 y 26-02-99.

⁴⁹² Sentencia de 12-12-2005.

de caudales públicos (art. 432) y la simple conducta de uso temporal de unos bienes que, además, son privados (art. 433.II)⁴⁹⁴. Así, más que un simple olvido del legislador en el art. 433 como han defendido algunos⁴⁹⁵, hay que entender que la adjetivación no hacía falta en ningún precepto de la malversación, como tampoco hacía falta una referencia más detallada de ella en el art. 434.

Cumple señalar, finalmente, que las conexiones establecidas entre la legislación extrapenal (jurídico-administrativo y presupuestaria) para dilucidar el carácter público del objeto material imponen la necesidad de averiguar la naturaleza jurídico-penal de dicho elemento, dadas las consecuencias que plantea, precisamente respecto de la aplicación retroactiva de la ley más favorable y el error. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, en general, se inclinan por considerar el carácter público de los caudales o efectos como un elemento normativo y no como un supuesto de norma penal en blanco⁴⁹⁶. Así, para posibilitar la retroactividad de la norma penal más favorable cuando se opera un cambio en la condición subjetiva del ente público, es preciso averiguar si el cambio es de orden <valorativa> o <fáctica>. Es decir, si la modificación operada en la normativa extrapenal se refiere a la valoración jurídica o únicamente al supuesto de hecho concreto, ya que en el primer caso el cambio desplegará efectos, mientras que en el segundo no. Y habrá cambio valorativo sólo cuando ocurra una alteración del “*status* jurídico”, que modificará la característica de adscripción a un ente jurídico-penalmente considerado como Administración Pública⁴⁹⁷.

5.3. Nexos entre el objeto material y el ente público

La labor de filtrar los objetos materiales que puedan obtener la adjetivación de públicos no se agota con averiguar qué entes se prestan para ser calificados como tal. Es

⁴⁹³ Cfr. STS de 05-02-93.

⁴⁹⁴ CASTRO MORENO, *Distinción*, p. 39. En el mismo sentido: MORALES GARCIA, *Malversación*, p. 176, señala que carecería de lógica acudir al peculado por distracción para sancionar conductas de administración desleal o, desde otra perspectiva, de usos temporales cuando ya existe para el sector societario dicha estructura y, a reglón seguido, afirmar la imposibilidad de acudir al artículo 432 CP cuando de conductas apropiatorias se tratase

⁴⁹⁵ En el mismo sentido: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p.234; CASTRO MORENO, *Distinción*, p. 38.

⁴⁹⁶ El Tribunal Supremo, en la sentencia de 25-05-93 negó el carácter de ley penal en blanco a la norma que había convertido el Organismo Autónomo Caja Postal en sociedad mercantil, afirmando que las normas extraordinarias que en materia de retroactividad se establecen en el precepto penal en absoluto se refieren a las situaciones pasadas”.

⁴⁹⁷ En este sentido: MORALES GARCIA, *Malversación*, p. 236.

menester, además, dilucidar cuál es la relación jurídica (nexo) necesaria entre la entidad y el caudal para que éste pueda ser concebido como público. A tal propósito, doctrina y jurisprudencia han venido desarrollando diversos criterios.

a) El primero estima la vinculación a través del criterio de la *pertenencia*. Tal concepción acude al Derecho de propiedad para excluir “a priori” del ámbito de los delitos de malversación los objetos relacionados con la Administración a otro título.

b) El segundo establece la vinculación a través del criterio de la *disponibilidad*, por el cual se estiman como públicos no sólo los caudales de los que la Administración es propietaria, sino también aquellos en que tiene poder jurídico de disposición o el poder de hacer uso de ellos. Y no debido al hecho de que el objeto esté en la órbita de disposición del funcionario, sino debido a su vinculación a la Administración, de manera que la proyección del ente público sobre el bien pueda ser efectiva y pueda acogerlo en su radio de acción⁴⁹⁸.

c) Otro criterio examina la vinculación a través del *origen*, negando el carácter público de los caudales cuando no tengan una procedencia pública⁴⁹⁹.

La posición dominante, amparada en la doctrina italiana, se decanta por el criterio de la *pertenencia*, pero en un sentido más amplio, según el cual el carácter público no se circunscribe sólo al derecho de propiedad sino más bien sobre aquellos caudales o efectos que se hallen en el *circuito público*, afectos a una determinada finalidad, y que por ello se encuentran bajo *custodia* de la Administración. Es decir, sobre aquellos bienes que son gestionados o administrados por la misma⁵⁰⁰. Por ello, es posible abarcar los

⁴⁹⁸ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 670.

⁴⁹⁹ Esta parece ser la opinión de CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 186-187, el cual entiende criticable la extensión operada por aquellos que interpretan el criterio de la pertenencia en sentido amplio a supuestos en que el objeto material sustraído sea de naturaleza privada, dado que se está realizando una interpretación extensiva del tipo penal difícilmente compatible con el principio de legalidad, y, en todo caso, incomprensible desde el punto de vista del bien jurídico protegido en el delito, que no es otro que el patrimonio público.

⁵⁰⁰ En el mismo sentido: RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 319; MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1965, para quienes el criterio de la pertenencia abarca aquellas situaciones relacionales en las que la Administración Pública posee la capacidad de oponer frente a terceros poderes de disposición típicos, bien del derecho de propiedad, bien de otros derechos de goce y disfrute de derechos de disposición sobre la cosa; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 967: “el carácter público se determina por la pertenencia de los bienes a la Administración pública”. MORALES GARCÍA, *Malversación*, p.179, entiende que el nexo nacerá cuando sobre el caudal, en primer

comportamientos que recaen sobre bienes depositados judicialmente o bienes incautados procedentes de contrabando. Asimismo la jurisprudencia ha interpretado la naturaleza pública de los caudales o efectos de forma amplia, estimando suficiente para tal menester que queden bajo custodia de los funcionarios públicos en razón de sus funciones⁵⁰¹. En mi opinión, dado al fin y al cabo es la Administración quien acaba acarreado el perjuicio cuando el objeto particular está bajo custodia de la Administración, no se hace otra cosa sino proteger el patrimonio público.

5.4. El momento en que el objeto material alcanza la condición de público

El momento decisivo para que los caudales o efectos adquieran el carácter público no es el de la efectiva incorporación a las arcas públicas, sino el de la *percepción* por parte del funcionario, independientemente del cumplimiento o no de los trámites y formalidades. Así, aunque no se haya procedido todavía a su incorporación efectiva a las arcas públicas, el bien tiene la característica de público. De esta suerte podrán considerarse como públicos los fondos con *destino* al fisco, a pesar de que aún no hayan sido incluidos en la contabilidad oficial o en el inventario correspondiente, como por ejemplo los tributos recaudados por el funcionario o los importes recibidos de las multas aún no ingresados a las arcas del erario.

De manera que basta con que los caudales vayan destinados a las arcas públicas y se hayan entregado con ese fin para que tengan ya el carácter de público. Es el

término, exista una posibilidad negocial de actuación, la cual sería extensible de propiedad, usufructo sobre bienes muebles, arrendamiento de semovientes, posesión (en determinadas condiciones), derechos hipotecarios, etc. DE LA MATA y ETXEBARRÍA, *Malversación*, p. 18, sostienen que la cualidad pública de los caudales deviene de “la pertenencia de los mismos a la Administración, en sentido lato, siendo incluso suficiente que estén destinados al erario público”. ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 138, defiende que el carácter público de los caudales o efectos “no se limita al derecho de propiedad del objeto material por parte de la Administración, sino que cabe extenderlo a los demás derechos reales, pudiendo darse el caso de no ser la Administración Pública la propietaria del mismo y, sin embargo, estar incluido dicho bien en el patrimonio público”; ORTS BERENGUER, *Comentarios*, p. 1852, para quien el caudal o el efecto podrán adjetivarse de públicos en virtud de su pertenencia a la Administración, “teniendo también ese carácter los intereses devengados por aquellos y el dinero procedente del cobro de multas y del servicio de grúas municipales”; RAMOS GIL, *La malversación*, p.384, quien defiende el criterio de la pertenencia a la Administración en tanto “de estar destinado, de alguna manera, a fines públicos”; RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Delitos*, p. 24: “los caudales son adjetivados como públicos por su pertenencia a la Administración. No se requiere que sean de propiedad pública, bastando al efecto que se hallen en el circuito público, afectos a una determinada finalidad”.

⁵⁰¹ STS de 09-10-91: “Los bienes de particulares, en cuanto quedan bajo la custodia de funcionarios públicos por razón de su función, se encuentran protegidos penalmente como fondos públicos, determinando que su sustracción se enmarque en el delito que se examina (malversación), y no de otros similares contra la propiedad”.

posicionamiento dominante tanto en la doctrina⁵⁰² como en la jurisprudencia⁵⁰³, bajo el entendimiento de que la Administración no puede poseer si no es a través de los funcionarios, quiénes no reciben la cosa para sí, sino que son meros tenedores de la misma. El fundamento de esta interpretación se encuentra en que no sería lógico dejar a arbitrio del sujeto responsable la calificación de los bienes como caudal público por el simple mecanismo de evitar el ingreso efectivo o la contabilización real de los mismos. En una palabra, en caso de exigirse la efectiva incorporación, siendo detentador material del objeto, la responsabilidad penal quedaría a criterio del funcionario⁵⁰⁴.

⁵⁰² En este sentido, entre otros: GÓMEZ GUILLAMÓN, *Código penal*, p. 824, según el cual el carácter públicos de los caudales se opera “a partir de su recepción por el funcionario legitimado, sin que quepa exigir una efectiva incorporación al erario público”; CRESPO BARQUERO, *Comentarios*, p. 1718: “en cualquier caso no es necesario que los caudales estén directamente incorporados a la caja del organismo público, bastando con la mera percepción por parte del funcionario encargado, servidor de la posesión, de modo que nazca un derecho expectante de la Administración”; OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 284: “el caudal o efecto adquiere la consideración de público, desde el momento de la percepción de los mismos del funcionario legitimado para ello, no siendo necesaria su efectiva anexión al erario público, pues al actuar la Administración a través de personas físicas, éstas reciben las cantidades o efectos como meros servidores de la posesión”; DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 818, para quien, “basta con la entrega al funcionario para que la cosa se tenga por ingresada en las arcas públicas”; ORTS BERENGUER, *Comentarios*, p. 1853, para quien el caudal adquiere la naturaleza pública “a partir de su recepción por funcionario legitimado, no siendo necesaria la efectiva anexión al erario público”; MIR PUIG, Carlos, *Malversación* p. 81. “Los caudales se convierten en públicos en el momento del percibo por parte del funcionario legitimado, sin que sea preciso el efectivo “ingreso” en las arcas de la correspondiente entidad, es decir, su efectiva incorporación al erario público, siempre subordinada a trámites dilatorios al actuar del Estado u Organismo Público a través de la persona encargada para ello, que, como mandatario del ente jurídico y mero servidor de la posesión, es simple instrumento preceptor y transmisor, suponiéndose integrados los bienes en el patrimonio público a partir de que aquella se hiciera cargo de los mismos”; SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 835: “Tal momento es el de percibo por parte del funcionario, sin que sea menester el ingreso en las arcas de la correspondiente entidad”. ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 189: “aunque los bienes o efectos no lleguen a incorporarse efectiva y formalmente al erario público, con la recepción de os mismos por el funcionario legitimado para ello y con su destino o afectación públicos se entiende que ostentan naturaleza pública”; DE LA MATA y ETXEBARRÍA, *Malversación*, p. 18, para quienes a la condición pública del caudal bastará la mera entrega al funcionario; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p.1182; RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 319.

⁵⁰³ Como puede percibirse en las STS de 11-11-98 y 26-11-98, en las cuales se declaró que “los caudales tienen carácter público desde el instante en que los caudales o efectos pertenecen y forman parte de los bienes propios de la Administración, como es el caso del dinero recaudado a los contribuyentes, sin que sea precisa su efectiva incorporación al erario, porque surge su naturaleza pública tanto si de modo efectivo e inmediato se incorporan al patrimonio público tras el cumplimiento de las formalidades precisas, como si una vez percibidos por el funcionario se genera el correspondiente derecho expectante a favor de esa administración”. Así, el Tribunal Supremo aprecia delito de malversación en la conducta de un policía local que “se apropia del importe de las multas que cobra personalmente, y cuyo importe ha sido rebajado por “pronto pago” (STS de 29-10-98). Además, afirma que incurre en delito de malversación un recaudador municipal “cuando se queda para sí con más de 50 millones de pesetas, producto de sus funciones recaudatorias, que deja de ingresar en las arcas municipales” (STS 11-11-98). Asimismo en la Sentencia de 31-01-96 el Tribunal Supremo declaró que “una vez recibido, el dinero adquiere el carácter de caudal público”. En el mismo sentido: STS de 31-01-1996 y 17-02-1997.

⁵⁰⁴ Cfr. ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 142.

Ahora bien, la recepción no puede pura y simplemente ser equiparada a *derecho expectante*, éste entendido como la mera expectativa de recibir. Como pone de manifiesto QUERALT JIMÉNEZ, calificar de públicos los fondos sobre los que un ente público tenga un derecho de crédito, incluso, vencido y líquido, es tanto como confundir crédito y propiedad de los fondos, lo que llevaría a que, vencida una deuda pública, a un particular se le convierta automáticamente en depositario del fondo debido y no abonarlo supondría malversación”⁵⁰⁵. Aquí es preciso puntualizar, sin embargo, que tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen entendido por <legítimo derecho expectante> sobre los caudales o efectos *el momento mismo de la percepción por el funcionario*. Es decir, el nacimiento de la expectativa se produce en el momento de la recepción de los caudales por la autoridad o funcionario, los cuales actúan en nombre de la Administración. Eso explica porque autores como FEIJOO SÁNCHEZ⁵⁰⁶, OLIVEROS ROSELLÓ⁵⁰⁷, ZABALEGUI MUÑOZ⁵⁰⁸, MUÑOZ CONDE⁵⁰⁹, CATALÁN SENDER⁵¹⁰ y DE LA MATA y ETXEBARRÍA⁵¹¹ defienden que la pertenencia comienza desde que haya un derecho expectante de la Administración sobre los caudales o efectos. De todos modos, se viene ampliando el concepto de <percepción>, en aras de una mejor tutela de los intereses públicos, para abarcar supuestos en que el funcionario, obligado a la recepción, decide no recoger

⁵⁰⁵ QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 669. En el mismo sentido, entre otros: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 144, para quien, de entender que el derecho expectante puede adjetivar, vencida una deuda pública, por ejemplo, dicha cantidad se convertiría automáticamente en caudales públicos. Según CASRO MORENO, *Malversación*, p. 207, puede “afirmarse que el sujeto no se apropia del derecho expectante de la Administración, sino de un bien que ya es público porque ha existido efectivamente una entrega real del mismo a la Administración, a través de la recepción de ésta por medio del funcionario malversador, que actúa como representante de la Administración: esto es, el funcionario receptor <es> la Administración”.

⁵⁰⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *Comentarios*, p. 1151, según el cual los caudales o efectos “se han de considerar públicos desde el momento en que la Administración Pública mantiene un legítimo interés o derecho expectante sobre ellos, porque el funcionario los ha recibido por razón de sus funciones (recaudación de impuestos, cobro de multas, etc.)”.

⁵⁰⁷ OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 284, al indicar que nace, al recibir el funcionario los caudales o efectos públicos, el derecho expectante de su entrega y real ingreso en las arcas públicas”.

⁵⁰⁸ ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p.169, al indicar que los caudales cobran naturaleza pública “cuando percibidos por el funcionario legitimado surge en la Administración el derecho expectante a su entrega y al real ingreso en las arcas públicas.

⁵⁰⁹ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, p. 967: “Tal pertenencia comienza desde el momento en que existe un derecho expectante de la Administración a la entrega de los caudales, aunque no hayan ingresado formalmente en las arcas de la entidad”.

⁵¹⁰ CATALÁN SENDER, *Delitos*, p. 261, para quien el derecho expectante es el mismo momento en que el funcionario recibe el caudal o efecto.

⁵¹¹ *Malversación*, p.18, según los cuales los caudales adquieren la condición pública “aun cuando debiéndose haber incorporado al patrimonio de la Administración no se realice dicha incorporación, siempre claro está que exista un derecho expectante”.

físicamente la cuantía liquidada para desviarla de su curso normal con el ingreso en su propia cuenta⁵¹².

El Tribunal Supremo estima que los caudales cobran naturaleza pública tanto cuando de un modo efectivo pasan a incorporarse al patrimonio público, tras el cumplimiento de las formalidades prescritas, como cuando, *percibidos por el funcionario*, surge en el ente el derecho expectante a su entrega y real ingreso a las arcas públicas, puesto que la Administración, como persona jurídica que es, actúa a través de personas físicas, las cuales son meros servidores de la posesión actuando como instrumentos receptores y transmisores⁵¹³. Sin embargo, en algunas oportunidades entendió el Alto Tribunal que el derecho expectante surgía a partir del *vencimiento de la deuda* tributaria, aunque al funcionario no se le haya entregado la cuantía correspondiente, condenándosele por la modalidad omisiva⁵¹⁴. Ello constituye una interpretación ciertamente reprochable, pues cuando generalmente se hace referencia a que los fondos son públicos desde que la Administración tiene un derecho expectante se está haciendo referencia a supuestos en los que el funcionario legitimado *ya los ha recibido del deudor particular* pero aún no los ha ingresado efectivamente en la caja pública⁵¹⁵.

⁵¹² QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 669, considera que constituye malversación el evitar que los dineros que debían ser públicos no lleguen a serlo, por apoderarse de ellos el autor antes de su efectivo ingreso en el Tesoro, conforme entendió el TS en las sentencias de 24-2-95 y 8-11-95. En su opinión, en éste supuesto no se trata de apoderarse de un crédito del erario sino de derivar de su curso normal unas cantidades o efectos a los que el erario ya tiene derecho por haber sido ingresados; MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1966, sostienen que “sin duda existirán supuestos en que configurada la cantidad líquida a ingresar en la Administración y estando el funcionario jurídicamente obligado a la recepción de la misma, éste decida no recoger física ni contablemente la suma liquidada y sustraerla mediante ingreso del propio particular en su cuenta bancaria; En tales ocasiones, no se encuentra la razón por la que tales conductas deban sustraerse al tipo de peculado por apropiación (...), pues si bien es cierto que podrían encuadrarse en el marco típico de la estafa (en cuanto a través del engaño el funcionario provocaría error en el depositario siendo entonces propio el perjuicio subsiguiente al acto de disposición), la existencia de una obligación jurídica al cobro de las cantidades y la actuación del funcionario legitimado determinan la génesis de un acto administrativo que, a su vez, origina el derecho expectante de la Administración. Lo mismo, quizá aún con mayor claridad, cabe decir respecto al funcionario de aduanas que, en connivencia con el tercero, decide obviar el requisito de la liquidación a que éste viene obligado y cuyo cobro jurídicamente le corresponde a aquél, permitiendo el paso y disfrutando ambos de la cantidad que a la Administración correspondería”.

⁵¹³ Para el Tribunal Supremo debe afirmarse la pertenencia del dinero o los efectos de la Administración a partir de su recepción por el funcionario legitimado sin que quepa exigir una efectiva incorporación al Erario Público” (STS de 30-05-94). Respecto de las multas, declaró el Alto Tribunal que tienen y adquieren la naturaleza pública “desde que se incorporan y pasan directamente al erario público o desde que percibidos por el funcionario”. En el mismo sentido: STS de 10-07-1995 y 15-03-1996. En la STS de 25-05-1995 reconoce perfeccionada la donación e integrada la cantidad que se recibe en el erario público desde ese momento.

⁵¹⁴ Por ejemplo, condenando a los empleados del Instituto de Moneda Extranjera que eximieron a los exportadores de pagar cantidades devengadas (Sentencia de 14-02-86).

⁵¹⁵ En este sentido: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 144.

5.5. Bienes particulares como objeto de los delitos de malversación

Hay un amplio entendimiento jurisprudencial según el cual se equiparan los bienes particulares a públicos a través de su publicidad por destino o adscripción a unos servicios públicos. Es decir, para el Tribunal Supremo es perfectamente posible extender el carácter público a los bienes que son privados en el origen y destino pero *el tránsito se realiza a través de un organismo público*, en cuyo intervalo son apropiados por el funcionario que los tiene a su cargo, puesto que en este caso el Estado garantiza el pago de la cantidad girada⁵¹⁶.

En otras oportunidades, sin embargo, el Alto Tribunal exigió que para que un objeto particular pueda formar parte de los caudales públicos se precisa la concurrencia de tres requisitos: a) incorporación a las actividades que la Administración desempeña; b) vinculación a un funcionario o unos funcionarios públicos que adquieren unos deberes concretos de custodia y vigilancia de ese objeto; c) que la infracción de tales deberes origine la responsabilidad de la entidad pública⁵¹⁷.

En la doctrina MUÑOZ CONDE⁵¹⁸ defiende de forma aislada que en el caso de bienes privados manejados provisionalmente por la Administración la apropiación por parte del funcionario constituirá estafa o apropiación indebida. La posición dominante es que el funcionario debe responder por peculado, una vez que los bienes privados gozan de la condición de públicos porque la Administración garantiza el pago de la cantidad ingresada en las cajas de un organismo estatal⁵¹⁹. Ahora bien, la solución es distinta cuando particulares remiten objetos de valor *vulnerando las normas* sobre envíos postales, que

⁵¹⁶ En estos términos, el Tribunal Supremo consideró caudal público los giros postales en las STS de 23/11/1993 y 14/03/1995, entre otras. En la Sentencia de 14-03-95 subrayó que se consideran caudales públicos los giros postales o telegráficos, porque reúnen tres requisitos: 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.

⁵¹⁷ STS de 14-03-95 y 02-02-98.

⁵¹⁸ MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 967.

⁵¹⁹ En este sentido, entre otros: DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 819, que con relación a los giros postales entiende que los mismos gozan de la condición de públicos en cuanto ingresan a las cajas postales, hasta el punto de que el Estado garantiza el pago o reintegro de la cantidad girada; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 669-670, según el cual “fondo público es aquél que *es* de un ente público – su patrimonio legal -, o, por razones que fuere, está *administrado* o *a disposición* del mismo – un giro postal (S 14-3-95), un depósito de lo hallado en la mayordomía municipal, un depósito judicial proveniente de una deuda pública o privada,...”.

posteriormente les son sustraídos por el funcionario. En tales supuestos, no se puede hablar de malversación, sea porque falta el consentimiento de la Administración a la realización del envío fuera de las condiciones establecidas⁵²⁰, sea porque el ente no consigue prestar el servicio de protección⁵²¹. La jurisprudencia del Tribunal Supremo comparte la misma opinión⁵²².

5.6. La cuestión de la relevancia económica del objeto material

Una de las características del objeto material del delito de malversación es que sea valorable económicamente. Eso no impidió, no obstante, que se plantease un debate doctrinal acerca de si es posible que sean susceptibles de apropiación o distracción bienes con valor meramente afectivo, desprovistos por tanto de cualquier significación económica.

El debate, se afirma, tiene mucho que ver con el de la determinación previa del objeto de tutela. Si se parte del Derecho de propiedad como bien jurídico protegido se incluirá en el objeto material cosas carentes de valor económico⁵²³. Si, por el contrario, se parte del patrimonio como referente de tutela, el objeto debería tener un cierto valor de mercado (salvo para quienes defienden la teoría funcionalista del patrimonio).

⁵²⁰ MORALES GARCIA, *Malversación*, p. 155: “una atenta lectura de la normativa vigente en materia de envíos postales de valor, revela la ausencia de consentimiento de la Administración en la aceptación del envío; esto es, la relación jurídica pretendida por el particular no despliega efectos por hallarse ausente un elemento fundamental a la misma: el consentimiento, sobre la base de una renuncia expresa de la Administración a la realización del envío fuera de las condiciones establecidas. La ausencia de la nota de publicidad se debe entonces a la inexistencia de una relación jurídica que permita a la Administración disponer de la cosa durante el tiempo que se halla bajo su dominio”.

⁵²¹ En el mismo sentido: QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 670, para quien, en los supuestos de vulneración de las normas de los envíos postales, “al incumplirse por el usuario del servicio postal las condiciones de envío de efectos, el servicio no ha podido ser prestado, precisamente, el servicio de protección de caudales.

⁵²² Dicha circunstancia, en un supuesto de sustracción por un funcionario de Correos de un paquete postal conteniendo un diamante, enviado como paquete ordinario (cuando lo adecuado en tal caso la utilización de la modalidad de carta con valor declarado o como objeto asegurado), impidió al Tribunal Supremo apreciar que la piedra preciosa quedara incorporada al servicio público de Correos de modo que el Estado pudiese considerarse responsable de su custodia, y por consiguiente ser comprendida la conducta en el tipo penal de malversación porque no se podría conceptuarse el objeto particular como caudal público (STS de 14-03-95 y 02-02-98). Asimismo no consideró caudal ni efecto público un cheque al portador remitido por correo, simplemente certificado, que sustrajo y cobró un funcionario (STS de 31-01-91), ni tampoco joyas de oro remitidas por correo *express* sin asegurar ni declarar su valor (STS de 21-10-97).

⁵²³ En el mismo sentido: ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos*, p.26 y ss., para quien los delitos de apropiación constituyen ataques contra la propiedad y por lo tanto no se necesita un perjuicio para el patrimonio de la víctima, pues “la lesión a la propiedad se produce ya por el mero hecho de la expropiación de la cosa – siendo indiferente que dicha expropiación recaiga sobre una cosa carente de valor económico, o que la expropiación vaya acompañada de una compensación”.

La opinión dominante, como se percibe por la propia definición que se le da al objeto material del delito de malversación, se inclina por la fijación de un valor necesariamente económico⁵²⁴, no sólo en razón de la exigencia del ánimo de lucro, sino también debido al hecho de que el Código penal hace mención a las expresiones “importe”, “reintegro”, “grave perjuicio para la causa pública” y establece, además, un valor inicial mínimo en el art. 432 para configuración del tipo⁵²⁵.

Asimismo la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina en el sentido de incorporar al concepto del objeto material la relevancia económica, por lo que debe ser susceptible de evaluación económica “cuando no consistan en metálico”⁵²⁶.

5.7. Aprovechamiento irregular de la mano de obra

La utilización de la mano de obra o energía laboral ha sido siempre objeto de polémica en cuanto a su integración dentro del concepto de caudal o efecto, dado que la opinión mayoritaria, como ya hemos visto más arriba, estima ser necesaria la valoración económica. Por tanto, aquellos que conciben tal posibilidad parten de un concepto amplio de caudal o efecto, capaz de albergar cualquier situación susceptible de provocar valoraciones de corte económico, incluso *incorporales*⁵²⁷. Hay, incluso, quienes sostienen que el art. 434 CP tiene como objetivo específico satisfacer determinadas situaciones que no estaban contempladas en el Código penal derogado, como es, precisamente, la utilización de la energía laboral⁵²⁸.

⁵²⁴ En este sentido, entre otros: CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal*, p. 1083, para quienes el objeto material son los bienes patrimoniales públicos, es decir objetos de valor económico”; OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 283, al destacar que “el denominador común de todos los posibles objetos materiales del delito de malversación es el de ser susceptibles de estimación económica”. MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 105-112, sin embargo, entiende que es posible configurar el objeto material al margen de su valor económico *como forma de tutelar la eficacia* en los procesos de decisión de la Administración Pública bajo unos parámetros determinados; CATALÁN SENDER, *Delitos*, p. 254.

⁵²⁵ O sea, el hecho de que el artículo 432 haga referencia al supuesto que “no alcance la cantidad de quinientas mil pesetas no debe ser interpretado en el sentido de que pueda no tener ningún valor económico sino que corrobora que debe de tener algún valor (superior o inferior).

⁵²⁶ En este sentido: STS de 11-11-98.

⁵²⁷ En este sentido: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4093, para quien el mero uso “ha dado lugar a que la doctrina realice una interpretación amplia, que compartimos, de los términos caudales o efectos públicos, comprendiendo en ella, en términos generales, cualquier bien o fuerza de trabajo que corresponda al Estado”; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Derecho penal*, p. 430.

⁵²⁸ En la doctrina se han intentado establecer diferencias entre los arts. 433 y 434 precisamente en atención a la inclusión de la fuerza del trabajo en éste último. Se dice que el objeto material del art. 434, al hacer referencia a los <bienes> y no simplemente a los <caudales o efectos> (433) es más amplio, lo que permitiría abarcar el uso que recayera sobre la mano de obra de empleados públicos. En este sentido: QUERALT

Sin embargo, un sector de la doctrina rechaza cualquier posibilidad de la conducta de utilizarse de empleados públicos ser punible a título de malversación, bajo el argumento de que la energía laboral no es susceptible de equiparación a bien mueble y por lo tanto de posesión⁵²⁹.

Otra corriente estima que efectivamente incluir la mano de obra en el concepto de caudal transgrediría el principio de dignidad de la persona al confundir sujeto con objeto de Derecho. Además, siendo un bien inmaterial le faltarían las características de la corporeidad y aprehensibilidad. No obstante, se afirma que no es la energía derivada de la fuerza del trabajo lo que debe someterse a valoración económica sino más bien *el producto* de la conversión de lo aprovechado, ya que la mano de obra tiene un valor intrínseco no puede ser equiparada a objeto material. Es decir, se incluye la mano de obra en el concepto de caudal o efecto no porque su objeto sean los servicios en sí prestados sino porque lo que se malversa es la suma correspondiente con que la Administración Pública ha de pagarlos⁵³⁰. Por tanto, más bien que <cosificar> a los empleados se trata de objetivizar el valor de sus trabajos.

JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 669; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 201, quien incluye en el concepto de bien mueble o inmueble los “despachos, instalaciones, mano de obra, instrumentos técnicos, medios de transporte, etc.”; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, 971: “El precepto viene a cubrir una de las lagunas más denunciadas de la anterior regulación, por cuanto se entendía que el uso para fines privados de inmuebles, mano de obra, mobiliario, etc., que no estaba comprendido en el delito de malversación”. En el sentido contrario: MORALES PRATS y MORALES GARCIA, *Comentarios*, p. 1964, para quienes “la imposibilidad de integrar la mano de obra entre los bienes muebles impide la tarea de subsunción”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 148: “puesto que el objeto material en este artículo viene descrito en los términos de <bienes muebles o inmuebles>, y como es obvio la mano de obra no es un bien mueble, no con más razón inmueble”; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p.4105, según el cual “sin perjuicio de lo acertado que hubiera sido la inclusión de la mano de obra, hemos de mostrar nuestra reserva a que interpretativamente se pueda llegar a esa conclusión. Me refiero a aquellos casos en los que el Código usa los términos <bienes muebles o inmuebles> (art. 434); cuestión distinta es cuando usa los de <caudales o efectos públicos> (art. 432 y 433), en los que su inclusión no plantea especiales problemas, dado que la mano de obra es pagada con fondos públicos”.

⁵²⁹En este sentido: FEIJOO SÁNCHEZ, *Consideraciones*, p. 1687; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 147: “por lo que a nuestro ordenamiento jurídico se refiere, hay que tener presente que no contamos con un artículo como el 624 del *Codice penale* con lo cual es difícil, por no decir imposible, que podamos incluir dentro del objeto material de la malversación la mano de obra, dado que no se puede equiparar la energía a los bienes muebles”; CASTRO MORENO, *Distinción*, p. 36, quien entiende más respetuosa con el principio de legalidad la posición que entiende que la mano de obra no tiene cabida, ni dentro de la referencia a los caudales o efectos (art. 433) ni, tampoco en la mención a los bienes (art. 434 CP), siendo incluso problemático admitir que pueda ser objeto de sustracción o de apropiación en sentido estricto; el mismo, *Malversación*, p. 166.

⁵³⁰ En este sentido: MORALES GARCIA, *Malversación*, p. 177: “La mano de obra no puede ser nunca considerada objeto material a los efectos de los delitos de malversación, por el argumento definitivo de su cualidad de sujetos de Derecho y no objetos de Derecho. Ello no significa que no puedan verificarse conductas de malversación, especialmente de distracción, en relación con la utilización de mano de obra. Pero eso sólo será posible refiriendo la conducta típica directamente a los caudales con los que se satisface el

El Tribunal Supremo en dos oportunidades aceptó la posibilidad de cometerse malversación de la mano de obra⁵³¹, sosteniendo que deben conceptuarse como caudales públicos, cualquier bien o fuerza de trabajo, incluidos, por consiguiente, aquellos supuestos en los que se utiliza un empleado municipal en horas que debe prestar sus servicios al Ayuntamiento, en cuestiones y tareas en beneficio de particular. En referidas sentencias, con todo, el Tribunal Supremo no deja claro si se estaba considerando la mano de obra en sí misma como objeto del concepto de caudal o si se refería al carácter subvencional de la partida económica recibida por los trabajadores (el valor resultante de la mano de obra).

De cualquier suerte, para que la conducta pueda merecer relevancia jurídico-penal, la utilización de la mano de obra se ha de realizar *dentro del horario de trabajo*, de lo contrario se trataría a lo sumo de la realización de un favor personal, del todo ajeno a la Administración⁵³². Tampoco se debe confundir los supuestos que examinamos con aquellos en los que el funcionario destina caudales públicos al pago de trabajos realizados en su beneficio, pues con relación a éstos, conforme puso de manifiesto el Tribunal Supremo⁵³³, no hay la menor duda en cuanto a su contemplación como malversación.

5.8. Partes que componen el cuerpo humano

Asunto que asimismo gana espacio en la dogmática penal está relacionado con la posibilidad de entenderse las diversas partes que componen el cuerpo humano en el concepto de efectos, de la misma forma que se hace en los delitos patrimoniales con relación al concepto de cosa mueble. El punto de partida, evidentemente, es apartar cualquier posibilidad de incluir a las personas en el concepto de cosa mueble, puesto que vulneraría el principio de dignidad de la persona. Es decir, estaría fuera del circuito de

pago de la misma”; MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1964, para quienes, “sobre el particular debe entenderse que la aplicación del tipo básico a estos supuestos sólo será plausible en cuanto se equiparen los conceptos <caudal> y <mano de obra>, entendida esta última como valor realizable económicamente”.

⁵³¹ STS de 20/03/1992 y 18/03/1994. Referidas Sentencias fueran calificadas por la doctrina dominante de “arriesgada línea”, al argumento de que es difícilmente asumible que deben de conceptuarse como caudales públicos cualquier bien o fuerza de trabajo, incluidos, por consiguiente, aquellos supuestos en los que se utiliza un empleado municipal, en horas que debe prestar sus servicios al Ayuntamiento, en cuestiones y tareas en beneficio particular, conforme declarado en la sentencia de 18-03-94.

⁵³² En este sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 163. En sentido contrario: QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 669, según el cual la conducta es calificable en el art. 434 CP, con independencia de que el trabajador actúe dentro o fuera de su horario laboral.

interés, en los delitos de malversación, la indagación del tratamiento jurídico que soportan las diversas partes de un organismo vivo, o los implantes que le hayan sido practicados.

Pero los comportamientos de apoderamiento sobre órganos de un organismo muerto (tanto la totalidad de un cuerpo sin vida como partes de él) plantean cuestionamientos cuando el centro de referencia esté insertado en el aparato público. Así, si se parte de la posibilidad de subsumir un organismo o partes de él en el concepto de cosa mueble, el único obstáculo para la configuración de la malversación sería en cuanto a la titularidad. A tal cuestionamiento subraya PÉREZ MANZANO⁵³⁴ que hay que acudir a la realidad práctica para que podamos concluir que las cosas que tradicionalmente están fuera de comercio, como la sangre humana, los órganos o el propio cadáver pueden ser objeto material de los delitos de apoderamiento con carácter general. Así, en tanto se remuevan los obstáculos que pueden impedir la subsunción, ninguna dificultad debería entrañar la calificación como *efectos* a los riñones, córneas, corazón, etc., donados o adquiridos mediante precio por un Hospital público, o incluso cadáveres⁵³⁵.

5.9. Gastos o fondos reservados

La utilización y el control de los “gastos o fondos reservados” están regulados en España por la Ley 11/95, de 11 de mayo⁵³⁶, que en el art. 1 establece que están destinados a la *defensa y seguridad del Estado*, sin que haya cualquier disposición que los exceptúe del concepto de caudal. Por el contrario, dichos fondos se encuadran perfectamente en dicho concepto, puesto que se trata de recursos pertenecientes al Tesoro Público⁵³⁷, y lo único que sucede es que el administrador dispone de un cierto margen de discrecionalidad que

⁵³³ Sentencia de 23-04-99.

⁵³⁴ PÉREZ MANZANO, *Compendio*, p. 352.

⁵³⁵ En este sentido: MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 116; MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1965, para quienes debe incluirse bajo el concepto de efectos públicos “organismos humanos independizados del cuerpo, tales como órganos, óvulos fecundos, cadáveres, etc.”.

⁵³⁶ Hasta entonces, los créditos destinados a gastos reservados estaban regulados principalmente por una norma de rango reglamentario interno de la Administración (Circular 11/1995), cuyo artículo primero establecía los criterios esenciales para sus libranzas y justificación.

⁵³⁷ El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 21-01-02, ha dejado claro que “podrá dudarse de cuál sea el linde de caudales públicos, Habrá casos dudosos. Pero cuando ni una sola norma de la que a lo largo del tiempo se refieren los gastos reservados pone en duda que se atienden con cargo al presupuesto de la Nación y cuando todos los recursos financieros (incluido el dinero y los créditos) de la Administración Pública se integran en el Tesoro Público, es clarísimo que el dinero destinado a esos gastos entra de lleno, sin dudas, sin necesidad de otra interpretación que la literal, dentro del concepto de “caudales públicos”.

conlleva la innecesaria de justificar su empleo, debido el secreto del fin o actividades a que se hallan destinados⁵³⁸.

Por lo tanto, al argumento de que dichos fondos no pueden ser objeto de apropiación porque su uso es absolutamente discrecional hay que objetar que tal facultad se refiere exclusivamente a la manera como la autoridad podrá efectuar los gastos públicos, atendiendo a los fines para los que figuran consignados en la Constitución y en la Ley. Constituiría una interpretación “ad absurdum” imaginarse que dentro de tal margen de discrecionalidad estuviera incluida la posibilidad de que la autoridad o el funcionario se apropie de los mismos. El Tribunal Supremo ha sido bastante contundente al poner en evidencia tal aspecto cuando se le ha planteado esta cuestión en tiempos recientes⁵³⁹.

El Alto Tribunal ya venía afirmando con respecto a los gastos o fondos reservados que, aunque su aplicación concreta no ha de ser justificada, por el secreto del fin o actividades a que se hallan destinados, esto no impide que si se usan desviadamente pueda cometerse un delito de malversación⁵⁴⁰. Es decir, “no obstante la consecución de estos fines no permite realizar actividades delictivas que desvirtúen los fines amparados por la ley o que caigan de lleno en el terreno de la ilegalidad penalmente perseguible”⁵⁴¹. Incluso que corresponde al Ministro del departamento correspondiente disponer discrecionalmente de los mismos (caudales públicos destinados a gastos reservados), y es

⁵³⁸ Como señala QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 670, los fondos reservados, en ningún caso, deben considerarse de libre disposición, a pesar de su carácter secreto, y por tanto, el funcionario que sustrae, distrae o aplica a fines privados fondos reservados puestos a su cargo por razón de sus funciones, comete malversación, sin que en su conducta le ampare como justificante ningún secreto; Asimismo CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 170, señala que “cuando se dediquen dichos fondos a la satisfacción de gastos privados o a la realización de actividades de carácter particular, no existirá obstáculo alguno para afirmar la posible aplicación del delito de malversación.

⁵³⁹ “La discrecionalidad supone una capacidad de decisión legítima entre alternativas jurídicamente indiferentes. La discrecionalidad, incluso en los actos administrativos acordes a Derecho, exige el respeto a la zona o base reglada a la resolución y que ésta se acomode al fin de la norma jurídica, sin que quepa la derogabilidad singular de ésta ni la validez de los actos contrarios a ella. Es absurdo pensar que si el presupuesto aplica los ingresos públicos a fines públicos, se respete la norma apropiándose el dinero, es absurdo pensar que el uso discrecional de dinero público incluye su apropiación y es absurdo pensar que es jurídicamente indiferente destinar el dinero a la seguridad y la defensa de la nación o al lucro personal” (STS de 21-01-02).

⁵⁴⁰ El Tribunal Supremo, en la sentencia de 12-03-92, señaló que “la doctrina entiende por secreto lo que es conocido por pocas personas y lo que, por razones de interés público, no debe ser transmitido a un círculo más amplio”.

⁵⁴¹ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 24.07.95, colacionada por FEIJOO SÁNCHEZ, *Comentarios*, p. 1150. Véanse, al respecto, asimismo las STS de 12.03.92 y 02.12.94, por él referidas.

él quién tiene que acreditar que esos fondos se han destinado a los fines para los que figuran consignados en los presupuestos del Estado⁵⁴².

De todos modos, pese a que una interpretación sistemática de la Ley de Secretos Oficiales posibilite la inclusión de los gastos reservados en el tipo de malversación, como subrayan MORALES PRATS y MORALES GARCÍA⁵⁴³ “la parquedad jurídica en la fiscalización de los mismos fácilmente podría fundamentar la existencia de error de prohibición en su ilícita utilización”⁵⁴⁴. Lo que sí es cierto es que de manera alguna tal secreto puede ser obstáculo para la investigación de un tipo delictivo concreto de malversación. La conclusión contraria sería, como subrayó el Tribunal Supremo, un grave atentado contra la existencia misma del Estado de Derecho y del valor superior de la justicia⁵⁴⁵.

5.10. Fondos de la Unión Europea

Como se sabe la Unión Europea no dispone de la potestad para tipificar conductas⁵⁴⁶. Así, la tutela de los intereses financieros comunitarios se produce a través de la técnica de la asimilación, según la cual los Estados Miembros renuncian a un Derecho penal de

⁵⁴² Por ello, no puede haber la menor duda que el delito de malversación se configura cuando se dispone de un millón de francos franceses, proveniente de fondos reservados, para financiar la detención ilegal o secuestro de una persona (STS de 29-7-98).

⁵⁴³ MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1965. MORALES GARCÍA, *Fondos reservados*, p. 430, llama la atención que junto a una regulación administrativa netamente omisiva de los mecanismos de control jurisdiccional y, por ende, dirigida a la absoluta salvaguardia del secreto de Estado, “todo ello, relacionado con la carencia hasta fechas recientes de un cuerpo legal enderezado a la configuración de la naturaleza y régimen jurídico de las partidas legalmente presupuestadas como gastos reservados desvela, en este concreto espacio, un *impasse* de confusión claramente favorecedor de arbitrariedades en la actuación de los poderes públicos”.

⁵⁴⁴ Tal aspecto se confirma en la sentencia del Tribunal Supremo de 21-01-2002, en la cual se estimó error de prohibición en la conducta del Ministro del Interior que regaló joyas a las esposas de altos cargos con fondos que no incluían las retribuciones en especie, bajo el argumento de que el autor actuó en la creencia de que su actuación era correcta por consistir una práctica consuetudinaria habitual. En palabras del Alto Tribunal, “el acusado obró en la creencia de que su actuación era correcta, más aún cuando él mismo, en su etapa de diputado, había recibido regalos con cargo al presupuesto y conforme a una larga tradición, asumida por todos, que privaba al acato de cualquier reproche ético-social”.

⁵⁴⁵ Cfr. sentencia de 20-02-95. En la misma dirección: MORALES GARCÍA, *Fondos reservados*, p. 438: “el secreto no puede, en ningún caso, amparar la realización de un hecho delictivo, o dicho más claramente, la revelación de un hecho delictivo es lógica y absolutamente atípica”; CASTRO MORENO, *Malversación*, p.170: “el carácter secreto de los fondos reservados (artículo 3) tampoco puede ser obstáculo alguno para la subsunción de la conducta en el delito de malversación”.

⁵⁴⁶ Como resultado de una política de cooperación intergubernamental se ha llegado recientemente a la redacción del *Corpus Juris 2000* de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, como estudio y propuesta legislativa hecha por un grupo de expertos a petición del Parlamento Europeo que intenta sintetizar principios penales comunes con el objetivo último de alcanzar un espacio judicial común, en el que se prevén ocho conductas delictivas.

ámbito comunitario y pasan a ejercer el *ius puniendi* por vía de sus respectivas legislaciones nacionales. En España, el legislador incorporó las penas de algunas modalidades delictivas de forma explícita cuando son cometidas contra los fondos comunitarios, como son ejemplos los artículos 305.3, 306 y 309 del CP.

Sin embargo, la técnica de la asimilación plantea que por ser protegidos explícitamente los intereses financieros de la Unión Europea en determinados supuestos, del Código Penal serían entonces inaplicables los preceptos del delito de malversación *sensu contrario*. Es decir, al adoptar la técnica legislativa de promulgar leyes para hacer referencia explícita a los intereses de la Comunidad, en los supuestos en que no se haya hecho ello conduciría a la atipicidad de la conducta de acuerdo con una interpretación sistemática⁵⁴⁷.

Para dilucidar tal cuestión hay que considerarse que entre el patrimonio público de las Comunidades y de los Estados Miembros existe una estrecha relación, ya que éstos asumen el riesgo de posibles mermas en sus recursos al hacerse cargo de la gestión de los fondos supranacionales. Como señala ADÁN NIETO⁵⁴⁸, puede decirse que la Hacienda Comunitaria y Estatal están fuertemente relacionadas sobre todo en su vertiente funcional; pero también existe una estrecha relación en su aspecto patrimonial, puesto que la gestión de intereses comunitarios ocasiona una serie de riesgos para la Hacienda nacional. Por tanto, es perfectamente defendible que el delito de malversación abarque también los fondos procedentes de los presupuestos comunitarios⁵⁴⁹, aunque para algunos sea de *lege data* bastante discutible⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ A respecto, ponen de manifiesto MIGUEL BAJO y SILVINA BACIGALUPO, *Penal económico*, p.320, al comentaren el delito fiscal contra la Hacienda Comunitaria, que “hubiera bastado, para lograr el objetivo, una simple modificación por parte del Legislador en el sentido de incluir también los intereses comunitarios, sin necesidad de recurrir a una técnica tan compleja y alambicada como la usada en el nuevo Código Penal”.

⁵⁴⁸ ADÁN NIETO, *Fraudes comunitarios*, p. 310.

⁵⁴⁹ En este sentido: CRESPO BARQUERO, *Comentarios*, p. 1717: “por públicos se entienden, en principio, aquellos caudales pertenecientes a cualquiera de las Administraciones estatal, autonómica y local (y tal vez – no hay razones sólidas para lo contrario – los de la Unión Europea); ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 188: “En el ámbito de la malversación en el Derecho español no existe obstáculo para entender que los fondos de la Unión Europea ostentan la naturaleza de públicos, asimilándose en su protección penal a los caudales pertenecientes a cualquier ente público, en la medida en que estén a cargo del funcionario público español por razón de sus funciones”. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 667; ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 55-56.

⁵⁵⁰ En el mismo sentido: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4065; BACIGALUPO, E., *Penal económico*, p. 426, parece no concordar con la inclusión, pues para él “el principio de asimilación se encuentra en el comienzo de la discusión sobre la posibilidad de aplicación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos comunitarios, pues a partir de la entrada en vigor del sistema de financiación mediante

El Tribunal Supremo, en las sentencias de 27 de septiembre de 1991 y 10 de julio de 1995 hace referencia al *patrimonio comunitario*, que para algunos⁵⁵¹ tendría que interpretarse como patrimonio de las Comunidades Autónomas y para otros⁵⁵² es más adecuado entender que el Alto Tribunal está refiriéndose al patrimonio de la Unión Europea.

5.11. Conclusiones provisionales

El objeto material de la malversación está circunscrito a cualquier especie de bien con relevancia económica de naturaleza *mueble*, por su propia naturaleza o movilizados, los únicos susceptibles de desplazamiento. El hecho de que el art. 434 incluye expresamente los bienes inmuebles, más que una contradicción supone una confirmación de la delimitación del objeto material previsto en el art. 432 y 433 solo a bienes muebles.

El fundamento de la malversación gravita en el carácter público del objeto, razón por la cual la adjetivación no hacía falta en ningún de sus preceptos. Y hay que manejar con un criterio amplio para conceptualizar la Administración Pública, basado en los principios de la forma pública de personificación y sometimiento a un régimen jurídico público o que desarrollen alguna función al servicio de la satisfacción de necesidades de carácter general y social. O sea, con independencia del intento de lucro propio de las sociedades mercantiles.

El carácter público puede extenderse a los bienes que son privados en el origen y destino pero *el tránsito se realiza a través de un organismo público*, pues, una vez observada las formalidades, la Administración garantiza el pago de la cantidad ingresada en las cajas de un organismo estatal.

recursos propios *resultó claro que las Comunidades eran titulares de bienes jurídicos propios*, necesitados de protección penal, *que no necesariamente eran protegidos por los Derechos penales nacionales*".

⁵⁵¹ En este sentido: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 130, nota 137.

⁵⁵² En el mismo sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 175, nota 53, para quien está socialmente admitido que el término <comunitario> se refiere a la Comunidad Europea. Consiguientemente, " si el Tribunal se hubiera querido referir al patrimonio de las Comunidades Autónomas, debería haber utilizado la expresión patrimonios <autónomos>".

Es necesaria una relación jurídica entre la entidad y el caudal para que éste pueda ser concebido como público. Tal vinculación se realiza a través del criterio de la *pertenencia*, pero en un sentido más amplio: el carácter público se circunscribe sobre aquellos caudales o efectos que se hallen en el *circuito público*, afectos a una determinada finalidad, y que por ello se encuentran bajo *custodia* de la Administración.

El momento decisivo para que los caudales o efectos adquieran el carácter público es el de la *percepción* por parte del funcionario, pues la Administración no puede poseer si no es a través de los funcionarios, quiénes no reciben la cosa para sí, sino que son meros tenedores de la misma. Así, por <legítimo derecho expectante> sobre los caudales o efectos hay que entender *el momento mismo de la percepción por el funcionario*.

Debe incluirse la mano de obra en el concepto de caudal o efecto no porque su objeto sean los servicios en sí prestados sino porque lo que se malversa es la suma correspondiente con que la Administración Pública ha de pagarlos. Por tanto, más bien que <cosificar> a los empleados se trata de objetivizar el valor de sus trabajos. Asimismo es perfectamente defendible que el delito de malversación abarque los fondos procedentes de los presupuestos comunitarios, dado que los Estados Miembros asumen el riesgo de posibles mermas en sus recursos al hacerse cargo de la gestión de los fondos supranacionales.

6. La especial relación entre el sujeto activo y el objeto material.

A la configuración del delito de malversación no le es suficiente una relación cualquiera entre el sujeto activo y el objeto material. El Código penal hace referencia a dos elementos que restringen el ámbito de actuación de los delitos de malversación: en primer lugar que el funcionario tenga los caudales o efectos públicos a su cargo y, en segundo término, que tal tenencia se opere en razón de sus funciones. Sin embargo, pese a que haya un consenso respecto del primer requisito, no es pacífico el entendimiento del alcance de la expresión “por razón de sus funciones”, la cual tiene importancia trascendental para la delimitación de la malversación con los demás delitos patrimoniales.

6.1. La tenencia a cargo de los caudales o efectos

Según la doctrina más autorizada, el legislador español, con notable acierto, no ha hecho uso del término <posesión> y tampoco el vocablo <a su cargo> se identifica - por ser más amplio - con aquél⁵⁵³. Entendimiento contrario llevaría la aceptación de que bajo tal concepto sólo se abarcarían supuestos de actuación remota, puesto que las funciones en el ámbito de la Administración recomiendan esencialmente la tenencia o disponibilidad mediata. Y dicha limitación dejaría injustificadamente al descubierto innumerables operaciones financieras que se realizan sin detentación material del sustrato, a través de técnicas contables o del empleo de las telecomunicaciones, supuestos en los que principalmente el dinero se mueve sin necesidad de disponer físicamente del mismo.

Pero el término <a su cargo> tampoco se ajusta con la idea de <custodia>, empleada principalmente en Alemania como criterio diferenciador entre los tipos de hurto y apropiación indebida. Y ello porque por <custodia> debe entenderse la presencia de una relación dominical exclusiva sobre la cosa, con lo que quedaría fuera del ámbito del delito de malversación los casos en que el sujeto activo mantiene la posibilidad de actuar sobre el objeto en régimen de codisponibilidad homogénea o subordinada a las órdenes del superior⁵⁵⁴.

Tradicionalmente, según extendida corriente doctrinal y jurisprudencial, la <tenencia a cargo> de caudales o efectos públicos viene siendo entendida como equivalente a <tenerlos bajo su cuidado o procura>⁵⁵⁵, dado que el funcionario es tan sólo un tenedor o servidor de la posesión ajena. Así, es equiparada a la *disponibilidad* del

⁵⁵³ En el mismo sentido: OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 640, para quien la “tenencia a cargo” no puede equipararse a la posesión “ya que por ser más amplia, comprende formas de intervención y gestión económica que no implican, como la posesión, *inmediata tenencia*”; SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 841, llama la atención al hecho de que en el Derecho Italiano hubo necesidad de adoptar una noción tan amplia de la posesión, con vistas a la inexorable necesidad de incluir los casos de disposición jurídica, que en rigor se desvirtuó el concepto.

⁵⁵⁴ MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 187; Según SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 841, “el Tribunal Supremo ha rechazado siempre la pretensión de equiparar la expresión legal <a su cargo> con las nociones, harto más restringidas, de <en su custodia> o <en su poder>. Estas nociones suponen un estrechamiento indebido del precepto, contrario tanto al propio tenor literal del texto como a la clara trayectoria histórica del mismo”.

⁵⁵⁵ En este sentido: MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 968: “Es decir, es suficiente que el funcionario la tenga a su cuidado o procura y por lo tanto es indiferente por ejemplo que él tenga la llave de la caja de caudales o que pueda sacar esos caudales de la cuenta bancaria mediante cheques, etc.”; OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p.640, según el cual “tener <a cargo> comporta *hallarse obligado a dar cuenta o razón ante un órgano público*”; ORTS BERENGUER, *Derecho penal*, p.709, según el cual “a su cargo” significa que los caudales “se encuentran bajo su custodia”. SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 840: “Tener los caudales a su cargo significa tenerlos a su cuidado o procura: <estar encargado de ellos>, según expresión del Código de 1822”; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 81: “tener <a su cargo> significa tener confiada la custodia o la administración de los caudales o efectos públicos”.

funcionario sobre el objeto, de manera que es posible abarcar situaciones en las que se puede acceder al objeto tanto de forma inmediata como mediata. Eso significa que es suficiente que el funcionario o autoridad tengan <un poder sobre el destino de los bienes>, prescindiéndose de que los tengan al alcance de sus manos, ya que la función de custodia y conservación puede cumplirse de muy diversos modos, según la naturaleza del servicio. Se habla entonces de “disponibilidad de hecho o de derecho” o “disponibilidad jurídica”, por la cual el autor puede operar jurídicamente sobre la cosa, independientemente de su proximidad con relación a ella⁵⁵⁶. A partir de tal entendimiento, resulta claramente que la disponibilidad compartida no será escollo para la realización del tipo⁵⁵⁷.

El Código anterior hacía referencia a la tenencia por <disposición>, que fue criticada por haber canalizado el problema desde un plano estrictamente jurídico, dado que el funcionario público jamás tiene <a su disposición> los caudales o efectos públicos, sino *siempre* los tiene <a cargo>, ya que debe *necesariamente y en todo caso*, dar de ellos *cuenta o razón*”⁵⁵⁸. Y como pone de manifiesto FEIJOO SÁNCHEZ⁵⁵⁹, con la

⁵⁵⁶ El criterio de la “disponibilidad jurídica” es aceptado por la doctrina dominante: En este sentido: ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 191, para quien “es relevante la detentación material como la jurídica, siempre que sea por razón de sus funciones”; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 968: “sigue siendo necesario además, que estos caudales estén <a su cargo>. Con ello se quiere decir que no se precisa la tenencia material, bastando con la posibilidad de disposición meramente jurídica”; OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 286, para quien “la expresión “a su cargo” debe ser interpretada como poder del funcionario sobre el destino de los bienes”, incluyéndose los supuestos de disposición meramente jurídica; SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 841, para quien lo importante es que el funcionario tenga un poder de vigilancia o de control sobre la cosa que le permite, mediante un acto de su competencia, llegar al poder de hecho, sin ser en ello impedido por quienes ejercen la detentación material; MORALES PRATS y MORALES GARCIA, *Comentarios*, p. 1966. En contra, entendiendo que “a su cargo” significa la simple tenencia material: ORTS BERENGUER, *Derecho penal*, p. 468; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 153: “no es necesario que los caudales o efectos públicos los tenga el funcionario de un modo material o directo, sino que es suficiente una *disponibilidad jurídica*, es decir, aquella posibilidad de disponer de la cosa aunque sean otros quienes la detenten materialmente”.

⁵⁵⁷ En la sentencia de 22-04-94, el Tribunal Supremo resaltó que “la doctrina de este Tribunal de casación ha recogido que no sólo incurre en el delito el funcionario que tiene encomendada guarda de caudales, sino el superior jerárquico a quien se encomienda la vigilancia y control de los mismos”, razón por la cual “no es precisa una inmediata posesión o tenencia, siendo suficiente la mediata o *longa manu*”. En otra oportunidad (Sentencia de 06-04-89) subrayó el Tribunal Supremo que lo esencial es que los fondos estén a cargo del acusado (funcionario público) por una razón inherente a la función pública de que esté revestido o del servicio oficial que desempeñe, “sin que afecte a la tipicidad del hecho la existencia de disponibilidad material o jurídica, exclusiva, compartida o condicionada”. En el mismo sentido: la STS de 08-03-90.

⁵⁵⁸ En el mismo sentido: OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 642.

⁵⁵⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Consideraciones*, p.1686. En sentido contrario: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 81, para quien la desaparición de la referencia a la tenencia <a su disposición> no debe alterar la cuestión, puesto que se trata de elementos típicos distintos. Así, “se puede perfectamente tener los bienes a su disposición (esto es, sin tener específicamente encargada su custodia o gestión) y, sin embargo, por razón de las funciones que se desempeñan, tener acceso a ellos. Y, de igual modo, se puede tener el encargo de custodia o administración de los mismos, sin que ésa sea una competencia específica que la normativa administrativa atribuya al Cuerpo administrativo al que el sujeto pertenece. Por consiguiente, una cuestión es la tenencia, bien <a su cargo>, bien <a su disposición> de los caudales o efectos públicos, y, otra, distinta, es

desaparición de la referencia a la tenencia a su disposición en el Código actual, es insostenible la línea jurisprudencial que entendía suficiente el simple poder de hecho sobre bienes con ocasión del ejercicio de la función pública.

Respecto a la detentación de los caudales o efectos públicos, el Tribunal Supremo se decanta por el criterio de la *disponibilidad jurídica*, afirmando que lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de *disposición* sobre los caudales o efectos sometidos a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente público, o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso de la práctica administrativa dentro de aquella estructura⁵⁶⁰. De modo que se comprenden tanto aquellos supuestos en que al funcionario le está atribuida la tenencia directa y material de los caudales públicos como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traducen en disposición sobre los mismos (capacidad de decisión e inversión), como puede ser la disponibilidad de fondos a través de un terminal informático⁵⁶¹.

Ahora bien, el término <a su cargo> se encuentra limitado por dos aspectos. De una parte debido a que la capacidad dispositiva del funcionario debe estar refrendada <por razón de sus funciones>; de otra, porque la disponibilidad jurídica debe superar la de mero servidor de la posesión⁵⁶². Es decir, el tipo no alcanza aquellos supuestos en que el funcionario no posea capacidad dispositiva alguna sobre los caudales o efectos. Según el Tribunal Supremo, la expresión <tener a su cargo> no solo significa responsabilizarse de la custodia material de los caudales, “sino también ostentar capacidad de disposición e inversión, de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones”⁵⁶³.

el problema de si esa tenencia, tanto a su cargo, como a su disposición, sea por razón de las funciones que le corresponden, o no, al sujeto en cuestión”; CRESPO BARQUERO, *Comentarios*, p. 1718-1719. Asimismo el Tribunal Supremo, en la sentencia de 12-11-96, señaló que la supresión de la exigencia de que los caudales o efectos estén a disposición del funcionario en nada altera el entendimiento, dado que, en todo caso, la expresión ‘por razón de sus funciones’ abona y aun ratifica la jurisprudencia anterior a la norma.

⁵⁶⁰ Cfr. STS de 11-11-98 y 21-07-2005.

⁵⁶¹ Estima el Tribunal Supremo malversación en la conducta consistente en que el acusado, empleado en el Instituto Nacional de Empleo, introdujo en el ordenador las órdenes precisas para generar unas prestaciones de desempleo inexistentes que, tras la elaboración de las correspondientes tarjetas de demanda de empleo, le permitió cobrar tales prestaciones (STS 5-6-98). En la misma dirección son las STS de 21-07-2005, 12-12-2005 y 02-03-2006. Con todo, hay que dar la razón a MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*(2), p. 976, según el cual tal supuesto es “discutible” y sólo caracterizará malversación cuando la manipulación de terminales informáticos se lleve a cabo por quienes tienen una competencia específica para ello.

⁵⁶² En el mismo sentido: QUERALT JIMÉNEZ *Derecho penal*, p. 452.

⁵⁶³ STS 05-10-99. Asimismo señala que “ya no rigen los antiguos criterios en que se atendía a la posesión física de los caudales por una determinada dependencia administrativa, sino que lo fundamental es la

Finalmente, tampoco se configurará el delito de malversación cuando el objeto material llegue a las manos del funcionario de forma ilícita, como en todos aquellos supuestos en que la recepción o tenencia obedezca a una entrega abusiva, como sucederá, verbigracia, cuando la recepción del dinero o de otro efecto provenga de un acto administrativo sustancialmente ilegítimo, o de usurpación, o de abuso de oficio o de dolo constitutivo de engaño⁵⁶⁴. Estos supuestos deben ser punidos con las penas de la estafa o de apropiación indebida, agravadas por la cualidad pública del sujeto.

6.2. La tenencia a cargo <por razón de sus funciones>. Alcance

La singularidad básica del delito de malversación no se encuentra en la mera condición de funcionario, siendo determinante tan sólo la relación con los caudales. Y la relación del funcionario con el objeto material es complementada por la proposición <por razón de sus funciones>. El legislador del Código penal de 1995, pues, vuelve a utilizar una formulación introducida ya en el Código penal de 1870, entendida ya tanto de forma amplia como restricta.

La posición *expansiva*, influenciada por la posición de GROIZARD⁵⁶⁵ con relación al Código de 1870, equipara el contenido de la expresión a la mera ocasionalidad o acercamiento esporádico y se contenta así que el sujeto activo tenga el objeto material a su cargo “en consideración a” o “con ocasión de” las funciones, de modo que las apropiaciones o distracciones de los caudales o efectos a los que tenga en el ejercicio de su cargo pueden ser objeto de malversación aun cuando no constituya propiamente el objeto material del ejercicio de su cometido concreto. O sea, este concepto amplio implica que se consideren relevantes, a efectos del delito de malversación, todas aquellas situaciones en las que un funcionario público tenga la disponibilidad de hecho de los caudales, aunque

posibilidad de disponer de una partida integrante del presupuesto de una entidad pública” (STS 05-10-99). “De no ser así, resultarían privilegiados punitivamente los rectores y dirigentes políticos frente a los funcionarios de rango inferior”.

⁵⁶⁴ En la misma dirección: DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 819, según el cual “la competencia ha de serle atribuida al funcionario legítimamente, por lo que desaparece este delito cuando existió usurpación de la función o ejercicio abusivo de la misma”.

⁵⁶⁵ Para GROIZARD, la expresión “por razón de sus funciones” se convirtió en un nuevo requisito, introducido en 1870, que podía dar lugar a absoluciones injustificadas de funcionarios a cuyo cargo se ponen accidentalmente fondos públicos por autoridad competente. En su punto de vista, la expresión no añade ningún desvalor diferenciable, puesto que todos los empleados públicos ejercen funciones públicas (Vid. ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 192).

sólo sea por una circunstancia ocasional, como pueda ser el que se sirva del cargo para obtener dicha disponibilidad⁵⁶⁶. Por ello, no sólo es posible abarcar un mayor número de situaciones sino que también se tiene como criterio rector de los delitos de malversación el deber de fidelidad⁵⁶⁷.

Para la concepción *estricta*, en cambio, la expresión <por razón de sus funciones> debe ser entendida como relación de dependencia inmediata o competencia específica de la función que desempeña el funcionario por caer dentro del ámbito de las atribuciones propias del cargo. Entender de forma diversa el requisito analizado implicaría desbordar o mismo ignorar los márgenes del tenor literal del tipo, pues el requisito de vinculación con el objeto presenta un evidente carácter limitativo.

La doctrina dominante, basada en la doctrina de SUÁREZ MONTES⁵⁶⁸, se decanta por la <competencia específica> como criterio rector, bajo entendimiento de que la ocasionalidad se identifica con cualquier concepto por el que el sujeto activo haya llegado a tener contacto con el objeto y, por lo tanto, desde la simple ocasión de las funciones, pocas son las actuaciones formalmente adecuadas al tipo que no terminan

⁵⁶⁶ ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 156.

⁵⁶⁷ La concepción amplia es mantenida por autores como CRESPO BARQUERO, *Comentarios*, p. 1719, para quien, en la medida que el nuevo Código mantiene el mismo tenor literal (*tener a su cargo por razón de sus funciones*) puede entenderse que la interpretación amplia de tales expresiones pueda seguir siendo la misma, pues incluso la redacción del art. 434, en que se omite significativamente cualquier relación concreta, aparece como posible elemento interpretativo nuevo en apoyo de esa postura; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 172, quien defiende el criterio expansivo de la expresión “por razón de sus funciones” en razón de la interpretación que hace con relación al bien jurídico protegido en la malversación, que para ella nos es simplemente el erario sino también la confianza de los ciudadanos en el manejo de los fondos público. Así, “si el funcionario que ocasionalmente recibe fondos públicos (por delegación de hecho de la persona que competencialmente debería recibirlos) no se opone formalmente a realizar esa labor, no puede posteriormente escudarse en la falta de competencia, para eludir el tipo de malversación, y subsumir su conducta en un tipo castigado en la mayoría de supuestos con penas menos grave”, y ello “con independencia de que el funcionario actúe o no dentro de la esfera de sus específicas atribuciones competenciales, bastando las generales y la que asume por delegación, aunque ésta sea de hecho”; OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 648, el cual entiende que hay una fundamental diferencia entre el funcionario que sin estar facultado para dar carácter público a unos caudales se apropia de ellos, no los tiene a su cargo como acredita, del funcionario que recibe, aún con irregularidad administrativa en las formalidades de la recepción. Para referido autor, “la recepción irregular, si afecta a caudales públicos de los que *deba dar cuenta y razón* ante el órgano o ente público en el ejercicio de *cuyas funciones participa*, y que *no habría recibido* si no hubiere desempeñado éstos, *no libera al funcionario de responder del delito de malversación*”; ROLDAN BARBARERO, *Malversación*, p. 16, según el cual bastará que el funcionario los tenga los caudales públicos ocasionalmente con ocasión de sus funciones; RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 22-23. En la jurisprudencia: STS de 24-11-2003 y 21-07-2005.

⁵⁶⁸ SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 837: “En nuestro derecho no basta la cualidad genérica de funcionario, sino que se requiere la particular calificación del mismo, dimanada de la inclusión del cuidado de caudales en las funciones encomendadas al sujeto”.

subsumiéndose en él⁵⁶⁹. Así, la mera “situación de hecho” es insuficiente para que el funcionario responda por el delito de malversación, pues una interpretación sistemática conduce al reconocimiento de que no se puede igualar el desvalor de la conducta cometida por cualquier funcionario y la de aquel que tiene una relación específica de custodia y conservación respecto de los caudales, pues el art. 438 ya castiga de forma diferenciada la conducta de aquéllos⁵⁷⁰. Y como observa FEIJOO SÁNCHEZ⁵⁷¹, “si el funcionario no actúa en el marco de sus competencias, desde un punto de vista valorativo no existen diferencias con un particular y el comportamiento, por tanto, será valorativamente equivalente al de una persona ajena a la Administración Pública⁵⁷²”.

⁵⁶⁹ En el mismo sentido: MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 191; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *Delitos*, p. 123, según el cual “de lege lata, la simple titularidad de un cargo público es insuficiente para determinar la existencia de un delito de funcionario público, requiriéndose la conexión entre el delito y las competencias funcionales, entre la conducta y el contenido del cargo o función. En él, el funcionario proyecta el abuso de sus facultades o poderes precisamente sobre la función o actividad que le corresponde desarrollar como órgano de la Administración”; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 77-78, para quien, dentro de esta laxa concepción, no incurre en malversación el funcionario que es totalmente ajeno a la custodia y gestión de los fondos públicos, es decir, no basta con la cualidad funcionarial y pasar por allí, puesto que ello imposibilitaría del todo la distinción con el delito de apropiación indebida de funcionario público del artículo 438 CP.

⁵⁷⁰ En el mismo sentido: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 162-163;

⁵⁷¹ *Consideraciones*, p. 1681: según el autor la idea de la infracción de un deber específico por razón del cargo permite diferenciar, por ejemplo, entre el delito de malversación (delito especial) y el delito de hurto (delito común) aunque la persona que realice la sustracción sea un funcionario que se encuentra en horas de trabajo”. En el mismo sentido: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 162: “Esta postura (amplia), llevándola hasta sus últimas consecuencias, debería conducir a la equiparación entre la conducta realizada por un particular y la de un funcionario”.

⁵⁷² En este sentido, entre otros: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 82: “La exacerbación penológica del delito de malversación, debe, a mi juicio, imponer una interpretación lo más restrictiva posible de los distintos elementos típicos, de tal manera que, sólo los supuestos más graves, recogidos en la concepción estricta, deban merecer la calificación de malversación, quedando el resto, ya castigados, por los tipos patrimoniales tradicionales. Por ello, entiendo que sólo una interpretación más restringida del vínculo permitiría establecer diferencias entre los tipos de malversación y el de apropiación indebida de funcionario con abuso de su cargo”. Para referido autor, *Malversación*, p. 84, así mismo, la redacción del artículo 435.1 CP, que extiende el ámbito de operatividad del delito de malversación a los que se hallen encargados por cualquier concepto de caudales públicos, resulta un argumento poderoso a favor de esta tesis restricta. Esto es, lo que viene a consagrar este precepto, es la concepción amplia, y, ¿qué sentido tendría ampliar a los sujetos que tienen los bienes a su cargo no por razón de sus funciones específicas, sino por encargo, si entendiéramos que ya los propios tipos de malversación propia contemplan esta amplia situación?. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 191, quienes, bajo la perspectiva funcional del patrimonio como bien jurídico protegido señalan que “el que sea el funcionario específicamente competente para el manejo o custodia de los fondos quien los aparta de su función es lo que determina que el correcto funcionamiento de la actividad del Estado se vea comprometida”; MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1967, quienes critican la apertura típica operada por la extensión de relación funcional al ver en ella “una neta identificación entre la cualidad de funcionario y la razón de las funciones, disolviendo con ello los recortes típicos históricamente mantenidos por el legislador y excediendo el ámbito del tenor literal posible de los tipos de malversación”; OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p.287: “la expresión “por razón de sus funciones” ha de ser interpretada en sentido estricto, es decir, debe tener asignada la competencia específica para decidir respecto del destino y régimen de utilización del caudal o efecto público, pues desde el punto de vista del bien jurídico, sólo los sujetos que al respecto de estos bienes tienen facultades decisorias merecen estar incluidos en la expresión analizada”; CATALÁN SENDER, *Delitos*, p. 262, para quien el funcionario debe <tener competencia> para poseer el caudal; FERRÉ OLIVÉ, *Corrupción*, p. 23, según el cual “sólo pueden ser autores las autoridades y funcionarios que estén en directa

En la jurisprudencia, el Tribunal Supremo inicialmente interpretó la expresión <en razón de sus funciones> en un sentido estricto, refiriéndose a las funciones específicamente desempeñadas por el funcionario⁵⁷³, para después volverse a favor de una interpretación más flexible, por la cual acepta la tesis de la ocasionalidad. Así, el Alto Tribunal interpreta el sentido de la norma en la dirección de considerar como posibles autores del ilícito a todos aquellos funcionarios que ostenten una facultad de disposición, de hecho o de derecho, sobre los bienes, entre o no en las atribuciones legales de su cargo o cuerpo administrativo al que se pertenezca. Por ello, declara “que 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 administrativas asignen al cuerpo administrativo al que pertenezca o al servicio al que 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”⁵⁷⁴. Es decir, lo trascendente no ha de venir determinado por el formalismo de la atribución normativa de las competencias respecto de la custodia de los caudales, sino, de modo más amplio y natural, por el hecho de que el funcionario tenga verdaderas facultades de disposición sobre los mismos, que le haya venido facilitada precisamente por su condición de servidor público, y que le permita, en la práctica, cualquiera de las conductas contenidas en la norma.

y estrecha relación con los caudales y bienes públicos, quienes los gestionan y administran”; ORTS BERENGUER *Comentarios*, p. 1853, “esta inteligencia ajustada no comporta dejar en la atipicidad conductas de sustracción o distracción de caudales públicos, que siempre tendrán acomodo en un delito contra el patrimonio, el hurto por ejemplo”.

⁵⁷³ En una de las ocasiones que el Tribunal Supremo interpretó restrictivamente la puesta a cargo del objeto material fue en la Sentencia de 29-02-88, en la cual declaró que “que no basta, a los efectos del delito en cuestión, que el funcionario tenga los fondos “con ocasión” o “en consideración” a su cargo sino que es preciso que la tenencia y disponibilidad se deriven de la función y competencia específica, pues de no ser así, la sustracción o disposición de los fondos que se hallen en poder del funcionario por cualquier otra clase de relación dará lugar al delito de apropiación, pero no al de malversación”. En la misma línea, estimando que el requisito de la facultad decisoria del funcionario sobre los bienes en el sentido de requerir que las disposiciones legales o reglamentarias que disciplinan las facultades del funcionario le atribuyan específicamente tal cometido: STS de 19-09-2001. Más recientemente, en la Sentencia de 12-12-2005, el Tribunal Supremo absolvió una cocinera interina de la cocina de hospital que se llevaba productos a casa del delito de malversación y le condena en su lugar como autora de un delito de apropiación indebida. Estimó el Alto Tribunal que no aparecía con claridad precisa que la recurrente tuviera como función y competencia específica la adquisición de alimentos para el consumo de los enfermos, dado que “unos de los elementos que conforman el delito de malversación es el de la especial relación en que debe encontrarse el funcionario respecto de los bienes o caudales públicos – facultad decisoria – que, recordemos, exige que tal relación se derive de la función y competencias específicas que tengan”.

⁵⁷⁴ STS de 26-12-2002, 16-05-2002; 29-01-2004 y 02-03-2006.

A mi juicio, la interpretación de la competencia específica es la que mejor atiende a la *voluntas legis* de que la malversación abarque sólo aquellos supuestos en que el funcionario tiene el objeto material bajo su custodia en razón de sus funciones, con aras de posibilitar la distinción con los delitos contra el patrimonio. Pero la aceptación de la tesis de la “competencia específica” plantea aún la cuestión de la legitimación de las fuentes de atribución del poder del funcionario sobre el objeto. En general, ella deviene de una norma de rango legal o reglamentario. Pero, sería restringir demasiado el alcance del tipo si no se considerase también otras formas de expresión de la Administración Pública, como por ejemplo el acto administrativo (activo u omisivo), que constituye su principal fuente de actuación. Asimismo la orden superior, en caso de que no haya norma que habilite o prohíba la asunción de funciones por el funcionario, puede ser considerada fuente de legitimación, al menos que sea manifiestamente ilegal⁵⁷⁵. Incluso la praxis administrativa no *extra legem*⁵⁷⁶ y el contrato pueden ser considerados como fuentes válidas a la verificación del vínculo⁵⁷⁷. Y la expresión <por razón de sus funciones> contempla los supuestos de desempeño interino, en los que el funcionario está encargado del objeto material supliendo la falta de otra persona⁵⁷⁸, bien así como resultante de una acumulación de cargos. En todo caso, se ha estimado que tal elemento típico se halla excluido en las siguientes hipótesis: a) cuando se declare la inconstitucionalidad de la ley o la nulidad del reglamento o del acto administrativo; b) cuando el funcionario es incompetente para desempeñar la función, aunque desconozca tal circunstancia⁵⁷⁹; c) cuando el funcionario carezca de autorización para recoger los fondos⁵⁸⁰.

⁵⁷⁵ Pero, conforme observa MORALES GARCIA, *Malversación*, p. 200, “la orden del superior manifiestamente antijurídica, obedecida por el subordinado no origina el elemento típico si de dicha orden puede inferirse nulidad absoluta del hecho. Si la competencia a través de acto administrativo únicamente vulnera principios formales de actuación o es irregularmente adquirida, no decae la existencia de la razón de las funciones. En estos supuestos, la actuación de la Administración Pública continúa desplegando efectos frente a terceros”.

⁵⁷⁶ En el mismo sentido: MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1967. Según el Tribunal Supremo, “lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos, sometidos por eso a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente público o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso o la práctica administrativa dentro de aquella estructura” (STS de 25-3-96 y 13-02-97).

⁵⁷⁷ Cfr. SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 839: “la competencia específica ha de ser legítima, es decir, deberá tener por base normas jurídicas, que pueden ser: la ley, un acto de la autoridad competente, la praxis administrativa y, por último, el contrato mismo”.

⁵⁷⁸ SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 838: “no se requiere una titularidad permanente, sino que basta el desempeño interino, como acertadamente puso de relieve Pacheco”.

⁵⁷⁹ En el mismo sentido: MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1967, para quienes en tales supuestos, “por ausencia de competencia funcional habrán de quedar al margen del art. 432 CP para integrarse en los tipos de hurto, robo, apropiación indebida, apropiación por error del transmitente o estafa (en este último caso a través de la teoría de los actos concluyentes), todo ello en función de la calificación pública o privada que decida otorgarse a los caudales”; OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 287, según

Hay que subrayarse que la figura típica del art. 434 CP no exige expresamente que la tenencia derive de una *competencia específica*. Con todo, hay que pronunciarse a favor de una interpretación sistemática que posibilite mantener el nexo objeto-sujeto en idénticos términos del contenido en los preceptos antecedentes. Es decir, entender que la no-contemplación de la vinculación específica es fruto de olvido del legislador y, por consiguiente, se encuentra contenida implícitamente. Y ello conforme a una interpretación coherente con los preceptos anteriores al artículo 434 CP, ya que no se opone la literalidad de dicho artículo⁵⁸¹.

lo cual, “respecto de los supuestos de entrega por error, creyendo al funcionario competente para la recepción, si éste se apropia de la cantidad entregada, cometerá la conducta del nuevo art. 254, relativa a la apropiación indebida, con la agravación, en su caso, prevista en el art. 438 referida al abuso de su función”.

⁵⁸⁰ STS de 22-02-95: “No puede afirmarse la existencia de esa directa relación que entre los caudales y el funcionario debe haber cuando el acusado carece de autorización de la Administración, o del Servicio, Jefatura, Delegación u Organismo oportuno, para recoger los fondos que después hace suyos, ya que entonces y como ha recordado ahora el recurrente con todo acierto, se obra no con abuso de funciones sino fuera o al margen de las mismas”.

⁵⁸¹ En este sentido, entre otros: RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 332; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La malversación por aplicación privada*, p. 100, el cual cree que conviene realizar una interpretación sistemática y teleológica en el sentido de exigir también en el art. 434 la especial relación, dado que “así se mantiene la unidad sistemática del Capítulo dedicado a la malversación y, sobre todo, se diferencia el delito de los delitos patrimoniales”; ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 40 y 98, quien subraya que la competencia específica es una restricción “que, por coherencia sistemática, entiendo también implícita en la conducta tipificada en el art. 434 CP”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 152, para quien ello es “una interpretación coherente con los preceptos inmediatamente anteriores al mismo, interpretación ésta a la que, por lo demás, no se opone a la literalidad de dicho artículo 434”; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 201: “la interpretación sistemática uniforme de todo el Capítulo aconseja mantener incólumes los elementos comunes a los distintos delitos de malversación”; MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 181; MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1977; OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 297, para quien “realizando una interpretación sistemática, debería exigirse que los bienes muebles o inmuebles a los que se le da una aplicación privada se tengan a su cargo por razón de sus funciones, pues de otro modo no será posible realizar esta conducta con la cualidad de autor estricto”; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 85, quien señala que “si en el artículo 434 CP no fuera necesario que el sujeto tuviera vinculación con los caudales, ¿qué sentido tendría entonces que el artículo 435 amplíe su ámbito a los encargados por cualquier concepto...? No puede ampliarse el margen de una vinculación que no se exige”. En sentido contrario: MIR PUIG, C., *Delitos*, p. 319, quien observa “una apertura típica en relación con los artículos 432 y 433 CP, al suprimir el art. 434 la referencia a la relación funcionario-objeto material (se elimina <a su cargo por razón de sus funciones>”; CRESPO BARQUERO, *Comentarios*, p. 1728, para quien en el art. 434 “se criminaliza la conducta del servidor público que, actuando desde su condición genérica de tal funcionario, con ánimo de lucrativo propio o ajeno, genera un perjuicio especialmente grave a la causa pública, con independencia de que tales bienes estén o no específicamente a su cargo”. EL Tribunal Supremo, en la Sentencia 85/2004, de 29-01-2004, entendió que el art. 434 define el supuesto de la denominada <distracción de uso>, sin requerir expresamente que lo distraído se encuentre <a su cargo>, no resultando lógico que, en este caso de menor gravedad, la mera condición de funcionario identifique al autor de la infracción, si para el que aquí nos ocupa (art. 432) se exigiera aquella especial relación competencial entre el sujeto y el objeto de la malversación. Sigue este entendimiento: RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Delitos*, p. 25.

Por fin, cumple observar que para CASTRO MORENO⁵⁸² la discusión en torno de la interpretación de la expresión <por razón de sus funciones> tiene poco efecto práctico, dada la enorme amplitud del título que fundamenta el encargo en el supuesto del número primero del artículo 435 CP, porque allí no se exige una fuente específica de la que surja el encargo, sino que es suficiente que el sujeto se halle encargado “por cualquier concepto”, operando así una desnaturalización *ope legis* de la malversación propia. Al referido autor hay que objetarle, no obstante, que también la equiparación punitiva de la malversación impropia se estriba en el deber de garantía similar al funcionario que tiene a su cargo caudales o efectos por razón de sus funciones. No existiría lógica que el legislador le exigiese al funcionario la competencia específica en la malversación propia para que, enseguida, la rebajase.

6.3. Confrontación de la malversación con la apropiación indebida de funcionario

La diferencia entre la apropiación indebida común (art. 252 CP) y agravada (438 CP) consiste en la presencia de la calificación subjetiva del autor en ésta. O sea, el art. 438 CP contiene todos los elementos de la apropiación indebida básica propia de la condición de funcionario público como sujeto activo, que debe actuar abusando del cargo. Y respecto al <abuso del cargo> del art. 438 CP significa aprovecharse de las facilidades que le otorga al sujeto su condición funcionarial para desarrollar una actividad delictiva en el terreno meramente privado y particular⁵⁸³. De manera que se despliega el carácter agravatorio cuando el sujeto activo se aprovecha de la confianza propia del cargo para facilitar la realización del delito, lo que representa una mayor peligrosidad de la acción. Por lo tanto, el abuso debe estar directamente relacionado con el cargo desempeñado.

⁵⁸² En el mismo sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 98. Para referido autor, “el problema es complejo hasta el punto de resultar prácticamente irresoluble. En cuanto las diferencias entre la vinculación exigida en los tipos de malversación propia y el supuesto del número primero del artículo 435, conviene recordar que las restricciones efectuadas en los anteriores, han quedado con este último precepto absolutamente mermadas, puesto que ya no es necesario para cometer el delito de malversación, tener a cargo los caudales *por razón de las funciones*, sino que basta con que tal tenencia a cargo sea *por cualquier concepto*”.

⁵⁸³ En el mismo sentido: FEIJOO SÁNCHEZ, *Comentarios*, p. 1165; MORALES PRATS y MORALES GARCIA, *Comentarios*, p. 1908. También la jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente en este sentido: STS de 12-03-94 y 22-02-1995. En esta última el Tribunal Supremo señala que “por encima de cualquier otra elucubración jurídica, es evidente que esta figura penal deja al margen la actividad delictiva del funcionario que en el ejercicio de su cargo pudiera desembocar en la malversación, para incidir en la actividad desarrollada por el sujeto únicamente en el terreno privado y particular aunque sea con abuso del cargo o de la función”.

Y la existencia conjunta de ambos tipos penales (malversación y apropiación indebida agravada) plantea el problema de delimitación de los supuestos que deban ser incluidos en una u otra figura típica. Según el punto de vista de algún autor⁵⁸⁴, la diferencia entre los delitos de malversación y apropiación indebida por funcionario estriba en que, en la primera, el funcionario tiene encomendada su custodia o administración, mientras que en la segunda, el funcionario no tiene encomendadas tales funciones, sino que, careciendo de cualquier relación o vinculación con los fondos, se aprovecha, simplemente, de que es funcionario para apropiárselos. Lo cierto, con todo, es que la tenencia a cargo es un elemento común a ambos delitos y por lo tanto no se presta como elemento diferenciador. En efecto, el art. 438 CP se remite expresamente al art. 252 CP. Así, para poder aplicarse el art. 438 es imprescindible que el funcionario tenga los bienes de los que se apropia en depósito, comisión, administración o por cualquier otro título que obligue a entregarlos o a devolverlos, lo que no significa otra cosa sino <poner a su cargo>⁵⁸⁵.

Tradicionalmente, la distinción entre ambos tipos penales es hecha bajo la perspectiva de las distintas relaciones jurídicas que unen, en uno y otro caso, a los sujetos con el objeto material, esto es, en el título que fundamenta dicha tenencia a cargo: si es por razón de sus funciones (malversación), si no (apropiación indebida). Así, para contrastar la modalidad propia de malversación con el delito de apropiación indebida agravada por el abuso del cargo es de fundamental importancia la interpretación con relación al contenido de la expresión <por razón de sus funciones>. Y ello porque, conforme subraya SUÁREZ MONTES⁵⁸⁶, “con base en esta característica se establece la distinción legal entre el tipo de malversación y la apropiación cometida por el funcionario mediante abuso de su cargo, que constituye un tipo especial cualificado contra la propiedad”. Precisamente el principal argumento de la doctrina que rechaza la tesis de la *ocasionalidad* es el de que la amplitud que ella conlleva conduce a la derogación de la figura delictiva común agravada, sencillamente por parecer evidente que la expresión <abusando de su cargo> - contenida en el art. 438 CP - refiere su radio de acción a situaciones en las que el sujeto activo obtiene

⁵⁸⁴ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Derecho penal*, p. 439.

⁵⁸⁵ En este sentido: POLAINO NAVARRETE, *Malversación*, p. 410, según el cual “¿Qué otra cosa significa <poner a su cargo> los caudales o efectos públicos en relación a la autoridad o funcionario público por razón de sus funciones, sino <encomendarlos a su administración>?”; CASTRO MORENO, *Apropiación indebida por funcionarios*, p. 27, para quien “tanto en un caso como en el otro, el sujeto activo siempre tiene la cosa a su cargo o, lo que es lo mismo, está encargado de la misma”.

⁵⁸⁶ SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 870.

algún tipo de beneficio en la realización del hecho típico en virtud de su condición, *independientemente de la conexión del hecho con las funciones a él encomendadas*.

De modo que, sostener la aplicación del delito de malversación siempre que el sujeto activo tenga a su cargo caudales por título que obligue a su devolución a despecho de la competencia específica, tal y como hace la jurisprudencia dominante, implicaría producir una desnaturalización de los tipos de malversación al insertar en ellos conductas que tendrían su perfecto enclave en otras figuras delictivas, como la apropiación indebida⁵⁸⁷. Por eso la doctrina mayoritaria ha señalado que en el delito de malversación no basta prevalecerse de la función pública; el abuso del cargo para cometer la depredación constituye otro delito, el del art. 438 CP. Para que haya malversación es menester que los caudales públicos estén *específicamente confiados al funcionario*. En definitiva, cuando el funcionario público se apropie de caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en el delito de malversación, mientras que cuando la condición funcional del sujeto sea un simple elemento de acceso, facilitación o de favorecimiento de la conducta apropiatoria, de modo que actúe a título particular o privado, pero aprovechándose o abusando de su condición para realizar la apropiación, se dará el delito de apropiación indebida de funcionario público.

Pero no sólo a partir de la relación específica deviene la aplicación de uno u otro precepto. La doctrina, en general, ha ofrecido las siguientes hipótesis en las que el delito de malversación cede paso al delito de apropiación indebida agravada: a) allí donde las atribuciones de la función del sujeto activo se encuentren viciadas “ex ante” de nulidad; b) cuando el acto traslativo se realice por error del particular a un funcionario no legitimado; c) cuando el supuesto que origine la obligación de devolución se produzca fuera del ámbito de la función pública pero en virtud de la posición que el sujeto activo ocupe en el seno de la Administración Pública.

⁵⁸⁷ ORTS BERENGUER, *Derecho penal*, p. 468. En el mismo sentido: MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 194, para quien “aquello que <prima facie> debería ser considerado tipo de recogida para los casos de ausencia de alguno de los requisitos típicos de la malversación deviene inaplicable por la sola presencia de caudales públicamente cualificados”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 163, nota 35: “Si se mantuviese una interpretación amplia de la expresión “por razón de sus funciones” se produciría una superposición de las esferas de eficacia de estos delitos, con la consiguiente imposibilidad de aplicar la figura de apropiación indebida agravada contemplada en el art. 438 CP”; CASTRO MORENO, *Apropiación indebida por funcionarios*, p. 24, según el cual “la distinción se difumina considerablemente si se mantiene, tal y como hace la jurisprudencia dominante, una concepción amplia de la relación exigida en el delito de malversación entre el funcionario público y los caudales objeto de la apropiación”.

Ahora bien, según CASTRO MORENO⁵⁸⁸ el verdadero y principal problema se encuentra en hallar la diferencia entre la apropiación indebida con abuso del cargo y la malversación impropia del art. 435.1 CP, cuya solución, según su punto de vista, se establecería en función de la naturaleza pública o privada de los caudales, de tal manera que cuando el funcionario se apropie de caudales públicos que tiene encargados por cualquier concepto, incurrirá en el artículo 435.1º, mientras que, si los bienes son privados, estará en el ámbito del artículo 438. Tal propuesta fue acogida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 26-02-99, que basándose en la naturaleza privada de los caudales condenó a un particular por apropiación indebida, al argumento de que la calificación jurídica de los hechos depende exclusivamente del carácter público de los fondos, rentas o efectos⁵⁸⁹. Con todo, CASTRO MORENO llega a tal conclusión porque estima que la exigencia de que el sujeto tenga a su cargo la cosa por razón de sus funciones *sólo es predicable de la denominada malversación propia, mas no así de la impropia*⁵⁹⁰. Y como se ha expuesto, también la malversación impropia se fundamenta en una posición de garantía similar a la del funcionario competente.

Hay que dar razón al sector que estima que la mejor solución sería la de suprimir del Código el art. 438, sin el cual no se perdería nada, puesto que desde el punto de vista penológico resulta un precepto innecesario y superfluo, por reiterativo, porque su pena consiste en establecer la sanción propia de la estafa o de la apropiación indebida en su mitad superior, lo que ya ocurre sin necesidad de que lo establezca dicho precepto, por la existencia de la agravante genérica de prevalimiento del carácter público que tenga el culpable (art. 22.7ª CP) que, en aplicación de la regla tercera del artículo 66, ya corresponde imponer la pena del delito cometido en su mitad superior⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ CASTRO MORENO, *Apropiación indebida por funcionarios*, p. 25 y ss.; el mismo, *Malversación*, p. 102.

⁵⁸⁹ Asimismo en la sentencia de 03-05-90 el Alto Tribunal ya había señalado que “el delito de fraude requiere que las actividades desarrolladas por el funcionario no repercutan o afecten a caudales públicos, sustrayéndolos o desviándolos del erario público porque en este caso nos encontraríamos ante un delito de malversación”.

⁵⁹⁰ CASTRO MORENO, *Apropiación indebida por funcionarios*, p. 27-28.

⁵⁹¹ En el mismo sentido: CASTRO MORENO, *Apropiación indebida por funcionarios*, p. 33; CRESPO BARQUERO, *Código Penal*, p. 1739. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 22 de febrero de 1995, ha señalado que la infracción establecida en dicho precepto supone un tipo penal ciertamente extraño e infrecuente ante los Tribunales de Justicia.

6.4. Conclusiones provisionales

A la configuración del delito de malversación se exige una relación especial entre el sujeto activo y el objeto material. La primera es la <tenencia a cargo> de caudales o efectos públicos, equiparada a la *disponibilidad jurídica* del funcionario sobre el objeto, por la cual puede operar jurídicamente sobre la cosa, independientemente de su proximidad con relación a ella.

La relación del funcionario con el objeto material es complementada por la proposición <por razón de sus funciones>, cuyo alcance, según la concepción *estricta*, se singulariza por la relación de dependencia inmediata o competencia específica de la función que desempeña el funcionario. De no ser así valorativamente el comportamiento del funcionario sería equivalente al de una persona ajena a la Administración Pública.

La diferencia entre los delitos de malversación y apropiación indebida por funcionario estriba precisamente en la competencia específica <por razón de sus funciones>: en el delito de malversación no basta prevalecerse de la función pública; es menester que los caudales públicos estén *específicamente confiados al funcionario*.

APARTADO SEGUNDO: ESTUDIO CONCRETO DE LAS FIGURAS TÍPICAS

7. Problemas de delimitación típica.

La doctrina ha puesto de manifiesto la aparente identidad objetiva y que no es en absoluto tarea sencilla determinar el alcance de cada uno de los verbos típicos empleados en los preceptos de los delitos de malversación, ni tampoco el alcance del párrafo primero del artículo 433 CP, en el cual se prevé una atenuación de la pena para los casos de reintegro del importe de lo distraído. En efecto, es innegable que quien *sustrae* los bienes (art. 432) les está dando una *aplicación privada* (art. 434), y cuando se les da a los caudales una *aplicación privada* (art. 434) se puede decir que están siendo *destinados a usos ajenos a la función pública*. Así, en el afán de delimitar y armonizar el ámbito de vigencia de cada uno de los preceptos, doctrina y jurisprudencia se esfuerzan en presentar soluciones, que a continuación se analizarán.

7.1. La modalidad activa del artículo 432 CP

El legislador del Código Penal de 1995 hizo oídos sordos a las críticas al mantener el término “sustracción”, puesto que doctrina y jurisprudencia dominantes ya habían aconsejado que el verbo “sustraer”, utilizado desde la edición del CP de 1848, debería ser comprendido en el sentido de “apropiarse” sin ánimo de reintegro. En efecto, el significado más característico del término “sustraer” es de “apartar”, “separar”, “extraer”, y expresa una referencia a un desplazamiento patrimonial inexistente en la malversación, debido a que el funcionario tiene la previa tenencia de los caudales o efectos en razón de sus funciones⁵⁹². Además, conforme pone de manifiesto SUÁREZ

⁵⁹² En este sentido: ALONSO PÉREZ, *Malversación*, p. 251: “sustracción debe interpretarse como <apropiación>, ya que el funcionario tiene la previa posesión o disponibilidad sobre los caudales”; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 194: “En realidad no estamos ante una sustracción sino una apropiación, que consiste en el comportamiento del sujeto que dispone de la cosa – que ya posee en virtud de otro título – como si fuera dueño, realizando sobre ella actos de dominio incompatibles con el título de su posesión”; DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 821: “el verbo sustraer es aquí sinónimo de apropiar, cuyo empleo hubiera sido mucho más correcto”; DE LA MATA y ETXEBARRÍA, *Malversación*, p. 23: “dada la disponibilidad física de los fondos malversados, estamos ante una genuina conducta de apropiación en sentido estricto y no de sustracción”; MORALES PRATS y MORALES GARCIA, *Comentarios*, p. 1967, para quienes “el término sustracción debe ser entendido como apropiación, es decir, separación definitiva de los caudales o efectos de la esfera de dominio público, privando a su propietario de derechos inherentes a la misma”; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. 1184, según el cual sustraer es apropiarse, pues no puede sustraer quien tiene los caudales en su poder; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 968: “el término

MONTES⁵⁹³, el verbo “sustraer” no refleja adecuadamente el propósito del agente, constituido por el ánimo de apropiación, y que tiene capital importancia a la hora de confrontar las figuras típicas del capítulo. Así, soslayando la interpretación puramente gramatical y siguiendo a la doctrina más autorizada, ha de decirse que el verbo sustraer y el sustantivo sustracción equivalen, respectivamente, a apropiarse o apropiación⁵⁹⁴. Por consiguiente, si por “apropiación” hay que entender el término “sustracción”, cabe definir la conducta como el “acto en virtud del cual una persona hace suya una cosa incorporándola a su patrimonio con la intención de usar o disponer de ella como dueño, desplazando al que hasta el momento lo había sido”⁵⁹⁵. Ello, sin embargo, teniendo en cuenta que el sujeto no se puede apropiar *jurídicamente* de la cosa, dado que el ordenamiento jurídico declara nula tal conducta, pero sí lo hace “de hecho”⁵⁹⁶.

Asimismo la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpreta el término “sustraer” como equivalente al acto de despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios⁵⁹⁷. O sea, la sustracción ha de ser con ánimo de apropiación definitiva (*animus rem sibi habendi*) y no de mero uso (*animus utendi*) del caudal público con ánimo luego de reintegrarlo (peculado de uso), pues en este segundo caso estaríamos ante la figura delictiva del art. 433 CP⁵⁹⁸. Cuándo habrá

sustracción debe interpretarse en estos casos como equivalente a <apropiación> sencillamente, ya que el funcionario tiene la previa posesión o disponibilidad sobre los caudales”.

⁵⁹³ SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p.845. Referido autor añade que el verbo utilizado por el legislador (sustraer) “es incorrecto tanto por exceso como por defecto, pues la sustracción no es ni suficiente ni necesaria”.

⁵⁹⁴ CATALÁN SENDER, *Delitos*, p. 252.

⁵⁹⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos*, p. 33. Para SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 846, el término apropiación supone un “comportamiento del sujeto que dispone de la cosa como si fuera dueño, realizando sobre ella actos incompatibles con el título de su posesión; Según BENÍTEZ MERINO, *Malversación*, p. 388, cabe interpretar el término “sustracción” como una acción específica y característica de incorporar definitivamente al propio patrimonio dinero o efectos que se tienen como consecuencia de una posición o relación de derecho público; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 172, define apropiación como “aqueel comportamiento por el cual el funcionario realiza un acto de dominio sobre una cosa que ya tiene en su poder con ánimo de incorporarla de forma definitiva a su patrimonio o proceder respecto de ella como si fuera dueño”. Para CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 218, el verbo sustraer utilizado en el artículo 432 significa, no tanto apropiarse, sino “realizar actos de enajenación de los caudales o efectos de forma definitiva”, puesto que puede incurrir en el delito el propietario de los bienes secuestrados por autoridad pública (art. 435.3).

⁵⁹⁶ Cfr. SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 846.

⁵⁹⁷ “Sustraer ha de entenderse en el sentido más amplio y comprensivo, de separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios” (STS de 30-11-94).

⁵⁹⁸ Cfr. STS de 03-03-97, 03-06-97 y 14-05-99.

habido ánimo de apropiación definitiva y cuándo transitoria debe dilucidarse por el Tribunal de instancia, con arreglo a criterios de lógica y no resultar arbitrario⁵⁹⁹.

En cuanto al aspecto objetivo de la apropiación, cabe destacar que dos elementos deben darse necesariamente a fin de que no se constituya delito distinto: por una parte, la apropiación, al menos transitoria, en virtud de la cual el sujeto se atribuye un poder de disposición semejante al del propietario; por otra, la expropiación permanente, que conlleva privar al propietario de su posesión real⁶⁰⁰. Como consecuencia de ello, se convierte la malversación propia en un delito de resultado lesivo, cuyo perjuicio típico estriba en el carácter patrimonial. De tal modo que la *consumación* ocurre en el momento en que los bienes son apartados de forma definitiva del círculo de influencia de la Administración o cuando se produce el desplazamiento patrimonial al ámbito de disponibilidad del funcionario, independientemente de que se obtenga algún aprovechamiento a continuación⁶⁰¹. Así, es perfectamente factible la *tentativa* cuando se lleven a cabo determinados actos externos que no lleguen a alcanzar el resultado material⁶⁰². Basta pensar, según señala OLESA MUÑIDO⁶⁰³, en la posible voluntad oponente de quien tuviera que concluir el acto para su efectividad, y que al no hacerlo, o al adoptar una posición reactiva o inquisidora, desbarata el plan de acción del malversador.

El sujeto, dada la complejidad de la propia tarea administrativa, a la realización de su propósito de sustracción podrá recurrir a una variedad y pluralidad de medios. El

⁵⁹⁹ STS de 18-06-97.

⁶⁰⁰ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos*, p. 71.

⁶⁰¹ En este sentido: SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal*, p. 800: “la consumación se produce cuando los caudales o efectos sustraídos pasan a disposición del autor de los hechos o de un tercero, lo que supone haberlos incorporado a su patrimonio”; ALONSO PÉREZ, *Malversación*, p. 252; POLAINO NAVARRETE, *Malversación*, p. 405, es constituido “por el desplazamiento patrimonial de los bienes públicos al patrimonio privado del propio funcionario, o bien del tercero a quien el mismo consiente la sustracción”; CRESPO BARQUERO, *Código penal*, p. 1721; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 316; Para CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 241, sin embargo, hay que hacer una matización con relación al art. 435.3º, por lo que entiende más correcto señalar que “la consumación se produce desde que los caudales son apartados de su destino o finalidad pública, esto es, desde que a consecuencia del acto de enajenación se produce la <desafectación> definitiva de los bienes de la finalidad a cuyo cumplimiento estaban destinados”. Según el Tribunal Supremo, la comisión del delito de malversación de fondos se perfecciona desde el momento en que los fondos son apartados del destino público (STS de 25-05-95), es decir, con la sola realidad dispositiva de los caudales por parte del agente (STS de 31-01-96 y 22-07-97). Y en la Sentencia de 21-07-2005 el Tribunal Supremo aclara tal idea al señalar que “el tipo penal se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales por parte del agente, ya sea por disposición de hecho, ya sea por disposición de derecho”.

⁶⁰² En el mismo sentido: RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. 1184; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p.175; CRESPO BARQUERO, *Comentarios*, p. 1721; ALONSO PÉREZ, *Malversación*, p. 252; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal*, p. 800, para quien es posible la tentativa “cuando se detecta la sustracción antes de que el sujeto pueda disponer de los caudales o efectos públicos”.

modus operandi de la conducta no tiene ninguna dificultad: desde el empleo de la astucia al de la fuerza, pasando por la manipulación documental y el engaño, todos los medios pueden ser adecuados para desviar los caudales de su destino público al privado del funcionario⁶⁰⁴. Sin embargo, no comete el delito de malversación sino hurto el funcionario que se apropia de la mercancía que *excede* a lo que consta en la acta de incautación, porque lo que *excede* ya no es caudal público⁶⁰⁵.

No se exige, a efectos de imputación, una previa liquidación, la consumación del expediente administrativo de reintegro o la previa calificación del alcance por el Tribunal de Cuentas⁶⁰⁶. La sentencia del Tribunal de Cuentas no vincula al tribunal penal ni en la cuantía ni en la culpabilidad del enjuiciado⁶⁰⁷. Pero cumple observar que el apartado 3 del artículo 432 CP prevé una forma atenuada, la cual se asienta en un criterio objetivo, que consiste en la cantidad fijada de 4.000,00 euros, convirtiéndose así en un tipo residual al que irán todas aquellas malversaciones que, por no tener una cuantía determinada, resulte imposible subsumirlas en el apartado 1º ó 2º del citado artículo⁶⁰⁸.

Por fin, cumple observar que la malversación puede concurrir con otros delitos. La STS de 22.4.1996 recoge un supuesto de concurso entre falsedad⁶⁰⁹ y malversación. Se trata de unos agentes de la guardia civil que tras perseguir a una furgoneta cargada de tabaco rubio procedente de contrabando hicieron constar la aprehensión de menor número de cajas de tabaco de las realmente aprehendidas, ocultando las que se habían apropiado y repartiéndoselas posteriormente.

⁶⁰³ OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 653.

⁶⁰⁴ En el mismo sentido: DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 821. En sentido contrario: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4063, “las formas comisivas mediante las que puede llevar a cabo la apropiación de los caudales no está determinada por la Ley, pero, no obstante, como han de tratarse de caudales o efectos públicos que estén a cargo del funcionario por razón de sus funciones, queda excluida, a efectos de poder quedar absorbida, toda posibilidad de fuerza, astucia, fraude o falsedad. Si el funcionario utiliza alguno de estos medios para encubrir la malversación o para disimularla nos encontraremos ante un concurso de delitos, que en ocasiones podrá ser real y en otras medial”.

⁶⁰⁵ Cfr. OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 646.

⁶⁰⁶ En este sentido: OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 656, según el cual el Tribunal penal no debe esperar para enjuiciar el delito de malversación a que el Tribunal de Cuentas califique o no de alcance una conducta, ni a que termine el procedimiento por alcance una vez comenzado.

⁶⁰⁷ CATALÁN SENDER, *Delitos*, p. 268. Más dudoso, según el referido autor, es que la sentencia penal no vincule al Tribunal de Cuentas como parece declarar alguna sentencia reciente, en base a que los institutos de malversación y el alcance son diferentes.

⁶⁰⁸ En el mismo sentido: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 362; FEIJOO SÁNCHEZ, *Comentarios*, p. 1153: “se deben reconducir a este subtipo atenuado todos los supuestos en lo que no se puede acreditar procesalmente que la malversación no alcanzó las quinientas mil pesetas”.

⁶⁰⁹ Sobre las falsedades en la Administración pública: MANTECA VALDELANDE, *Falsedades*, p. 01-06.

7.1.1. El tipo agravado del art. 432.2: La especial gravedad

En el artículo 432.2 es consagrada una serie de modalidades agravadas. La pena será de cuatro a ocho años de prisión, e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años, si la malversación reviste especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento producido al servicio público. El daño o entorpecimiento al servicio público debe ser entendido como un *aliud* del perjuicio económico, consistente en un quebranto apreciable y verificable del servicio público, hasta el punto de que éste no se pueda prestar o haya de hacerse de forma distinta a lo habitual. Dicho en otros términos, la agravante se compone de dos circunstancias, las cuales son el valor de la cantidad sustraída y daño o entorpecimiento al servicio público, razón por la cual ambos factores deben aparecer probados para tener como operativo el tipo agravado. Y ello con base en la propia redacción recogida en el texto, que utiliza la conjunción <y> no de forma disyuntiva sino de forma copulativa⁶¹⁰.

El Tribunal Supremo también opta por la corriente más restrictiva al interpretar el subtipo agravado de especial gravedad. En efecto, el Alto Tribunal ha venido interpretando que habrá daño o entorpecimiento en aquellos casos en los que se retrasa o dificulta el servicio⁶¹¹. Más recientemente, el Alto Tribunal ratificó tal posicionamiento en la Sentencia de 24 de abril de 2007 al no apreciar el tipo agravado relativo a la especial gravedad atendiendo exclusivamente al valor de las cantidades sustraídas. En referida sentencia se dejó asentado que nos hallamos ante dos criterios que la Ley impone como únicos para valorar si hay especial gravedad puesto que la agravación es única: *la especial*

⁶¹⁰ En el mismo sentido: MUÑOZ CUESTA, *Malversación*, p. 1572; el mismo, *Interpretación*, p. 02, quien señala que el daño o entorpecimiento al servicio público se concreta “no en un simple retraso de la actividad habitual de la Administración, sino en un quebranto apreciable y verificable del servicio público, hasta el punto de que éste se preste con dificultad o no pueda ni tan siquiera llegar a prestarse totalmente o en la forma que debía de hacerse. Existirá daño cuando el servicio público sufra en su prestigio o en su organización y entorpecimiento cuando se retrasa o dificulta el servicio o incluso no se presta; DE LA MATA y ETXEBARRÍA, *Malversación*, p.29, nota 50, para quienes el daño al servicio sería a la función a la que estuvieren consignados los caudales públicos; SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 860, para quien ello ha de consistir un menoscabo o entorpecimiento concretamente perjudicial al buen orden, fines y regular curso de la Administración pública; FEIJOO SÁNCHEZ, *Consideraciones*, p. 1686, para quien las cantidades sustraídas deben afectar el servicio público, ya que la finalidad general del delito de malversación es exactamente “evitar la desaparición de bienes, caudales o efectos públicos que impida que, por falta de medios, la Administración pueda desempeñar sus funciones”; FERRÉ OLIVÉ, *Corrupción*, p. 22, según el cual se trata “de aquellas sustracciones de mayor cantidad económica, aunque el criterio delimitador no es exclusivamente cuantitativo”; RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 327.

⁶¹¹ STS de 13-04-2002 y 18-10-2004, entre otras.

gravedad. Esos dos criterios impiden acudir a otros diferentes de valoración. Así, habrá que distinguir tres supuestos diferentes: i) en el supuesto de cantidad de menor importancia (600 a 1.200 euros), nunca podría calificarse como especial gravedad, porque no pueden objetivamente afectar al servicio público; ii) cuando la suma es importante de manera especialmente cualificada (ejemplo 600.000 ó 1.000.000 de euros), parece lógico que una malversación siempre deberá ser valorada de especial gravedad por la cantidad y porque esas sumas siempre entorpecerán o dañarán el servicio público; iii) cuando la suma malversada sea una cantidad importante pero no en los extremos del supuesto anterior, pudiendo ser de 100.000 a 350.000 euros, en estos casos habría de acudirse al otro criterio específico de la suma, combinando la cuantía, que por sí sola ya tiene relevancia, con el dato de si hubo o no daño o entorpecimiento al servicio público⁶¹².

Ahora bien, según la doctrina del Tribunal Supremo, el daño o entorpecimiento debe evaluarse con barremos ajenos a los económicos, pues, de otra forma se valoraría indebidamente en un doble aspecto la trascendencia económica de la malversación. Así, en varias sentencias⁶¹³ ha declarado que la situación de daño o entorpecimiento ha de interpretarse restrictivamente, de manera que en su concepto sean incluidos no sólo su funcionamiento dentro de ciertas pautas de suficiencia, sino su desarrollo ajustado a la Ley y los reglamentos.

⁶¹² En la referida sentencia de 24-04-2007, el Tribunal Supremo estimó que la cuantía de 153.704,48 euros no se encaja en el tercer grupo. Los hechos probados daban cuenta de apropiaciones de dinero que hacia suyo la acusada, auxiliar de organismo autónomo del Ayuntamiento que prestaba su actividad profesional en instalaciones deportivas municipales, el que recibía por las altas de los socios y otros servicios que se ofrecían en el pabellón deportivo, al tiempo que modificaba los registros o anotaciones del ordenador que se utilizaba para la gestión de las instalaciones, llegando a incorporar la suma de 153.704,48 euros entre los años de 1997 al 2002. Según el Tribunal Supremo, pese a que desarrollándose durante varios años la conducta de hacer suyo la acusada el dinero municipal se puede concluir que necesariamente que el perjuicio en el desempeño del servicio no pasó de leve o moderado, sin incidencias mayores. Al comentar la sentencia, MUÑOZ CUESTA, *Interpretación*, p. 01, se pone en conformidad con la postura del Tribunal Supremo, “puesto que si bien es cierto que la cantidad es elevada, superando los 150.000,00 euros, se llevó a cabo en varias anualidades y la forma perpetrada, a nuestro entender, no puede perjudicar el servicio municipal ni a los usuarios del mismo, porque lo que la acusada hacia suyo eran cantidades pequeñas”. De cualquier suerte, hay que tener presente que en algunas oportunidades el Tribunal Supremo estimó la especial gravedad teniendo en cuenta que las “cantidades sustraídas supusieron una parte considerable de su presupuesto anual” (Sentencias de 13-04-2002 y 07-02-2007). En la primera de ellas, dejó asentado que “es de todo punto razonable estimar que una sustracción que desposee a un Ayuntamiento de una cantidad superior a la quinta parte de su presupuesto daña considerablemente la prestación de los servicios municipales u obliga buscar fuentes extraordinarias de financiación para evitar que sufra un grave entorpecimiento de su normal actividad administrativa”.

⁶¹³ STS de 10-02-98 y 17-12-98.

De cualquier suerte, para estimarse el hecho de especial gravedad es necesario que exista una relación de causalidad entre la malversación de especial gravedad y el entorpecimiento o daño producido al servicio público, relación que debe quedar debidamente acreditada, lo que no será fácil de determinar en muchos supuestos al concurrir otros factores en el menoscabo apreciable del servicio público.

La figura agravada del art. 432.2 inciso 1º del CP se refiere a la especial gravedad atendiendo al valor de las <cantidades sustraídas>. Ello no supone, sin embargo, que la agravación excluya todo aquello que no sea dinero en metálico. Más bien, habrá que superarse la deficiencia del precepto e interpretar por cantidades sustraídas no sólo el dinero, sino también los caudales o efectos públicos en general con valor económicamente evaluable y que pueda ser de especial gravedad su valor. Hay que tener presente que el tipo agravado depende del básico y este no circunscribe su aplicación a dinero.

Por fin, cabe plantear aún si es compatible la aplicación del delito continuado con la especial gravedad atendiendo el valor de las cantidades sustraídas, teniendo en cuenta que el artículo 74.2 dispone que cuando se trate de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. Al respecto, el Tribunal Supremo⁶¹⁴ ha venido manifestándose en el sentido de que cuando por la entidad económica del delito continuado pueda calificarse el hecho de notoria gravedad con la siguiente agravación penológica serán aplicables, por el principio de especialidad, las penas del delito de malversación. Diferentemente, estima el Alto Tribunal que en caso de delito continuado del art. 432.1, ha de aplicarse, para la determinación de las penas, el apartado 2 del art. 74, que en este extremo concreto desplaza a lo dispuesto en su apartado primero⁶¹⁵.

7.2. Modalidad omisiva

El art. 432 CP, amén de la conducta activa examina arriba, castiga la conducta del funcionario que <consiente que un tercero sustraiga los caudales o efectos públicos>. Es decir se *equiparan* positivamente el desvalor de la conducta malversadora de “sustraer” para sí los bienes públicos y la mera prestación de “consentimiento” para la sustracción

⁶¹⁴ Sentencias de 10-02-1998 y 10-05-99.

⁶¹⁵ En el mismo sentido: STS de 17-05-2007, 01-10-2002 y 07-01-2004.

del mismo objeto material por parte de un tercero, dada la importancia del asentimiento. Es necesario que el funcionario tenga perfecto conocimiento del acto de sustracción llevado a cabo por el tercero, sin el cual resulta atípica su conducta dada la ausencia de previsión culposa⁶¹⁶.

Para un sector, no se trata de una simple dejación del deber de custodia, de signo abstracto; ha de ser una *dejación del deber de custodia finalísticamente dirigida a la producción del resultado*⁶¹⁷. O sea, el funcionario ha de estar conforme en que se produzca la sustracción. A mi juicio, sin embargo, la disposición psíquica del funcionario omitente es irrelevante, puesto que en la omisión los elementos de intención no tienen la función de elementos de dirección⁶¹⁸.

El precepto hace referencia a consentimiento a la sustracción del “tercero”. Pero no nos dice expresamente quién es el sujeto cuya sustracción es consentida por el funcionario que tiene a su cargo el objeto material. En la doctrina, existe consenso en cuanto a la inserción de los particulares. Pero el tercero sustractor puede serlo asimismo el funcionario público o autoridad que no posea la relación específica que requiere la modalidad activa⁶¹⁹. Hay asimismo quienes admiten que el tercero, cuando sea el funcionario o autoridad, pueda poseer la relación especial con el objeto material⁶²⁰. Con todo, si el tercero fuera otro funcionario o autoridad con la vinculación especial, éste tercero estaría realizando con la sustracción la modalidad activa, de manera que el otro sujeto (el funcionario omitente) no sería realmente más que un partícipe (para nosotros, autor) por omisión, y tampoco necesitaría el consentimiento para realizar la conducta típica⁶²¹.

⁶¹⁶ En este sentido: ROLDAN BARBERO, *Malversación*, p. 21; CATALÁN SENDER, *Delitos*, p. 265, para quienes el consentimiento implica conciencia y voluntad de que el tercero va a cometer la acción delictiva, bastando el dolo eventual (tener alta probabilidad de que se cometerá).

⁶¹⁷ Entre otros, se refieren a “una dejación del deber de custodia finalísticamente dirigida a la producción del resultado”: ORTS BERENGUER, *Comentarios*, 1854; CRESPO BARQUERO, *Comentarios*, p. 1721; ETXEBARRÍA ZARRABEITÍA, *Malversación*, p. 194; DE LA MATA y ETXEBARRÍA, *Malversación*, p. 24; SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 846; DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 821.

⁶¹⁸ En esta dirección: OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 654, según el cual “para ejecutar esta forma de delito, precisa el conocimiento de hallarse a su cargo los caudales, y del hecho de la sustracción; así como la aquiescencia mostrada en la conducta. No se exige especial ánimo final”.

⁶¹⁹ En este sentido, entre otros: OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 290; POLAINO NAVARRETE, *Malversación*, p. 405; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4054; RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 325.

⁶²⁰ En este sentido: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 327; OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 654.

A diferencia de lo que sucede en la modalidad activa, el <no cualificado> no tiene a su cargo el objeto material, razón por la cual la utilización del término <sustraer> tiene mejor encaje. O sea, el vocablo <sustracción> debe ser entendido aquí en su tenor literal, pues ello constituye el objeto del consentimiento del funcionario que consiente, demarcando, así, el rayo de incidencia de la malversación por omisión⁶²².

En cuanto al alcance del verbo <consentir>, significa simplemente tolerar o permitir que otro sustraiga, siendo suficiente, pues, la mera inactividad o no-oposición. Por lo tanto, a la configuración del tipo le es suficiente la simple *anuencia*, indiferentemente de cualquier acto de facilitación a la sustracción, pese a que en la mayoría de los casos se realice mediante *connivencia*⁶²³. Puede incluso que el funcionario y el tercero no se conozcan⁶²⁴. Pero el consentimiento puede expresarse asimismo mediante *conductas positivas* que faciliten o incrementen el riesgo de la sustracción por el tercero. La doctrina dominante, en este punto, sigue la opinión de SUÁREZ MONTES⁶²⁵, para quien el consentimiento a la sustracción es posible por la simple omisión del deber de custodia de los caudales puestos a cargo del sujeto, con indiferencia de que tal omisión se manifieste o vaya acompañada de la realización de una conducta de más favorecimiento de la sustracción⁶²⁶.

⁶²¹ CASTRO MORENO *Malversación*, p. 227.

⁶²² En sentido contrario: SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 878, entiende que es preciso que la conducta del no cualificado constituya apropiación, pues “si no hay apropiación, no cabe hablar de consentimiento a ella”. Referido autor llama la atención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentada en el asunto de las divisas, la cual, en algunas oportunidades mantuvo la calificación de la conducta del funcionario como malversación mismo calificando la conducta del exportador como simple delito monetario, a su vez “problemática”.

⁶²³ En el mismo sentido: ORTS BERENGUER, *Comentarios*, p. 1854: “ello supondrá, por lo general, una connivencia con quien efectúa el despojo de los efectos, aunque no es imprescindible, incluso cabe la posibilidad de que ni siquiera lo conozca. Es suficiente con la anuencia del funcionario a que alguien, determinado o indeterminado, se apodere de los fondos, haya o no acuerdo entre ellos. Asimismo, es irrelevante que el funcionario facilite, con una mayor o menor incuria, la tarea del que ejecuta el apoderamiento”; CRESPO BARQUERO, *Comentarios*, p. 1721, según el cual “no es necesario que exista tal acuerdo entre ambos sujetos, bastando la mera anuencia”; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *Delitos*, p. 406.

⁶²⁴ Esta asertiva debe ser matizada con la observación de que difícilmente obrará con ánimo de lucro un funcionario no concertado con el sustractor. Sin embargo, como pone de manifiesto CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 230-231, no se puede alejar el supuesto fáctico de que un funcionario consienta la sustracción al abrigar la esperanza de que el tercero comparta con él la ganancia.

⁶²⁵ SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 847.

⁶²⁶ En este sentido: DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 821: “Aquí se incluyen, por tanto, una serie de conductas que van desde la simple (...) pasividad del funcionario que tolera la ajena conducta depredadora, al activo favorecimiento de tal conducta por mediar previo acuerdo con el extraño”; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 194-195: “La actividad del funcionario puede no limitarse a un simple no actuar, facilitando de cualquier modo la sustracción. Ello no lo convierte en partícipe en sustracción ajena, ya que lo relevante es solamente la anuencia. Se trata de un delito autónomo y no de una participación en un hecho ajeno”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 175: “El consentir comprende tanto actos positivos como meramente negativos u omisivos, es decir, un simple no hacer nada”; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p.

Sobre la justificación para tal equiparación punitiva, la doctrina se divide. Hay quien sostiene que la razón de la equiparación reside en que la conducta omisiva produce el mismo resultado de la activa, es decir, el mismo detrimento al erario y los fines públicos a cumplir⁶²⁷. Un sector argumenta que la justificación de la equiparación radica en cuestiones político-criminales en aras de evitar una incongruencia penológica, desde el momento en que el funcionario podría resultar privilegiado en caso de ser castigado como mero partícipe en el delito común llevado a cabo por el tercero⁶²⁸. A mi juicio, la justificación reside en los especiales deberes derivados del cargo, en vista de que el funcionario es garante del bien jurídico protegido (el patrimonio público). El ordenamiento jurídico no sólo espera del funcionario el cumplimiento de sus deberes específicos, sino que lo coloca en posición de garante, por lo que debe evitar el resultado⁶²⁹. La omisión del deber de intervenir en defensa del bien jurídico protegido es tan relevante como los actos positivos que pudiera desarrollar el funcionario. De una o de otra manera el funcionario quebranta su deber especial, por lo que resulta comprensible que se le castigue con la misma pena en que incurre cuando los sustrae él. Por eso es indiferente que su contribución a la conducta ajena de sustracción sea más o menos importante, pues lo fundamental es que con cualquier aportación infringe su deber especial y asume el papel de autor⁶³⁰.

969: “esencial es, por tanto, la infracción de ese deber, independientemente de que dicha infracción se lleve a cabo por acciones positivas (entregando por ejemplo la llave de la caja al extraño) o puramente omisivas”; DE LA MATA y ETXEBARRÍA, *Malversación*, p. 24: “participación que se considera irrelevante se produzca por una acción positiva o un mero omitir”. En contra, entendiendo que no es posible que la modalidad omisiva se pueda realizar mediante actos de carácter positivo: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 221, para quien, en tal supuesto, el funcionario deberá responder como autor (dominio funcional del hecho) de la modalidad activa de malversación apropiatoria, en tanto que, el tercero, al ser *extraneus* y tratarse de un delito especial impropio, deberá ser calificado como autor del correspondiente delito patrimonial.

⁶²⁷ Postura defendida por ORTS BERENGUER, *Derecho penal*, p. 484, quien argumenta que en ambos casos “el bien jurídico sufre idéntico daño, ya que, en los dos, la sustracción se produce, con el mismo detrimento para el erario y los fines públicos a cumplir; en el primero, por mor de un comportamiento activo, en el segundo, por comisión por omisión. La sorpresa puede provenir del error de considerar al funcionario que consiente como partícipe en la sustracción ajena, siendo así que incurre en un delito autónomo”.

⁶²⁸ En este sentido: MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 282, según el cual no es ya para que la conducta del funcionario quede impune, “pues al tratarse de un delito especial impropio no existirían especiales dificultades para hacerle partícipe del hecho principal del *extraneus*, sino el desequilibrio valorativo que dicha conducta, sancionada como mera participación provocaría”.

⁶²⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 321; STS de 21-07-2005.

⁶³⁰ Postura defendida por ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 179; SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 850: “al funcionario se le castiga no por lo que hizo, sino por lo que ha dejado de hacer: impedir la sustracción de los caudales”; SÁNCHEZ-VERA, *Delitos de funcionarios*, p. 25, para quien “siempre que un funcionario quebranta su deber responde como autor”.

Un sector de la doctrina explica el tratamiento igualitario como una *excepción a las reglas de participación* – participación en delito ajeno elevada a la categoría de delito autónomo⁶³¹. Otra corriente estima que la razón de la equiparación no reside en la participación sino más bien en una autoría en *comisión por omisión*⁶³². Este último criterio

⁶³¹ En este sentido: MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1968, quienes, al comentar el art. 432 CP, señalan que como delito especial impropio plantea un interesante espectro de problemas jurídicos en sede de autoría y participación “parcialmente resueltos, sin embargo, por el propio legislador al equiparar en el tipo las conductas propias de participación del <intrañeus> y elevarlas expresamente a categoría de autor; MUÑOZ CUESTA, *Malversación*, p. 1572, según el cual “la autoridad o funcionario que consiente está realizando labores de cooperación necesaria por omisión en la apropiación de los caudales que hace el tercero, participación que el legislador eleva a la categoría de autoría directa”; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 969: “La razón de la equiparación de la modalidad activa y la omisiva es compleja y descansa más en razones político-criminales que dogmáticas. El legislador ha querido, aquí, como en algunos otros delitos (cfr. por ej., art. 415), equiparar expresamente estas conductas, porque de dejarlas sometidas a las reglas generales de la participación podría ocurrir que el funcionario saliera absurdamente privilegiado, respondiendo sólo como partícipe en el hurto o apropiación indebida cometidos por el particular, o incluso quedara impune, caso de no ser delictiva la sustracción llevada a cabo por el particular, por tener éste, por ejemplo, un crédito pendiente con la Administración”; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. 1185: “No exige la ley que medie un acuerdo entre el funcionario y quien sustrae los caudales o efectos, pero no lo excluye, por lo que en una serie de casos estaremos ante una participación en un delito de hurto, robo o estafa, elevada a la categoría de delito independiente por lo que respecta al funcionario”; DE LA MATA, *Malversación*, p. 456, el cual cualifica la conducta omisiva que posibilita la apropiación por otro sujeto como “forma autónoma y agravada de participación”; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 194-195, quien, además de afirmar que la conducta omisiva del funcionario no lo convierte en partícipe en sustracción ajena, asevera que “la coincidencia de la figura contemplada en el artículo 432 y la comisión por omisión no es exacta, ya que en aquélla la acción no consiste solamente en un mero no impedir la sustracción que está obligado a evitar, sino que se trata de una dejación del deber de custodia finalísticamente dirigida a la producción del resultado”, MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 281, según el cual “el legislador equipara así en el propio precepto conductas de autoría y participación”. OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 290, para quien “la expresión consentir que otro sustraiga, supone una excepción al régimen de participación”; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *Delitos*, p. 405, quien, al explicitar que secunda la línea interpretativa marcada por quienes prefirieron hablar aquí de una dejación de un deber jurídico-público de custodia constitutiva de una forma de participación y elevada a la consideración de delito independiente, consigna: “además del dato de que ambas modalidades acarrear idéntico perjuicio para el erario público, en el ánimo del legislador ha prevalecido el empeño en evitar que la mayor parte de las conductas que en la práctica dan vida al tipo queden sometidas a las reglas generales de la participación, lo que se saldaría con un régimen punitivo mucho más favorable o incluso con su impunidad, por ejemplo por tener su autor material un crédito pendiente con la Administración”; RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 326.

⁶³² Posición defendida, entre otros, por CRESPO BARQUERO, *Comentarios*, p. 1721: “consentir que otro sustraiga es una conducta omisiva, que supone la plasmación típica de un delito de comisión por omisión”; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 177, quien argumenta que “es la posición de garante la que permite que pueda imputarse el resultado a una conducta omisiva, pues en ello radica la esencia de la comisión por omisión. Esto supone que lo relevante es la omisión del deber, y al funcionario se le castiga no por lo que hizo, sino por lo que dejó de hacer, siendo así comprensible que como autor de un delito de comisión por omisión (...), se le castigue con idéntica pena que al funcionario que sustrae, porque le alcanza la obligación y la posibilidad de evitar el resultado”; DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 821: “se trata, en suma, de un típico delito de comisión por omisión equivalente de la acción”, ya que “debe recordarse que la sustracción puede ser inocua penalmente para el particular, no obstante lo cual el favorecimiento omisivo del funcionario seguirá constituyendo esta forma de malversación”; BENÍTEZ MERINO, *Malversación*, p. 389, según el cual “la fuente del deber de evitar (*posición de garante*) debe situarse en la ley, y desde el punto de vista funcional el deber de evitar la desaparición de bienes relacionados con el ejercicio de la función pública se configura como un *deber de garante de custodia*; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 179-182, quien expresamente adhiere, con algunos reparos, a los argumentos de SUÁREZ MONTES.; DE LA MATA y ETXEBARRÍA, *Malversación*, p. 24, para quienes “junto a la conducta de apropiación, se contempla – en lo que es particular del Código español – la comisión por omisión del delito, al inculparse con idéntica pena

es defendido por SUÁREZ MONTES⁶³³, el cual argumenta que una concepción participativa de la modalidad omisiva dejaría importantes aspectos sin explicación, tales como: a) el grupo de casos integrado por aquellos supuestos en que la conducta del funcionario es puramente negativa, ya que para que se configure la participación es preciso de actos positivos; b) la razón por la cual se imponga indiscriminadamente la misma pena a los diversos grados de contribución, puesto que la pena es la misma con independencia de que se trate de inducción, de cooperación necesaria o de complicidad; y c) el porqué de que la pena tipo sea la del funcionario que sustrae los caudales y no en cambio la propia del delito cometido por el extraño. Al referido autor hay que objetarle que hoy en día tanto la doctrina como la jurisprudencia aceptan unánimemente la posibilidad de una participación omisiva. A mi juicio, en el art. 432 CP hay una expresa equiparación de la omisión a la modalidad comisiva, sin necesidad de recurrir a cláusula del art. 11 CP (comisión por omisión).

El Tribunal Supremo sigue la concepción capitaneada por SUÁREZ MONTES, al señalar que “la modalidad omisiva supone un delito de comisión por omisión en el que la imputación radica en la infracción del deber de impedir que un extraño atente contra los caudales custodiados, apropiándose de los mismos”⁶³⁴. Y constituye una conducta dolosa de omisión impropia - aclara el Alto Tribunal - por cuanto por específica obligación legal el funcionario está obligado a evitar el resultado lesivo contra el patrimonio público, pues el ordenamiento jurídico no sólo espera del funcionario el cumplimiento de sus derechos específicos, sino que lo coloca en posición de garante, por lo que debe evitar el resultado⁶³⁵.

De todos modos, a la configuración de la modalidad omisiva es menester aunque el funcionario tenga conocimiento del ánimo de lucro del tercero. Del ánimo de lucro se tratará más adelante, empero se puede anticipar que en razón de ello hay quien sostenga la

el consentimiento en la sustracción por otro de los caudales o efectos que el funcionario tiene a su cargo”; ORTS BERENGUER, *Comentarios*, p. 1854: “la otra variante, la de consentir que otra persona sustraiga los caudales públicos, es un delito de comisión por omisión, puesto que se imputa al funcionario o a la autoridad la responsabilidad por un resultado lesivo que no han producido directamente, sino que se han limitado a no evitar, cuando por su especial posición estaban obligados a impedirlo”; OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 653.

⁶³³ SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 849.

⁶³⁴ Cfr. STS de 21-06-90 y 29-02-1988.

⁶³⁵ Sentencia de 21-07-2005.

necesidad de mutuo acuerdo entre el funcionario y el particular⁶³⁶, con lo que, como se ha expuesto, la doctrina dominante discrepa al contentarse con la simple anuencia⁶³⁷. En efecto, el precepto no exige la concurrencia de ánimo de lucro en el *intraneus* en la modalidad omisiva, conforme defiende algún autor⁶³⁸. A este respecto, el Tribunal Supremo ya ha dejado asentado que “la alternativa típica omisiva no incluye en modo alguno el *animus rem sibi habendi*, dado que el omitente no se apropia de objeto alguno”⁶³⁹.

Cumple observar, finalmente, que al tercero no se le castiga con las penas de la malversación sino con las penas del delito contra el patrimonio que le corresponda, independientemente de cuál sea el tipo de injusto en que se subsumirá por su turno al comportamiento del cualificado que consiente en la sustracción. Distintamente, en caso de haber acuerdo entre el funcionario y el extraño, éste debe responder por malversación⁶⁴⁰, aunque hay cierto consenso de que se debe cambiar el título de imputación en tal supuesto, tenga o no habido comportamiento positivo por parte del *intraneus*⁶⁴¹.

⁶³⁶ En esta dirección: MUÑOZ CUESTA, *Malversación*, p. 1572.

⁶³⁷ Observa ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 176, que “si bien de ordinario así ocurrirá, tal acuerdo no es, sin embargo, indispensable para la conducta típica. Pues la actitud anímica del funcionario (*animus lucri faciendi* propio o ajeno) y la del tercero pueden fluir por separado, en coincidencia operativa, sin necesidad de que sea fruto de un acuerdo previo”. De la misma opinión: CATALÁN SENDER, *Delitos*, p. 265; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. 1131.

⁶³⁸ En este sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 229.

⁶³⁹ STS de 21-01-2002.

⁶⁴⁰ En este sentido: GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, p. 303, quien acompañando Ferrer Sama, afirma que “si existe acuerdo entre funcionario y particular, en los supuestos en que aparentemente éste hurta, lo que hace en realidad, es única y exclusivamente tomar parte en una malversación”; OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 671, para quien “el que *de acuerdo* con el funcionario que tiene a su cargo los caudales o efectos, *los sustrae*, con el consentimiento de aquél, es *cómplice necesario*, y por tanto, *debe ser* penado como *autor de malversación*; y no como autor de sustracción *constitutiva* de hurto”. La razón, añade, es que su acto sustractivo *coopera* en unidad de plan a la ejecución de la actividad – que realiza el funcionario – de consentir en la sustracción, y sin el cual esta *actividad ejecutiva*, la de consentir, *no se hubiese efectuado*”, MIR PUIG, C., *Delitos*, p. 303, quien sigue expresamente los razonamientos de OLESA MUÑIDO; FERRÉ OLIVÉ, *Corrupción*, p. 22, según el cual “estamos ante un delito especial propio, que sólo puede ser cometido por el funcionario que omite el control y consiente la sustracción. Esta conducta omisiva no es verificable por un particular, y esta caracterización es la única que permite sancionar al particular como cooperador necesario en el delito de malversación, permitiendo que no se rompa el título de imputación para todos los intervinientes”.

⁶⁴¹ En este sentido, entre otros: VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código penal*, p. 578, para quien “en no pocos casos se tratará de hurtos respecto del particular cuya acción es facilitada por el funcionario quien, sin embargo, a su respecto comete un delito independiente en razón de la cualidad del sujeto activo”; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 177, al adherir al posicionamiento de SUÁREZ MONTES y ORTS BERENGUER; MUÑOZ CUESTA, *Malversación*, p. 1572, para quien “nunca será sujeto el particular que sustrae con consentimiento del funcionario, el que será autor de un delito contra el patrimonio, ya que no tiene ninguna vinculación con los efectos o caudales públicos”; SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 873; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 338; DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 820. Para LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4066, sin embargo, “si no existe connivencia la malversación omisiva la comete la autoridad o el funcionario, mientras que el particular responderá con

7.3. Destino para usos ajenos a la función pública (art. 433 CP)

El art. 433 CP tipifica el denominado peculado de uso, cuyo núcleo del tipo es el verbo <destinar>. La particularidad de esta malversación es que los fondos no los tiene a su cargo el malversador, sino que han sido puestos a su cargo por razón de sus funciones⁶⁴². Y como en el párrafo segundo del mismo artículo se hace referencia al reintegro de lo “distráido”, la doctrina pasó a interpretar el precepto como una modalidad de distracción de caudales o efectos públicos, en la cual el funcionario competente promueve una mutación del destino jurídico a que estaban asignados los bienes, aunque sin intención de apropiárselos. Como pone de manifiesto ORTS BERENGUER⁶⁴³, “si el reintegro es presupuesto esencial del delito, es un síntoma inequívoco de que éste, el del artículo 433, ha sido concebido con la exclusiva finalidad de incriminar las conductas de uso indebido o de *casi-apropiación* por un cierto tiempo”. Se trata, pues, de un abuso cometido por el funcionario con el objeto que está a su cargo por razón de sus funciones, que se vale de los medios de la apropiación para usarlos indebidamente y ulteriormente restituirlos⁶⁴⁴. Vale decir, de <afectación de caudales públicos a fines ilegales>⁶⁴⁵.

Para la configuración del tipo se exigen, por lo tanto, dos requisitos: a) El elemento subjetivo consistente en el ánimo de uso (*animus utendi*), es decir, el sujeto de la

arreglo al delito común correspondiente (por ejemplo, hurto). Si hubiera connivencia, entonces el particular respondería como partícipe en el delito especial”; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 235-240, defiende, con base al principio de realidad, esto es, a lo efectivamente realizado, que en nada debe variar la naturaleza del hecho realizado por el tercero caso el *intrañeus* resuelva favorecerlo con su omisión.

⁶⁴² En el mismo sentido: ALONSO PÉREZ, *Malversación*, p. 255, “en este caso, los fondos no los tiene a su cargo el malversador, sino que han sido puestos a su cargo por razón de sus funciones, sea de forma permanente, sea de forma ocasional, para que con ellos satisfaga el costo de un servicio o gestión públicos”; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código penal*, p. 578.

⁶⁴³ ORTS BERENGUER, *Comentarios*, p. 1857.

⁶⁴⁴ En la doctrina, ORTS BERENGUER, *Derecho penal*, p. 486, define la figura distractora como “un uso transitorio de carácter tan simple y sencillo como el de la persona que teniendo a su cargo caudales públicos los invierte en satisfacer temporalmente necesidades propias o ajenas”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 256, describe una conducta de distracción como “aquél comportamiento con el cual el funcionario aparta los caudales o efectos públicos que tiene a su cargo por razón de sus funciones de la finalidad a que estaban legalmente destinados”; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 314-315, es de opinión que “a pesar de que ambas interpretaciones del precepto (malversación definitiva o de uso) sean objetivas y técnicamente posibles, la configuración sistemática empleada en el artículo 433, indica que el mismo contiene una modalidad de uso temporal. Sólo así tiene sentido la forma en la que está redactado”; De forma aislada, MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 254, entiende que el art. 433 CP se configura como una prevaricación específica mediante la cual se consume una administración desleal del patrimonio público y cuya parcialidad constituye un abuso incompatible con el riesgo permitido en la utilización del poder discrecional. La diferencia para el autor es que “mientras los niveles de riesgo serán enjuiciados en el sector privado conforme a parámetros propios de mercado, en el ámbito público el riesgo, generalmente, deberá determinarse en función del grado de cumplimiento de la determinación del fin o su financiación conforme a los límites de discrecionalidad de los que el sujeto dispone”.

acción debe actuar con la intención inicial de reintegro; b) el reintegro en el plazo de diez días a partir de la incoación del sumario.

A la consumación no se exige la producción de ningún resultado en sentido estricto (consecuencia de lesión o puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor). Y desde la óptica del bien jurídico protegido (patrimonio público), ocurre en el momento en que el funcionario o autoridad toma los caudales o efectos públicos con real posibilidad de uso de los mismos, aunque la efectiva utilización no se produzca⁶⁴⁶. No es necesario, por tanto, como defiende algún autor⁶⁴⁷, la demostración en el caso concreto de la <disponibilidad de uso>, entendida como la toma de los caudales o efectos públicos con *posibilidad real* de uso de los mismos, pues el simple apartamiento de las finalidades públicas a la que debe servir ya lesiona el patrimonio público⁶⁴⁸.

7.3.1. Alcance de la expresión <usos ajenos a la función pública>

El legislador del Código penal de 1995 abandonó la descripción típica del precepto correspondiente al actual art. 433 (antiguo art. 397 CP), sustituyendo “aplicación pública diferente” por “destinación a usos ajenos a la función pública”. Tal cambio evidencia la neta *voluntas legis* en despenalizar la conducta del funcionario que destina a otros fines públicos los caudales o efectos que le estuvieran legalmente asignados, en atención a las propuestas de un sector de la doctrina que juzgaba el precepto de inoportuno en un Código penal y principalmente en el ámbito de la malversación. El tenor literal del precepto por sí sólo no deja margen a duda de que el precepto abarca ahora sólo los supuestos que *no tengan* correlación con la función pública, esto es, a las conductas que

⁶⁴⁵ POLAINO NAVARRETE, *Malversación*, p. 409.

⁶⁴⁶ En este sentido: RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 329, para quienes “el uso ilícito en sí lleva la consumación del delito; no se exige la producción de ningún resultado”. En la jurisprudencia: STS de 14-10-97.

⁶⁴⁷ En este sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 324, quien, desde una concepción patrimonialista de la infracción, defiende que “si lo que se protege es el patrimonio público, la conducta sólo puede lesionarlo cuando el sujeto la realiza tiene, siquiera potencialmente, la posibilidad real de disponer de los caudales o efectos apartados”.

⁶⁴⁸ Efectivamente, como pone de manifiesto JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 282, “el resultado típico debe distinguirse del menoscabo del bien jurídico protegido. El primero supone la lesión o puesta en peligro del objeto material separable de la acción en una dimensión espacial y temporal, mientras que la lesión del bien jurídico afecta a la relación de la acción típica con la pretensión de respeto que posee el valor protegido por la disposición penal. También los delitos de actividad contienen, pues, una lesión del bien jurídico”.

consistan en una desviación del destino público para el privado⁶⁴⁹. La conducta de destinar el objeto material a otros fines públicos además de ser de escasa relevancia para el bien jurídico protegido – patrimonio público -, no tiene entidad suficiente para merecer la tutela del Derecho Penal. Como pone de manifiesto FEIJOO SÁNCHEZ⁶⁵⁰, “la protección de <lo básico en la función pública> como un interés más restringido que el funcionamiento impecable de la Administración es lo que justifica la intervención del Derecho penal”, de modo que “el injusto penal, como injusto merecedor de pena, ha de implicar un <plus de injusto> frente al disciplinario, merecedor de una sanción administrativa”.

En la doctrina, aunque algunos entiendan que la conducta del funcionario que da a los caudales asignación pública diferente de aquella a la que le estuviera asignado sigue estando tipificada⁶⁵¹, la posición dominante es por la atipicidad absoluta de tal supuesto⁶⁵².

⁶⁴⁹ Según ROLDAN BARBERO, *Malversación*, p. 25, los gastos de representación y protocolo excesivos, que si superan en mucho a lo legalmente permitido, deberán subsumirse en este precepto. Según el referido autor, aquí también podría ser subsumido como malversación el uso reiterado y no insignificante de bienes muebles de la Administración por empleados públicos (llamadas telefónicas, fax, fotocopias, sellos, sobres, etc.). Es dudoso, sin embargo, el supuesto de gastos mitad públicos mitad privados. De acuerdo con CATALÁN SENDER, *Delitos*, p. 279, en tal hipótesis “parece que no podrían subsumirse en este delito”.

⁶⁵⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, *Consideraciones*, p. 1679.

⁶⁵¹ En el mismo sentido: POLAINO NAVARRETE, *Malversación*, p. 410-411, para quien la reforma producida por el legislador del Código Penal de 1995, sustituyendo la expresión “diere a los caudales o efectos una aplicación pública diferente” por “usos ajenos a la función pública” no ha logrado rectificar o discriminalizar la denominada malversación formal (mera desviación de la aplicación pública de los fondos públicos). Así, “se ha de entender que la acción de destinar los caudales o efectos públicos a usos ajenos a la función pública (art. 433 CP) no significa sino seguir destinándolos a usos igualmente públicos pero distintos de los de la específica función a que estaban destinados”; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 673: “se trata de destinar los dineros o efectos públicos a otros fines, también públicos, no previstos en la norma habilitadora del crédito correspondiente, efectuando el cambio de finalidad sin acudir a la normas establecidas”.

⁶⁵² En este sentido, entre otros: ALONSO PÉREZ, *Malversación*, p. 255, el destino diferente al previsto “no ha de ser la Administración Pública”; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 970, “los usos a que se aplique los caudales o efectos públicos pueden ser propios o ajenos, pero en todo caso distintos a los de la función pública”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 257, nota 66: “el citado precepto habla de <destinar a usos ajenos a la función pública> y en ningún otro artículo del Capítulo VII se tipifica la conducta complementaria de <destinar a usos propios de la función pública> o <dar una aplicación pública diferente de la que tuvieren asignados>. Por lo tanto, a nuestro modo de ver, el destino de caudales a fines públicos distintos de los que tuvieren legalmente asignados ha sido destipificado”; MORALES GARCIA *Malversación*, p. 261, quien rechaza por ejemplo la posibilidad de encajarse en el art. 433 el supuesto de quien recibe dinero que debe destinar sólo y exclusivamente a la realización de un giro y decide emplearlo en la compra de material fungible para la Administración; MUÑOZ CUESTA, *Malversación*, p. 1571, para quien la conducta de dar una aplicación pública diferente “no tiene entidad suficiente como para ser merecedora de una sanción penal, pidiéndose proteger el destino de los bienes públicos con la imposición de una sanción administrativa al funcionario”; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4094 y 4107, quien estima que usos ajenos a la función pública “implica que el ámbito típico se concentra en la aplicación a usos que no sean los propios de la función pública”, y después añade que “cuando se cambia el destino de los caudales, pero siguen aplicados a la función pública (aunque con un destino diferente) no es en la actualidad una conducta típica”; RAMOS GIL, *La malversación*, p. 390; ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 78-79; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 321: “no sólo porque comparta las críticas que merecía el artículo 397 ACP, sino porque resulta la única interpretación compatible con el tenor literal del artículo 433 que, en este punto, es absolutamente tajante al señalar que el uso ha de ser <ajeno a la función pública>. No

No obstante, hay quien sostiene que la punibilidad o impunidad de la conducta se basa en la asignación presupuestaria⁶⁵³ y quienes disienten de la supresión absoluta, insistiendo – *de lege ferenda* - que obtendrían relevancia penal aquellos *casos graves* de cambio de destino del presupuesto⁶⁵⁴ o que debido al cambio presupuestario se produzca daño o entorpecimiento al servicio público⁶⁵⁵. La jurisprudencia del Tribunal Supremo estima atípica la conducta de aplicación pública distinta de la asignada⁶⁵⁶.

7.3.2. Fundamento del apartado segundo del artículo 433 CP

La aplicación del apartado primero del art. 433 CP tiene como presupuesto el reintegro del objeto material, de lo contrario se le aplica al culpable las penas del art. 432 CP. La equiparación penológica en los Códigos penales modernos, si por acaso no se realiza el esperado reintegro, es consecuencia del recelo de autores clásicos como CARRARA⁶⁵⁷, que consideraba una doctrina peligrosísima la distinción entre uso y sustracción, en cuanto les puede servir de fácil excusa a todos los malversadores la alegación de que no tenían intención de apropiarse y sí de restituir.

es posible pues, sin exceder los límites del principio de legalidad, realizar tal interpretación extensiva que, entiendo, sería claramente *contra legem*”.

⁶⁵³ En particular ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 199, quien sostiene que “se podría entender que cuando el destino dado a los caudales estuviese contemplado en otras partidas del presupuesto estaremos ante una malversación no punible, cuando no lo estuviese se trataría de un uso ajeno a la función pública”.

⁶⁵⁴ Y ello a partir de una lectura pluriforme respecto del bien jurídico tutelado en la malversación, se argumenta que tal supuesto no deja de ser un abuso punible, ya que el funcionario ha faltado con sus deberes. Así entienden: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La malversación por aplicación privada*, p. 85, nota 14: “la destipicidad total de la desviación de caudales o efectos públicos a fines públicos diferentes de aquellos para los que estaban preordenados llevada a cabo por el CP vigente no me parece que deba ser indiscutiblemente digna de aplauso. Tal vez una vía intermedia podría haber estado justificada, en el sentido de castigar sólo los casos más graves, teniendo en cuenta, sobre todo, el perjuicio para el servicio público; no me parece, por ejemplo, descabellado plantear que pudiera ser delictiva la conducta del alcalde que desvía fondos destinados a la construcción de una escuela – imposibilitándola - para construir un campo de fútbol”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 260, según el cual “desde el punto de vista de la correcta gestión y del daño a los servicios públicos, pueden ser de consecuencias equiparables a las de una apropiación”; SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 861, quien observa que “salvo que se trate de materia dejada a la discrecionalidad administrativa, la ordenación legal de las inversiones públicas es estrictamente vinculante”; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4109, estima que la innovación operada en extremo por el Código penal de 1995 no es satisfactoria, pues queda desprotegido el presupuesto, que es uno de los medios que pueden ser utilizados para controlar el gasto público y, paralelamente, para poder llevar a cabo una determinada política en un concreto sentido.

⁶⁵⁵ En el mismo sentido: RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, p. 1.187; DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 827.

⁶⁵⁶ En este sentido, el Tribunal Supremo considera que no existe delito de malversación cuando se destina una parte de la subvención recibida a las obras de adecuación de acometidas de agua, para cuyo fin fue concedida, pero la otra parte se dedica a obras de reparación de la red de aguas del municipio, en diferentes zonas de la localidad (STS de 11-11-98).

⁶⁵⁷ DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 817.

Lo cierto es que en lo referente a la naturaleza jurídica de la previsión del reintegro no hay consenso en la doctrina y tampoco en la Jurisprudencia. Aunque hay quién explique de manera distinta⁶⁵⁸, dos son las principales concepciones en cuanto a la justificación de la equiparación punitiva operada por el no reintegro. De una parte están aquellos que ven en la equiparación penológica una *presunción de derecho del advenimiento de la voluntad apropiatoria*, dada las dificultades probatorias respecto al ánimo de uso temporal⁶⁵⁹. Tal punto de vista, con todo, constituye una inaceptable presunción contra el reo, que vulnera los límites del principio de culpabilidad. Así, para otro sector⁶⁶⁰ solamente se explicaría invirtiéndose el carácter de la presunción, es decir, interpretándola como una presunción *pro reo*, lo que también no es correcto, puesto que basta suprimir mentalmente el segundo párrafo del art. 433 para verificarse que su existencia viene a agravar la conducta y no atenuarla. La corriente mayoritaria explica la equiparación en razones *utilitarias*, como un estímulo al reintegro de lo distraído⁶⁶¹, pero lo

⁶⁵⁸ Por ejemplo, PÉREZ GARCÍA, *Punibilidad*, p.204, defiende que el fundamento de la menor punición en razón del reintegro se encuentra en una menor necesidad preventivo general de pena.

⁶⁵⁹ Son partidarios de tal criterio, pese a que le hagan severas críticas, entre otros: MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p.970: “esta disposición constituye una presunción de apropiación y en cierto modo es una puerta de escape que se ofrece al funcionario en casos dudosos de apropiación para que pueda evitar las graves penas del art. 432; SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 859-860, quien observa que “como cláusula de índole meramente utilitaria tendente al recobro de los caudales, la ha calificado en ocasiones de la jurisprudencia. Otras veces, con más acierto, se la entendió como presunción del advenimiento de una voluntad de apropiación, manifestada por la persistencia de la negativa al reintegro. Esta segunda explicación tiene a su favor la ventaja de suponer que no es la mera falta de reintegro lo que explica tan grave cambio de penalidad. Pero aun así, sigue faltando una explicación satisfactoria. Pues si esa fuese, en efecto, la razón, entonces sería inadmisibles el establecimiento de una presunción *iuris et de iure* sobre un elemento culpabilista que, por pertenecer al reino de lo existencial, necesita de prueba. Por ello parece censurable tal cambio automático de responsabilidad, que no permite tener en cuenta la diversa índole de las causas a que pueda ser debida la falta de reintegro”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 248, quien es de opinión que la equiparación, “con más acierto, fue interpretada por la jurisprudencia como presunción del *advenimiento* de una voluntad de apropiación, manifestada por la persistencia en la negativa de reintegro; DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 823, según el cual “de no verificarse tal restitución, se aplican las penas del art. 394 (actual 432), esto es, se presume que hubo ánimo de apropiación definitiva”; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal*, p. 802: “se perfecciona el delito del art. 432 si no se reintegra el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso”.

⁶⁶⁰ En este sentido: RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p 330; CRESPO BARQUERO, *Código penal*, p. 1725; GÓMEZ GUILLAMÓN, *Código penal*, p. 781; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 671; MIR PUIG, C., *Malversación*, p. 84. La interpretación de una presunción *pro reo* fue adoptada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 06-05-97, que señaló: “se produce una presunción favorable a la inexistencia de un ánimo apropiatorio de carácter definitivo que se mantiene temporalmente durante el plazo para el reintegro marcado por la norma”.

⁶⁶¹ En este sentido, en otros: CRESPO BARQUERO, *Comentarios*, p. 1725, para quien tal concepción “permite una aproximación mucho más ajustada al principio de presunción de inocencia, alejando reminiscencias de presunciones contra reo como la de ese *animus rem sibi habendi* en caso de no devolución”; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4094-4095, que, tras observar que la remisión al artículo 432 es únicamente penológica y no conceptual, concluye que “esta disposición no implica que el reintegro de los caudales signifique una presunción de ánimo de apropiación, sino, simplemente, que la óptica manejada por el legislador es la de conseguir el reintegro de los caudales o efectos

que se produce en realidad es un reenvío penológico al art. 432 CP sin cambio de la naturaleza de la infracción.

CASTRO MORENO⁶⁶², en particular, a pesar de entender que el legislador ha pretendido por meras razones utilitarias estimular la devolución de lo distraído, es de la opinión de que el reintegro constituye un elemento del tipo básico de malversación de uso. Consiguientemente, el segundo párrafo del artículo 433 no es para el referido autor una mera regla penológica, sino un tipo agravado con relación al de primer párrafo, dentro del cual la pena se establece por remisión a otra modalidad de malversación, pero sin presumirse contra el reo ningún cambio de naturaleza de la conducta realizada.

La jurisprudencia se decanta por la concepción utilitarista⁶⁶³, aunque en algunas oportunidades tenga entendido el precepto como una presunción de la voluntad de apropiación⁶⁶⁴.

A nuestro juicio, una vez que el patrimonio es el único bien protegido en la malversación, resulta más fácil entender el apartado 2º del art. 433 CP con tinte claramente utilitarista (simple remisión a efectos penológicos), es decir, como un estímulo para que el bien distraído sea reintegrado a las arcas públicas. Además, una explicación a partir de una presunción de apropiación definitiva tiene efectivamente el escollo de poder alterar la naturaleza de la conducta en muchos supuestos, lo que es dogmáticamente insostenible

públicos”; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 160, según la cual lo que se busca es “que no se produzca en la práctica el menoscabo del erario, pues de esa forma no quedará afectado el servicio público, incentivando de ese modo al funcionario para que repare el daño”; ORTS BERENGUER, *Derecho penal*, p. 487: “El legislador ha querido, por miras utilitaristas, sin duda, como estimular el reintegro”; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 674, pese a que se refiera a una “presunción pro reo”, al calificar el precepto como semiexcusa absolutoria, es contundente al afirmar que “el carácter patrimonialista de la infracción salta aquí a plena luz del día con la aplicación de la excusa semiabsolutoria contenida en el art. 433, II; OLESA MUÑIDO, *Malversación*, p. 651: “el tipo de incriminación permanece; varía sólo la penalización, que se asimila, únicamente, a la del tipo de malversación por sustracción”; OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 292-293, según el cual la no devolución del objeto material en el plazo asignado en el art. 433.2 no cambia la naturaleza del delito, que “sigue siendo una modalidad de uso y no de apropiación pero el legislador le asigna idéntica pena, sin que pueda interpretarse que el transcurso del plazo supone una presunción de apropiación, pues tal intención debe ser objeto de prueba”; GÓMEZ GUILLAMÓN, *Código penal*, p. 827.

⁶⁶² CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 333-335.

⁶⁶³ “Cuando, en este último supuesto (malversación de uso), no se produce el reintegro, el hecho no cambia de naturaleza. Se tratará de un hurto de uso que, por razones de política de protección de la Hacienda Pública, se punirá con la misma pena que si la sustracción hubiera tenido una intencionalidad de hacer definitivamente suyos los caudales. Pero el reenvío penológico no cambia en absoluto la significación del hecho, que, por vía de ejemplo, sucedería si un supuesto de hurto mandara el legislador que se castigase con la pena de robo”. En este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 03-02-95 y 08-11-95.

⁶⁶⁴ STS de 12-06-93 y 24-02-95.

puesto que el cambio de la naturaleza jurídica de la infracción conculcaría los principios esenciales y rectores del Derecho penal⁶⁶⁵.

7.3.3. Reintegro de lo distraído. Requisitos

Según se desprende del apartado 2º del art. 433 CP, en caso de que no ocurra la devolución (reintegro) de los caudales o efectos distraídos en el plazo de diez días siguientes a la incoación del proceso, se impondrán las penas del art. 432 CP. Más específicamente, el precepto enuncia <si el culpable no reintegrare el *importe* de lo distraído>, lo que plantea si es suficiente la devolución del equivalente económico de la cosa mueble malversada.

Según un sector habrá que interpretar la mención al importe como *reintegro del mismo objeto distraído*. Y ello porque la conducta de deshacerse del objeto material evidencia de suyo la ausencia del *animus utendi* y por lo tanto torna inaplicable el artículo de manera más benéfica. La posibilidad de no devolver lo mismo de lo distraído quedaría restringida sólo al dinero, debido a su ultra-fungibilidad. Aunque la redacción del precepto pudiere parecer *prima facie* otra cosa (“el *importe* de lo distraído” reza el precepto), no parece que quiera decir que pueda devolverse el equivalente monetario si el bien es no fungible, sino que utiliza esa expresión tomando como referencia el dinero, que es el bien fungible que en la mayoría de los casos será el objeto de la malversación⁶⁶⁶. A mi juicio, dado que el patrimonio es el único bien protegido en la malversación, en el apartado 2º del art. 433 CP la equiparación es explicable en razones *utilitarias*, como un estímulo al reintegro de lo distraído, sin cambio de la naturaleza de la infracción⁶⁶⁷. Y como el precepto se refiere a que “el culpable no reintegrare el *importe* de lo distraído”, es suficiente la devolución de lo *equivalente* económico de la cosa mueble malversada. Ahora bien, el reintegro no se convierte en una atenuación automática de toda malversación cuando queda demostrado el evidente propósito de apropiación definitiva, o sea, cuando la

⁶⁶⁵ En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 08-11-95.

⁶⁶⁶ En el mismo sentido: CATALÁN SENDER, *Delitos*, p. 282; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 245, para quien, en tales supuestos, “falta en la conducta del funcionario el otro requisito típico del artículo 433, cual es el mero *animus utendi*, o ánimo de mera utilización, pues al enajenar los caudales procede respecto de ellos *uti dominus*”; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 337, para quien “habrá que interpretar esta mención al importe como reintegro del mismo objeto distraído, salvo, naturalmente, que el mismo fuere un bien fungible como el dinero, en cuyo caso bastará con la devolución de su importe o valor monetario”; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 180, para quien “no parece que pueda desprenderse del precepto que pueda devolverse la cantidad correspondiente al valor de bien no fungible”.

conducta de deshacerse del objeto material evidencia de suyo la ausencia del *animus utendi*⁶⁶⁸.

El reintegro, por otra parte, debe efectuarse dentro del plazo preclusivo de diez días desde la incoación del *proceso*⁶⁶⁹, siendo, pues, irrelevante la incoación de un procedimiento administrativo a tales efectos. Así, puesto que el proceso se puede incoar hasta la prescripción del delito, el plazo para reintegrar los caudales puede llegar a ser de tres años y 10 días desde la comisión del delito. Y aunque hay quien entienda que no es preciso que el funcionario tenga efectivo conocimiento de la incoación del proceso, ya que lo que hace simplemente es señalar de forma objetiva un término durante el que se permite el ejercicio del derecho⁶⁷⁰, la posición mayoritaria se decanta por la necesidad de la formalidad⁶⁷¹.

Es obligatorio, además, que el reintegro sea *integral* para evitar la remisión a las penas previstas en el art. 432 CP. Tal exigencia, sin embargo, viene siendo atenuada por la jurisprudencia en casos excepcionales, cuando no haya sido posible determinar con exactitud la cuantía de lo malversado y sea pequeña la diferencia⁶⁷². En la doctrina, la opinión dominante se inclina en el sentido de que la restitución debe ser total para la no-

⁶⁶⁷ En este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 03-02-95 y 08-11-95.

⁶⁶⁸ En este sentido: FEIJOO SÁNCHEZ, *Comentarios*, p. 1155, aunque entienda que “ello casa mal con el *animus utendi* siempre que no sea imposible devolver la cosa por razones ajenas a la voluntad del malversador”; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal*, p. 802: “se hace referencia a reintegrar el importe de lo distraído, lo que permite vender efectos públicos y reintegrar su importe, en lugar de los bienes”; MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 106, según el cual “lo que debe ser reintegrado es el importe de lo distraído y no el objeto mismo de la distracción”.

⁶⁶⁹ Según la doctrina especializada, la expresión “proceso” abarca todos los de carácter penal. En este sentido: ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 198; ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 86; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 345. Asimismo el Tribunal Supremo, bajo la anterior regulación, venía entendiendo que el término “sumario” comprendía la instrucción de cualquier procedimiento criminal (STS de 03-02-95 y 24-02-95).

⁶⁷⁰ ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 247.

⁶⁷¹ En este sentido, entre otros: ORTS BERENGUER, *Derecho penal*, p.487; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 184; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4096, según el cual “en orden al cómputo bien pudiera mantenerse que debe contar desde que el sujeto tuvo efectivo conocimiento de la incoación del proceso, admitiendo incluso cierta flexibilidad en caso de desconocimiento de los efectos del reintegro; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 340, para quien “entender el plazo como un elemento simplemente objetivo con operatividad automática, supondría imposibilitar (con la siguiente discriminación) a determinados sujetos la elusión de la severidad punitiva del artículo 433.II”.

⁶⁷² Por ejemplo, cuando el *quantum* sólo pueda ser determinado por medio de diligencias o dictámenes periciales. En la sentencia de 18-11-92 el Tribunal Supremo declaró que “sería abusivo no considerar el artículo comentado cuando el reo promueve la devolución con una pequeña diferencia a menor que el total (por ejemplo, el total menos una doceava parte)”.

aplicación de las penas del art. 432 CP. Pero, a juicio de algunos⁶⁷³, la restitución parcial adquiere relevancia porque puede remitir al punto 1º o al 3º del artículo 432, es decir, puede suceder un cambio relevante de penalidad caso el restante del importe devuelto se sitúe por debajo de la frontera de las quinientas mil pesetas⁶⁷⁴. De todos modos, mismo para los que piensan de modo distinto, lo que no se puede dejar de tener en cuenta es el reintegro parcial para efectos de la individualización de la pena⁶⁷⁵. Y, en el caso de que fuera preciso practicar liquidación de cuentas pendientes, a juicio de algunos⁶⁷⁶ el plazo de los diez días se computará desde la determinación de la deuda y, para otros⁶⁷⁷ es necesario que el sujeto devuelva el valor aproximado del importe distraído dentro de los diez días siguientes al de dársele a conocer la incoación del proceso.

Ahora bien, aunque el reintegro sea total y efectuado dentro del plazo, no surte cualquier efecto si por otras circunstancias se constata el propósito inicial de apropiación definitiva. Es decir, si la voluntad de apropiación definitiva aparece nítidamente en la conducta del funcionario, habrá que aplicar el artículo 432, aunque se produzca el reintegro antes del plazo señalado⁶⁷⁸. Además, si el autor reintegra el importe de lo distraído una vez ultrapasado el plazo establecido en el art. 433, aunque se tenga que imponerle la pena del art. 432, se puede tener en cuenta a efectos de su determinación la reparación o disminución del daño a los efectos del delito, a través de la circunstancia 5ª del artículo 21⁶⁷⁹, incluso como atenuante muy cualificada. También para un sector⁶⁸⁰ se puede tener en cuenta la circunstancia 4ª del artículo 21 si el funcionario confiesa la infracción a las autoridades sin saber que se dirige contra él un procedimiento judicial⁶⁸¹.

⁶⁷³ En el mismo sentido: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4095; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 251-252.

⁶⁷⁴ En sentido contrario: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 339, para quien tal interpretación no es la que deriva del tenor del precepto.

⁶⁷⁵ CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 339; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 251; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4095.

⁶⁷⁶ En el mismo sentido: CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal*, p. 1086.

⁶⁷⁷ En este sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 341-342.

⁶⁷⁸ En este sentido: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Malversación*, p. 1091; CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal*, p. 1086: “la posibilidad de reintegro no opera en los casos en que desde el principio conste el propósito de apoderamiento definitivo”. En sentido contrario: ROLDAN BARBERO, *Malversación*, p. 26, para quien un purismo excesivo de este tipo delictivo bloquearía la oferta”.

⁶⁷⁹ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Comentarios*, p. 1155; OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 304; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 343; GÓMEZ GUILLAMÓN, *Código penal*, p. 782; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 247; ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 85 y 89.

⁶⁸⁰ En el mismo sentido: CRESPO BARQUERO, *Código penal*, p. 1726; FEIJOO SÁNCHEZ, *Comentarios*, p. 1155; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 247, ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 85 y 88-89.

⁶⁸¹ Pero aquí llama la atención CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 344, “que ni el artículo 433.I exige la confesión del sujeto para su aplicación ni el artículo 21.4ª exige el reintegro”.

El Tribunal Supremo ya venía entendiendo que a pesar de no ser aplicable el artículo 397 (actual 433 CP) en los casos en los que no se puede tomar en cuenta un propósito de restitución debido a las circunstancias de hecho o debido a la reparación extemporánea, la íntegra devolución de lo distraído no puede carecer de toda relevancia en la individualización de la pena, aplicando por consiguiente la atenuante analógica de arrepentimiento espontáneo por reintegro⁶⁸². Lo que no parece compatible, como pone de manifiesto CASTRO MORENO⁶⁸³, es la apreciación de estas circunstancias atenuantes con la exclusión de la modalidad agravada de malversación de uso, pues el mismo reintegro no puede fundamentar una doble rebaja punitiva.

El reintegro total de lo distraído, ha de ser efectuado por el sujeto responsable del delito⁶⁸⁴. Sin embargo, la excusa atenuante del artículo 433 CP, no presenta un carácter personalísimo, posibilitando su extensión al partícipe en los casos en que contribuye al reintegro del importe de lo distraído en la misma medida en que el autor lo hace. Empero, *sensu contrario*, no significa la aplicación *ipso facto* del beneficio al partícipe una vez que el autor procede al reintegro y aquél no ejerce mediante actos concluyentes el mismo papel⁶⁸⁵, tampoco cuando el reintegro es efectuado por una entidad aseguradora⁶⁸⁶.

Por fin, es menester consignar que el cambio automático de pena es criticado por un sector de la doctrina, que estima que la falta de reintegro puede deberse a múltiples factores que no afectan a la intención del sujeto en el momento de la comisión delictiva, lo que suscitaría una situación desfavorable a los autores que tienen una posición económica débil⁶⁸⁷.

⁶⁸² STS de 26-09-94, en la cual fundamentó que “chocaría también contra el espíritu, pues es evidente que un Derecho penal fundado en la idea de culpabilidad (STC 150/91), como el Derecho vigente, no puede desconocer una compensación real de la culpabilidad, se encuentre ésta donde se encuentre, pues ello le viene impuesto por el artículo 1 CE, en la medida en la que éste reconoce a la justicia como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico”. Ya en la sentencia de 8-11-95 el Alto Tribunal entendió que el fundamento para la aplicación de la atenuante analógica de arrepentimiento por la reparación tardía “radica en razones de política criminal, fundamento que evidentemente existe en la norma contenida en el párrafo 2º del artículo 396 (actual 433) del CP”.

⁶⁸³ CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 343.

⁶⁸⁴ En el mismo sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 338.

⁶⁸⁵ MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 290.

⁶⁸⁶ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 06-05-97.

⁶⁸⁷ En el mismo sentido: FEIJOO SÁNCHEZ, *Comentarios*, p. 1155; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 336; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4095; SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p.860, quien estima “censurable tal cambio automático de responsabilidad, que no permite tener en cuenta la diversa

7.4. Aplicación privada de bienes públicos (art. 434 CP)

El art. 434 CP pune la aplicación privada tanto de bienes muebles como inmuebles de la Administración Pública. Hay consenso en que la introducción *ex novo* de los bienes inmuebles como objeto material de la malversación fue esencialmente dirigida para acallar determinados escándalos políticos y, así, colmar una laguna de punición respecto a conductas que eran atípicas con relación a la regulación anterior.

Respecto a la conducta típica, la doctrina viene interpretando el artículo 434 como una modalidad de malversación de uso de los bienes muebles o inmuebles fuera del destino asignado para ellos⁶⁸⁸. Empero, dado que el verbo utilizado (aplicar) es semejante al verbo empleado en el art. 433 CP (destinar), no hay consenso dentro de la doctrina respecto de su alcance. Lo que si queda claro es que por objeto material ha de entenderse a todos los bienes que se hallen integrados en el patrimonio del Estado, de modo que “la aplicación privada de un despacho o de un coche oficial dejan de ser conductas atípicas”⁶⁸⁹.

Debido a la inclusión expresa del ánimo de lucro, hay quien entiende que subsiste el delito incluso cuando de la conducta resulte una ventaja para la Administración Pública, por ejemplo, cuando se libere a la misma de las cargas que le suponía el mantenimiento del bien⁶⁹⁰, con lo que no se puede estar de acuerdo, puesto que desde una perspectiva patrimonialista dicha conducta resulta atípica por ausencia de menoscabo al bien jurídico protegido. De todos modos, como el precepto se refiere a ánimo de lucro propio o *ajeno*, parece viable darle una interpretación amplia, como pone de manifiesto OLIVEROS ROSELLÓ⁶⁹¹, y entender que no es necesario que el funcionario use personalmente el bien en cuestión, siendo suficiente con darle una aplicación privada, es decir, asignarle un destino privado, aunque el uso lo realice un particular, interviniendo el funcionario tan sólo en la alteración de su destino y régimen posesorio.

índole de las causas a que pueda ser debida la falta de reintegro”; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 675.

⁶⁸⁸ Según CATALÁN SENDER, *Delitos*, p. 283, este tipo penal se diferencia del de apropiación definitiva precisamente en eso, en que en el artículo 434 CP no habrá apropiación definitiva, sino sólo de mera utilización y disfrute, “pues obviamente apropiación del inmueble no puede haber salvo en hipótesis de laboratorio”.

⁶⁸⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Consideraciones*, p. 1687.

⁶⁹⁰ ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 199.

⁶⁹¹ OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 299.

El precepto hace constar expresamente la denominada Administración Institucional como sujeto pasivo, que engloba, según determina la LOFAGE, tanto los Organismos autónomos como a las entidades públicas empresariales cuyos fondos son indudablemente públicos.

7.4.1. Grave perjuicio a la causa pública

La integración del precepto que se analiza depende no sólo de que haya un perjuicio a la causa pública sino que además sea “grave”.

En cuanto al primer requisito, el perjuicio a la causa pública viene siendo interpretado bajo diversas perspectivas. Hay quien entienda que el perjuicio debe consistir exclusivamente en un daño de índole económica⁶⁹². Otros abogan que pese a que ello implicará, en general, en un daño de índole patrimonial, nada impide que pueda serlo de carácter meramente funcional⁶⁹³. Ya un sector sostiene que el perjuicio a la causa pública del art. 434 CP es identificable con el “daño o entorpecimiento al servicio público” contemplado en el tipo agravado de malversación apropiatoria (art. 432.2 CP), aunque el legislador haya usado expresiones distintas⁶⁹⁴. En esta modalidad (art. 432.2 CP), como se ha visto más arriba, el daño o entorpecimiento al servicio público viene siendo entendido como un *aliud* del perjuicio económico, consistente en un quebranto apreciable y verificable del servicio público, hasta el punto de que éste no se pueda prestar o haya de hacerse de forma distinta a lo habitual. Por lo tanto, el concepto de daño también aquí es de carácter prestacional o funcional⁶⁹⁵. Por fin, una corriente, partiendo de la premisa de que

⁶⁹²En este sentido: QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 676, quien aboga por un criterio meramente económico y por su vez rechaza que pueda entenderse el grave perjuicio a la causa pública de una manera amplia, ya que “ello excluye el desdoro y el descrédito de la función pública ante los conciudadanos que pueden observar atónitos la desfachatez de algunos de sus dirigentes”.

⁶⁹³MORALES PRATS y MORALES GARCIA, *Comentarios*, p. 1975, para quienes el grave perjuicio a la causa pública “podrá ser de carácter patrimonial, si bien nada impide su carácter meramente funcional, esto es, caracterizado como alteración en el desarrollo de la función pública”.

⁶⁹⁴En el mismo sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 368: “hay que señalar en primer lugar, en cuanto a la expresión < grave perjuicio para la causa pública>, que la misma posee un significado y contenido idéntico al que tiene en el tipo agravado de malversación apropiatoria por la especial gravedad atendiendo al <daño o entorpecimiento producido al servicio público> (art. 432.2)”.

⁶⁹⁵En el mismo sentido: MUÑOZ CUESTA, *Malversación*, p. 1572; ORTS BERENGUER, *Comentarios*, p. 1873, estima el perjuicio a la causa pública como “el trastorno para el ente u organismo afectado y para el servicio que había de prestarse, para las expectativas económicas y profesionales del tercero, etc.”; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La malversación por aplicación privada*, p. 111: “no debe circunscribirse el grave perjuicio al de carácter estrictamente económico o patrimonial, sino que debe extenderse también a otros de carácter funcional, es decir, que afecten gravemente a la correcta actuación de la Administración respecto de los ciudadanos”.

donde el legislador distingue el intérprete también ha de hacerlo, estima que el perjuicio aquí es un concepto más amplio que el de daño o entorpecimiento del art. 432.2 CP, debiendo extenderse al desprestigio o daño *moral* de la Administración Pública⁶⁹⁶.

A mi juicio, el precepto es bastante claro al referirse que el perjuicio debe ser a la “causa pública”, lo que impide inferirla en un sentido meramente económico, el cual por sí sólo no siempre le afecta. Más bien, el perjuicio debe ser concretado en un sentido funcional, pues sólo cuando el buen funcionamiento de la Administración se ve quebrantado por la conducta del funcionario es que se infiere un perjuicio que excede al que ella en sí misma comporta. A tal entendimiento corrobora el hecho de ser el bien jurídico protegido tan sólo el patrimonio, ya que el quebrantamiento del normal funcionamiento de los servicios prestados por la Administración es consecuencia del ataque al mismo⁶⁹⁷.

Con relación a la gravedad del perjuicio, para quien defiende el criterio económico no es tarea sencilla llegar a un denominador cuanto a su determinación, siendo para algunos un quebranto superior a quinientas mil pesetas (tres mil euros)⁶⁹⁸ y para otros cuatro millones de pesetas (veinte y cuatro mil euros)⁶⁹⁹. Ya para quien sostiene que el deslinde del art. 434 CP con las demás figuras se opera por el criterio del desplazamiento, la gravedad se determina, entre otros criterios, por la duración de la aplicación a fines privados⁷⁰⁰. Para nosotros que nos adherimos a la corriente que sostiene el criterio funcional, la gravedad se verifica por la intensificación de la alteración que sufren los servicios prestados por la Administración, es decir, el daño al ente afectado ha de trascender al servicio prestado por el funcionario malversador.

⁶⁹⁶ En este sentido: ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 201, para quien “el daño a la causa pública ha de ser necesariamente un concepto más amplio, que podría incluir también elementos como el prestigio de la Administración u otros”; MUÑOZ CUESTA, *Malversación*, p. 1573, quien refiere a un “descrédito o desprestigio” de la Administración, que haga perder toda credibilidad en los gestores por parte de los administrados. ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 271, al sostener que “parece obligado inferir, que si hubiese querido referirse a lo mismo, habría utilizado la misma expresión”.

⁶⁹⁷ Por eso, observa FEIJOO SÁNCHEZ, *Consideraciones*, p. 1694, que esta exigencia (grave perjuicio a la causa pública) carecería de sentido si se considerara que el bien jurídico protegido es el deber de probidad o fidelidad del funcionario.

⁶⁹⁸ En el mismo sentido: QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 676.

⁶⁹⁹ Hace referencia a tal cuantía ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 272, pese a que no abogue el criterio económico y sí un concepto amplio de perjuicio a la causa pública.

⁷⁰⁰ En el mismo sentido: HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Malversación*, p. 1455, que respecto a la gravedad del perjuicio señala que “obviamente parece descartar que el uso o disfrute del bien sea esporádico u ocasional y sí parece referirse a que tenga un relevancia en el tiempo”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p.

Lo que la doctrina parece estar de acuerdo aquí es que el precepto exige una interpretación restrictiva, dada su gran indeterminación y gravedad. En virtud de ello, la imputación objetiva cobra una especial relevancia, desplegando sus efectos en el marco del riesgo permitido, una vez que se trata de un ámbito intensamente reglado por el ordenamiento jurídico⁷⁰¹. Además, el grave perjuicio debe ser objeto de prueba, si bien que en ocasiones será muy discutible por tratarse de un concepto sujeto a una valoración o apreciación⁷⁰².

Finalmente, hay quienes critican la exigencia del grave perjuicio porque hará que con mucha frecuencia el art. 434 sea prácticamente inaplicable y se reduzca a un “uso simbólico del Derecho penal”⁷⁰³.

7. 5. Conclusiones provisionales

El término “sustraer” es equivalente al acto de apropiarse. La sustracción ha de ser con ánimo de apropiación definitiva (*animus rem sibi habendi*) y no de mero uso (*animus utendi*), pues en este segundo caso estaríamos ante la figura delictiva del art. 433 CP.

En el artículo 432.2 CP nos hallamos ante dos criterios que la ley impone como únicos para valorar si hay especial gravedad puesto que la agravación es única: *la especial gravedad*. Así, el daño o entorpecimiento al servicio público debe ser entendido como un

272, para quien “si la aplicación a fines privados de los bienes es excesivamente dilatada en el tiempo, puede ser indicativa de un grave perjuicio para la causa pública”.

⁷⁰¹ En esta línea, ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 202; MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 271, para quien “la gravedad de la sanción prevista para la aplicación privada de bienes muebles o inmuebles requerirá una estructura de resultado, con todas las exigencias de verificación de relación de causalidad e imputación objetiva que ello conlleva. Lo cual es coherente con la naturaleza excepcional del precepto, que no puede destinarse a cualquier género de utilización temporal por el funcionario que los objetos puestos a su disposición por razón de las funciones, sino exclusivamente aquellas en las que el incremento de riesgo sobre la pérdida de funcionalidad del objeto para el fin al que se halla destinado se materializa en un perjuicio definitivo bien del servicio específico que se satisface con el objeto (mueble o inmueble), bien del contenido económico del mismo”.

⁷⁰² ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 273.

⁷⁰³ En el mismo sentido: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 276. Tanto es así que DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La malversación por aplicación privada*, p. 113-114, llama la atención de que hasta la fecha no se tiene conocimiento de sentencia que haya aplicado el art. 434 CP. Por ello, añade, que la única laguna de punición que cubre claramente el precepto es la de la anterior impunidad de la utilización privada de bienes inmuebles públicos, y aún así sólo cuando exista grave perjuicio a la causa pública.

aliud del perjuicio económico, consistente en un quebranto apreciable y verificable del servicio público.

En la modalidad omisiva del art. 432 CP actuar y omitir se equivalen expresamente, sin necesidad de recurrir a la cláusula del art. 11 CP. En ella el tercero sustractor puede ser tanto un particular como el funcionario público o autoridad que no posea la relación específica que requiere la modalidad activa, el cual responderá por malversación sólo en caso de acuerdo con el *intransiens*. El consentimiento a la sustracción es posible por la simple omisión del deber de custodia de los caudales puestos a cargo del sujeto, con indiferencia de que tal omisión se manifieste o vaya acompañada de la realización de una conducta de más favorecimiento de la sustracción y sin necesidad de la concurrencia de ánimo de lucro en el *intransiens*. La justificación de la equiparación reside en los especiales deberes derivados del cargo, en vista de que el funcionario es garante del bien jurídico protegido (el patrimonio público).

Es atípica la conducta de aplicación pública distinta de la asignada. La conducta de destinar el objeto material a otros fines públicos además de ser de escasa relevancia para el bien jurídico protegido (patrimonio público), no tiene entidad suficiente para merecer la tutela del Derecho Penal. Y dado que el patrimonio es el único bien protegido en la malversación, en el apartado 2º del art. 433 CP la equiparación es explicable en razones *utilitarias*, como un estímulo al reintegro de lo distraído, sin cambio de la naturaleza de la infracción. La mención al importe debe ser interpretado como *reintegro del mismo objeto distraído*, pues la conducta de deshacerse del objeto material evidencia de suyo la ausencia del *animus utendi*. La posibilidad de devolver lo mismo de lo distraído queda restringida sólo al dinero, debido a su ultra-fungibilidad. El reintegro además de *integral* debe efectuarse dentro del plazo preclusivo de diez días desde la incoación del *proceso*.

El artículo 434 es una modalidad de malversación de uso de los bienes muebles o inmuebles fuera del destino asignado para ellos, aunque el uso lo realice un particular. Desde una perspectiva patrimonialista, el delito no subsiste si resulta una ventaja para la Administración. El grave perjuicio a la causa pública debe ser concretado en un sentido funcional, pues sólo cuando el buen funcionamiento de la Administración se ve quebrantado por la conducta del funcionario es que se infiere un perjuicio que excede al que ella en sí misma conlleva.

8. Deslinde de las figuras típicas

8.1. El <animus> como elemento clave a la diferenciación entre los arts. 432 y 433

El art. 433 CP, como se ha visto, es identificable con la simple *utilización temporal del objeto*, mientras en el art. 432 CP el sujeto activo realiza un acto de dominio. Además, la consecuencia jurídica del art. 433 CP queda condicionada al reintegro de los caudales, es decir, para que pueda adquirir vigencia debe procederse al reintegro del importe de lo distraído, de lo contrario el funcionario será castigado con las penas establecidas en el 432 CP. Por el reintegro, pues, se podría deducir una presunción legal de ausencia de ánimo de apoderamiento definitivo. Sin embargo, este automatismo convertiría el art. 433 CP en la figura central del capítulo en detrimento del art. 432, ya que éste sólo sería aplicable en aquellos supuestos en que no ocurriese el reintegro de los caudales o efectos dentro del plazo establecido. Asimismo la posibilidad de aplicación del apartado primero quedaría reservada para los escasos supuestos en los que el sujeto activo altera el destino de la cosa con ánimo temporal de utilización y, conjuntamente, consigue reintegrar el importe de lo distraído en el plazo consignado por el segundo párrafo del artículo⁷⁰⁴.

Al percibir tal riesgo, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias - denominadas como tesis “voluntarista” – pasaron a entender que la aplicación del precepto más benigno queda condicionada a la acreditación en el proceso penal de la real intención del agente, dada su extraordinaria limitación penológica⁷⁰⁵. Para tal corriente, pues, la constatación del ánimo de apropiación definitiva obstaculiza la aplicación del precepto

⁷⁰⁴ MORALES GARCÍA, *Malversación*, p.240.

⁷⁰⁵ Según el Tribunal Supremo, el texto literal no dice tan siquiera que ese reintegro define el tipo aunque sí da por descontado que es *conditio sine qua non*, no hay propósito reintegrador sin reintegro efectivo; lo que no es lo mismo que: si hay reintegro se presume que en el hecho había propósito reintegrador. El artículo no impone la aplicación a todo caso con reintegro, impone que no se aplique a quienes reintegren demasiado tarde aunque hayan concurrido los demás elementos tipificadores de la malversación transitoria. En resumen, el tipo del artículo 396 (actual 433) tiene como característica propia la transitoriedad y ésta implica ocasionalidad aislada en la comisión y breve duración en el mantenimiento de todo lo que cabe inferir el *animus* de aplicación no definitiva: además de esto, pero no sólo el reintegro (STS de 9/02/1989). Asimismo en la sentencia de 30-11-94 dejó señalado que “el hecho de la restitución nos es suficiente para aplicar la penalidad del artículo 396 (actual 433) y no la del artículo 394 (actual 432), ambos en CP, pues lo decisivo es el ánimo transitorio o definitivo de la sustracción del caudal público. Lo peculiar del tipo del artículo 396 estriba en la ausencia de ánimo de apropiación en el funcionario”. En este mismo sentido se pronunció reiteradas veces el Tribunal Supremo: Sentencias de 27-05-93 y 24-02-95. Pero, cumple señalar que en algunas (pocas) oportunidades el Alto Tribunal entendió que el reintegro establece una presunción *iuris et de iure* de la existencia de ánimo de uso temporal: STS de 10-04-92 y 18-11-92.

más benéfico, aunque ocurra el reintegro ulterior⁷⁰⁶. De manera que el dolo del agente se erige, en tales supuestos, en el elemento clave para determinar el tipo aplicable: a la configuración del art. 432 CP es necesaria la constatación del inicial *animus rem sibi habendi* (ánimo de incorporar los caudales o efectos públicos a su patrimonio) mientras que el art. 433 CP se caracteriza porque el autor actúa con un simple *animus utendi* (con ánimo de reintegrarlos posteriormente)⁷⁰⁷.

En la práctica, sin embargo, no es tarea sencilla identificar cuando efectivamente el agente actúa con el propósito de apoderamiento definitivo, puesto que en la figura de distracción el funcionario también se vale de medios de apropiación para alcanzar su intento. Incluso el elemento psíquico además de ser desconocido por los demás puede ser oscilante, sucediendo entonces lo que tradicionalmente el Tribunal Supremo pasó a denominar de “secuencia intencional evolutiva”⁷⁰⁸. Lo que a nuestro juicio no puede ser aceptado es que el ánimo de apropiación definitiva se pruebe como todos los elementos

⁷⁰⁶Según BENÍTEZ MERINO, *Malversación*, p. 388, “es preciso hacer una doble observación: 1. No estamos en presencia de una presunción *iuris et de iure* de la inexistencia de la intención inicial de restitución, sino que se trata del establecimiento de una condición legal a la aplicación posible de un tipo penal atenuado. 2. La restitución en los términos previstos no es suficiente para convertir una malversación propia, con intención inicial de apropiación definitiva, en una malversación impropia, que exigiría siempre la prueba de una inicial intención de restitución”.

⁷⁰⁷ En este sentido: RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 313; RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Delitos*, p. 24-25; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4093; FEIJOO SÁNCHEZ, *Consideraciones*, p. 1687; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 240; DE LA MATA BARRANCO y ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 27; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 181; SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 858-859; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 673; POLAINO NAVARRETE, *Malversación*, p. 413; ORTS BERENGUER, *Derecho penal*, p. 709; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 970; MUÑOZ CUESTA, *Malversación*, p. 1573; MIR PUIG, C., *Malversación*, p. 84; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Malversación*, p.1453; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 197; DÍAZ PALOS, *Malversación*, p.823; DE LA MATA, *Malversación*, p. 451; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Malversación*, p. 1091; RAMOS GIL, *La malversación*, p. 389; ALONSO PÉREZ, *Malversación*, p. 251; PALAU MAS, *Ánimo*, p. 4487, el cual, comentado el art. 396 del Código penal derogado, subraya que “el ánimo que mueve el sujeto agente no es otro que el de mero uso o utilización temporal de los mismos”. En la jurisprudencia: STS de 14-03-2000, 20-12-2000 y 19-05-2004.

⁷⁰⁸ “O sea, inicialmente el fin del hecho es atender a una situación económica creíblemente transitoria, la intención es de aplicación temporal y hay sincero propósito de restituir lo antes posible. Pero la mayor parte de las veces esa situación deficitaria se repite, se hace crónica e irreversible y el sujeto propende a acudir al equivocado remedio de mantener y aumentar su descubierto con fines no sólo de cobertura de gastos sino también de más o menos utópicas inversiones especulativas con los que confía remontar su déficit y de las que espera sacar el montante requerido para el reintegro. Viene entonces una segunda fase en la que la distracción se hace rutinaria, y la sensación de imposibilidad de restitución lleva a su posposición definitiva, aceptando el hecho consumado de la apropiación patrimonial y su consecuencia irremediable; el propósito de devolver, cada vez más difuso y débil, es sustituido por otra esperanza, la de que el desfaldo no sea descubierto. Una tercera fase se da cuando se descubre y comienzan actuaciones inspectoras y aun disciplinarias administrativas revelando la imposibilidad de seguir la ocultación del alcance. Entonces el sujeto recupera el deseo inicial de reintegrar y si puede en su propio ámbito patrimonial, si no acudiendo a ayudas potenciales ajenas. Claro que si la cantidad es muy considerable, se ha dispuesto irrevocablemente de ella y el tiempo apremia resulta inviable y se produce una resignación a lo hecho y hasta una renuncia a la posible reparación parcial si no va a evitar la consecuencia sancionadora por el resto” (STS de 09-02-89).

subjetivos, mediante indicios, es decir, que el tomar un objeto con valor económico implica un síntoma suficiente para afirmar su existencia⁷⁰⁹, pues se anularía simplemente la posibilidad de aplicación de las demás figuras malversadoras. En la línea del Tribunal Supremo, la cuestión deber ser dirimida con arreglo a criterios de lógica y no resultar arbitrario⁷¹⁰. En razón de ello, determinadas circunstancias pasan a tener importancia trascendente en la labor de desvelar la real intención del sujeto activo, como, por ejemplo, la reiteración⁷¹¹, la voluntariedad o espontaneidad del reintegro⁷¹², el período transcurrido hasta la devolución⁷¹³, la realización de otros ilícitos que coadyuven la ocultación del hecho⁷¹⁴, la destrucción de los elementos probatorios de la sustracción⁷¹⁵, la fuga con los caudales, etc.

Cumple observar que un importante sector de la doctrina critica la idea de que el *animus* del agente constituya el vértice de deslinde de las modalidades distractora y apropiativa, bajo el argumento de que con ello se priva al art. 433 CP de un espacio propio de actuación. Se suele afirmar que si el legislador hubiese deseado reflejar únicamente un peculado de uso en el art. 433 CP, habría circunscrito el período de devolución a un plazo inmediatamente posterior al de la comisión del hecho. Además, si el autor que dolosamente quiere una utilización temporal asume en el caso más extensivo la alta probabilidad de que el reintegro no se produzca, entonces estaremos de nuevo ante la conducta dolosa del art. 432 CP. De manera que tanto en el art. 432 CP como en el art. 433 CP nos hallaríamos ante modalidades *finalmente* apropiatorias cuya delimitación objetiva se opera en función del momento positivo de apropiación y del límite de discrecionalidad excedido. O sea, el art. 433 CP constituiría una figura autónoma de administración desleal del patrimonio público, reservada en su aplicación para los casos en que el funcionario público dispone de la

⁷⁰⁹ En el mismo sentido: PÉREZ MANZANO, *Compendio*, p. 357.

⁷¹⁰ STS de 18.06.97. En la Sentencia de 03-03-97, el Tribunal Supremo declara que sólo por inferencias razonables ajustadas a la enseñanza de la vida diaria es posible distinguir la malversación de uso temporal de la malversación con ánimo de apropiación definitiva.

⁷¹¹ “Se oponen a la transitoriedad la reiteración, la contumacia de situación duradera de la apropiación, la cuantía excesiva que muestra la continuidad y pronostica la difícil restitución, de donde se infiere el *animus* de apoderamiento definitivo. Inferencia no destruida por el reintegro, salvo que hubiese sido espontáneo”. (STS de 09-02-89)

⁷¹² Cfr. STS de 04-10-93.

⁷¹³ El Tribunal Supremo estimó que existe ánimo de apropiación, y no de uso, en un supuesto en que el sujeto activo se apoderó en 1990 y 1991 de determinadas cantidades, sin que en 1997 las hubiera restituido (STS de 08-06-98).

⁷¹⁴ En efecto, el Tribunal Supremo aprecia la existencia del delito de malversación propia, “cuando el Secretario-Interventor del Ayuntamiento, una vez obtenida la firma del Alcalde y falsificada la firma del Tesorero, dispone para sí de fondos municipales, logrando hacerse con tres millones de pesetas, que sacó de la correspondiente entidad bancaria” (STS de 10-11-97).

máxima capacidad de decisión sobre los medios financieros y el fin a que se destinan, y excede arbitrariamente y con abuso de poder los límites de su capacidad de obligar a la Administración⁷¹⁶. Pero hay aún otros autores para quienes el art. 433 CP es una modalidad atenuada de la malversación apropiatoria por la reparación del daño⁷¹⁷. Y debido a la

⁷¹⁵ Cfr. STS de 11-05-90 y 18-11-92.

⁷¹⁶ En el mismo sentido: MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1973, según los cuales “la interpretación propuesta excede el marco tradicional de interpretación de estas figuras, pero de este modo, la cláusula de reintegro, por un lado, se objetiviza, sin necesidad de referencias al ánimo inicial del agente, sino a la conducta típica realmente llevada a cabo y se consigue una mejor ubicación del art. 434 CP, como delito de utilización temporal de caudales o efectos de la Administración”. Esta reinterpretación de los tipos de la malversación fue desarrollada por MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 246-250, para quien en ambos los supuestos (arts. 432 y 433) se produce una expropiación (momento negativo de la apropiación) del objeto material: Las razones de ello deviene de las condiciones del reintegro, o sea, el desmesurado lapso de tiempo que se concede al sujeto activo para la devolución, incompatible con el “animus rem sibi utendi” y, el hecho del apartado segundo del art. 433 CP referirse al reintegro del importe de lo distraído, lo que supone la aceptación que el objeto material ha sido definitivamente incorporado al patrimonio del sujeto activo. Por lo tanto, la delimitación objetiva se opera en función del límite de discrecionalidad excedido (arbitrariedad): la expropiación definitiva del objeto se verificará, a los efectos del art. 432 CP, cuando el momento negativo de la apropiación determine un uso de la cosa que *quiebre definitivamente su concreta afección al fin al que se halla preordenado*; en cambio, el artículo 433 CP se configura entonces como prevaricación específica mediante la cual se consuma una *administración desleal del patrimonio público* o, si se quiere, un uso abusivo dominical; DE LA MATA, *Tutela*, p. 128 y ss., entiende que es posible la distinción entre una y otra clase de conducta ya en la parte objetiva del tipo, a partir de la idoneidad de la conducta *ex ante* para producir el perjuicio inherente a toda expropiación. Es decir, para referido autor, es posible distinguir entre delitos de expropiación con apropiación correlativa y delitos de utilización sin apropiación, pudiendo, por lo tanto, una pretendida utilización temporal convertirse en definitiva por la idoneidad para ello de la conducta del sujeto activo, al margen de toda consideración del ánimo de dicho sujeto, siempre, evidentemente, que pueda afirmarse, al menos, dolo eventual.

⁷¹⁷ Es la postura de GARCIA PÉREZ, *Punibilidad*, p. 203, según el cual las conductas de los artículos 432 CP y 433 CP no son absolutamente independientes. Por el contrario, el art. 433 CP es identificable como una modalidad extensiva y atenuada del art. 432, cuya particularidad reside en que la atenuación se recoge en un artículo distinto y redactado defectuosamente. Y la razón de la atenuación no hay que buscarla en presencia de un elemento subjetivo de injusto sino en el requisito de la restitución cuyo fin es establecer una atenuación por la reparación de daño para cualquier malversación de caudales públicos. Así, sólo la vertebración del capítulo en torno a dos figuras delictivas (de una lado los art. 432 y 433 y de otro el art. 434) permitiría la lectura razonable de diferente intensidad sancionatoria de ambos preceptos. En palabras de referido autor, el legislador, “en vez de haber dicho claramente que las penas previstas en el art. 432 se atenúan en la forma prevista en el párrafo primero del art. 433 si mediase restitución en el plazo de diez días desde la incoación del proceso, repite la conducta típica y establece unas penas para ella, lo que puede inducir a pensar que establece un tipo autónomo de malversación dolosa de caudales. Sin embargo, de la lectura del párrafo segundo se infiere que estas penas se vinculan a la existencia de la restitución repitiendo innecesariamente que, de no darse la restitución, son de aplicación la establecida en el art. 432”. La crítica que se hace a esta interpretación es que conculca el principio de legalidad. Para ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 249, nota 43, esta interpretación no resulta satisfactoria por diversas razones. “Por una parte, el art. 433 CP, según reiterada doctrina y jurisprudencia, tipifica una conducta de uso, a diferencia del art. 432 CP, que contempla una conducta de apropiación. Por otra parte, no es cierto que el art. 433 establezca una atenuación para cualquier malversación. La atenuación opera únicamente respecto del peculado de uso del art. 433 CP. No lo hace, en cambio, respecto del de la conducta del art. 434 CP, pues ésta no conlleva desplazamiento alguno, con lo cual el reintegro resulta absurdo. A mayor abundamiento, esta atenuación del art. 433 tampoco opera, según reiterada jurisprudencia, respecto de la conducta del art. 432 CP, pues la restitución ulterior de aquello que ha sido sustraído con intención de apropiación definitiva no hace desaparecer la conducta del art. 432, aunque ello no obsta a que ese reintegro pueda ser quizás considerado como una atenuante, a tenor de lo dispuesto en el art. 21, circunstancias 4ª y 5ª. Por último, esta interpretación no justifica adecuadamente por qué en un supuesto de reintegro extemporáneo, el cual comporta una reparación del daño, deba imponerse la correspondiente pena del art. 432 *ex art.* 433 par. 2º”.

ausencia de previsión expresa del ánimo de lucro en el art. 433 CP, hay asimismo quien sostenga que el deslinde con el art. 432 CP se debería operar a partir de tal elemento⁷¹⁸.

8.2. Delimitación del artículo 434 CP

El Código Penal español introduce en el art. 434 la tipicidad de la conducta de la autoridad o funcionario público que con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles perteneciente a cualquiera de las Administraciones Públicas u organismos dependientes, castigándolo con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de tres a seis años.

Tres, por tanto, son los requisitos para la configuración de esta figura típica, denominada de <distracción de uso>: a) aplicación privada por la autoridad o funcionario de bienes muebles o inmuebles pertenecientes a organismos de la Administración; b) que se haga con ánimo de lucro propio o ajeno; c) que como consecuencia de ello se ocasione grave perjuicio para la causa pública.

Es unánime en la doctrina que la introducción del art. 434 CP ha venido a intensificar aún más los problemas de delimitación de las distintas conductas típicas de la malversación. Y el principal problema con relación al art. 434 CP es su demarcación con el art. 433 CP, puesto que la correspondencia con el art. 432 CP se resuelve de modo más sencillo, en virtud de que éste depende, como se ha examinado, de la existencia de un ánimo apropiatorio⁷¹⁹.

Pero, en cuanto al empleo del verbo *aplicar*, no parece indicar nada distinto al de *destinar*, utilizado en la redacción del art. 433 CP. Así, dada la semejanza objetiva de las conductas típicas de ambos preceptos, varios son los criterios distintivos por los cuales la

⁷¹⁸ En este sentido: MIR PUIG., C., *Delitos*, p. 295: “será la exigencia de un elemento subjetivo diferenciado del dolo lo que permitirá delimitar los tipos de peculado por apropiación (art. 432) y por distracción (art. 433); MORILLAS CUEVA, *Malversación*, p. 831, para quien, los criterios diferenciadores del art. 433 con respecto al art. 432 “son precisamente el uso del verbo *destinar* y la no exigencia expresa de ánimo de lucro”; MUÑOZ CUESTA, *Malversación*, p. 1573, según el cual, amén del *animus rem sibi habendi* recogido sólo en el art. 432 CP, éste “requiere un ánimo de lucro que no se exige en el art. 433”.

⁷¹⁹ En este sentido: CRESPO BARQUERO, *Comentarios*, p. 1727: “*Dar una aplicación*, por tanto, es *aprovechar o utilizar temporalmente*, es decir, sin ánimo de apropiación definitiva. Así se marca la diferencia entre esta conducta típica y la del art. 432”; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 352: “si el sujeto actúa con *animus rem sibi habendi*, incurrirá en la modalidad del artículo 432, mientras que, en cambio, si realizara la conducta con un mero *animus utendi*, la misma caerá de lleno en el ámbito típico del artículo 434”.

doctrina intenta diferenciar los arts. 433 y 434 CP, algunos por sí solos y otros conjuntamente. A continuación, pues, se analizarán las concepciones desarrolladas en aras de distinguir ambos preceptos.

8.2.1. Criterio de la inexigibilidad de relación específica en el art. 434 CP

Dado que en el art. 434 CP el legislador no hizo constar expresamente la exigencia de la relación específica entre el sujeto activo y el objeto material, hay quienes sostienen que es suficiente para ser autor de tal delito la mera cualidad genérica de funcionario, diferentemente del art. 433 CP que castiga al funcionario que infringe su deber específico de custodia. Es decir, que en el art. 434 el *plus* de desvalor de la conducta estriba sólo en la mera condición funcional del sujeto mientras que en el art. 433 se castiga al funcionario que infringe su deber específico, de modo que el ámbito de aplicación del art. 434 es mucho más extenso⁷²⁰.

La doctrina dominante, como ya se ha visto, estima que se debe realizar una interpretación sistemática uniforme de todo el Capítulo en aras de mantener incólume el requisito de la vinculación especial y evitar “consecuencias bastante absurdas”⁷²¹. En efecto, la ausencia en el artículo 434 CP de tal relación con los bienes es poco razonable desde el punto de vista del bien jurídico del delito de malversación. Ello supone considerar que justamente la falta de vinculación constituye un supuesto de agravación específica de la modalidad de malversación de uso (el artículo 434 tiene una pena superior a la del

⁷²⁰ En el mismo sentido: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 152; CRESPO BARQUERO, *Código penal*, p. 1728-1729; CASTRO FELICIANO, *Código penal*, p. 461; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Malversación*, p. 1454; MIR PUIG, C., *Delitos*, p. 319; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4106, plantea tal posibilidad sin dejar claro, no obstante, cuál es la preferible.

⁷²¹ En el mismo sentido: MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 181: “de seguirse una interpretación literal del precepto, la preterida conexión con el objeto permitiría subsumir en el tipo situaciones jurídicas de todo punto absurdas, como la utilización por un funcionario de cualquier administración de los bienes integrados en cualquier otra entidad pública lo que, francamente, no tiene fácil explicación en términos de necesidad de pena”; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La malversación por aplicación privada*, p. 99-100, para quien por ello no se justifica la creación de un nuevo tipo penal de malversación, bastando para abarcar los supuestos del art. 434 los tipos de delitos patrimoniales. Añade, aún, que “no es fácilmente comprensible, desde un punto de vista valorativo, por qué resulta más grave esa utilización temporal por quién no guarda una relación especial con los caudales (art. 434) que por quién sí la guarda” (art. 433 CP); CASTRO MORENO, *Distinción*, p. 27, rechaza la tesis de la ausencia de relación específica en el artículo 434 bajo los siguientes argumentos: a) si el sujeto no tiene los caudales a su cargo, sólo cometerá malversación cuando los use (art. 434), mas no si se los quedara (falta la vinculación especial del art. 432), lo que es ilógico; b) si algún sentido tiene la contemplación del delito de malversación de forma diferenciada de los delitos patrimoniales clásicos es precisamente la vinculación específica; c) cómo es posible que el art. 435 efectúe una <extensión> en el ámbito de la relación sujeto-objeto sobre el art. 434, ¡si éste no exige ninguna!

artículo 433 CP), lo que no parece coherente dado el mayor desvalor de la conducta cuando ésta es realizada por quien sí tiene tal vinculación especial⁷²².

Por otra parte, la existencia del art. 435 nos ofrece dos argumentos en contra del presente criterio distintivo. En primer lugar, porque en la medida en que se opera en la malversación impropia una extensión con los arts. 432-434 se exige la vinculación específica hasta de los particulares; así, con cuanta más razón habrá que exigirla cuando los agentes sean funcionarios. Después, porque si entendiéramos prescindible la vinculación específica en el art. 434, la existencia del art. 435 implicaría difuminar la posibilidad de diferencia entre los arts. 433 y 434. En efecto, dado que el art. 435 extiende su ámbito a los funcionarios que no tienen los bienes a su cargo por razón de sus funciones, tanto el art. 433 como el art. 434 podrían aplicarse perfectamente sin la vinculación concreta.

No hay duda, pues, de que si algún sentido tiene la contemplación del delito de malversación de forma distinta de los delitos patrimoniales clásicos es justamente la vinculación específica. “Si suprimimos la misma, carecía entonces por completo de sentido la contemplación autónoma del delito de malversación”⁷²³.

8.2.2. Criterio del uso prolongado

Un sector de la doctrina ha visto la diferencia entre los delitos 433 y 434 en función de la mayor o menor duración del uso de los bienes. O sea, mientras que el art. 434 está pensado para los supuestos de *utilización más duradera* del objeto material el art. 433 CP lo está para supuestos más puntuales u ocasionales. Se habla, entonces, de “uso relevante en el tiempo” para poder configurarse el art. 434, puesto que las utilidades puntuales o esporádicas – de escasa duración – no tienen entidad suficiente para producir grave perjuicio a la causa pública⁷²⁴. Ello explicaría, según FEIJOO SÁNCHEZ⁷²⁵, la

⁷²² En el mismo sentido: OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 296-297.

⁷²³ CASTRO MORENO, *Distinción*, p. 27.

⁷²⁴ En este sentido: FEIJOO SÁNCHEZ, *Consideraciones*, p. 1687: “parece que el art. 434 del Código penal está pensado para aquellos supuestos en los que se dedican bienes muebles o inmuebles de forma duradera o exclusiva a satisfacer necesidades o negocios privados, pero sin que los bienes pasen a formar parte del patrimonio particular. El art. 433 del Código penal, por el contrario, estaría pensado para supuestos más puntuales u ocasionales”; El mismo, *Comentarios*, p. 1165; ORTS BERENGUER, *Comentarios*, p. 1860: “el artículo 432 está pensado para los supuestos de apropiación definitiva de los caudales o efectos malversados; en tanto que el art. 433, para los de utilización temporal de los mismos; y el art. 434, para los de su aplicación con carácter más duradero, sin reintegrarlos”; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 200, quien sigue la interpretación de ORTS BERENGUER; MUÑOZ CUESTA, *Malversación*, p. 1573;

mayor penalidad del art. 434, puesto que el uso prolongado del bien público resultaría más reprochable que la mera utilización momentánea, y justifica porque no contiene la previsión de reintegro.

Resulta imprescindible advertir, sin embargo, que el art. 433 posibilita el uso del bien durante tres años, lo que no puede ser considerado ocasional o esporádico. Tal tesis no logra explicar asimismo por qué el sujeto que no reintegra en el plazo incurre en las penas del art. 432, a pesar de que el uso es más corto. O sea, no habría sentido prever precisamente para el uso más breve el reintegro de los bienes, de manera que de ser cierta esta tesis, la previsión del reintegro debería haberse plasmado en el art. 434 y no en el art. 433 como se ha hecho, puesto que sólo cuando el uso es prolongado adquiere verdadero sentido motivar al funcionario para que lo merme con la devolución⁷²⁶. Además, aun con el requisito del grave perjuicio a la causa pública, que podría servir de apoyo a la tesis del uso prolongado en el art. 434, se puede observar que aplicaciones ocasionales o esporádicas, incluso de una sola vez y durante poco tiempo, pueden causar gravísimos perjuicios a la causa pública⁷²⁷.

8.2.3. Criterio de la ausencia de desplazamiento físico del objeto material

Para un sector de la doctrina las conductas de los preceptos confrontados no coinciden porque a la integración del artículo 434 CP *no se exige la separación o el desplazamiento físico del objeto material del ámbito público*, lo que explicaría la ausencia de previsión de un efecto agravatorio por la falta de reintegro, dado que no se puede

HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Malversación*, p. 1455; CASTRO FELICIANO, *Código penal*, p. 461, para quien “la aplicación privada, a parte del valor intrínseco del bien <mueble> o <inmueble> y del perjuicio que, por ello, pueda suponer para la causa pública, al exigir en la norma que el mismo sea <grave>, obviamente parece descartar que el uso o disfrute sea esporádico u ocasional, y así parece referirse a que tenga relevancia en el tiempo”; CATALÁN SENDER, *Delitos*, p. 284, según el cual “dado que el perjuicio no ha de ser <grave>, parece que el uso o disfrute del bien no ha de ser meramente esporádico u ocasional”.

⁷²⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *Comentarios*, p. 1165.

⁷²⁶ En el mismo sentido: CASTRO MORENO, *Distinción*, p.30; el mismo, *Malversación*, p. 359.; ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p.96, para quien tal postura no es admisible, “porque, o hay ánimo de apropiación definitiva, o media una intención de uso transitorio: no se me ocurre como, pudiendo coincidir el objeto material de dichas figuras delictivas, se establezcan los límites de este *tertium genus* posesorio”; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La malversación por aplicación privada*, p. 102, observa que ‘si se habla de aplicación más duradera sin reintegro (art. 434 CP), habrá que determinar cómo se diferencia ésta de la apropiación definitiva; parece que, en el plano objetivo, sólo cabrá una diferencia segura en el caso de que el sujeto ya haya dispuesto hacia terceros de los bienes (caudales o efectos), vendiéndolos, donándolos, permutándolos, etc..., o, por sí mismo, consumiéndolos (art. 432); si no, habría que acudir a la distinción por el *animus* del sujeto, lo que es más problemático”.

⁷²⁷ En el mismo sentido: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La malversación por aplicación privada*, p. 104.

devolver lo que no fue trasladado⁷²⁸. Por el contrario, cuando el bien empleado hubiere sido trasladado, se debería aplicar el tipo del art. 433 CP.

Tal diferenciación, a pesar de considerarse satisfactoria con relación a los bienes inmuebles, no lo es respecto a los bienes muebles, que, como ya se sabe, son susceptibles de traslación espacial⁷²⁹, tanto más cuanto que el tipo penal del art. 434 no limita su ámbito de aplicación a los bienes <muebles inmovilizados>. Además, tal concepción no explica la razón por la que el art. 434 recibe una pena más severa que el art. 433 cuando en éste ocurre el reintegro, aunque sea más grave el uso con desplazamiento⁷³⁰.

Los partidarios de tal criterio sostienen que el dinero no puede ser objeto del delito del art. 434 CP, pues aunque tiene perfecta cabida en el término “caudales” (art. 433), no es posible entenderlo incluido en la referencia “bienes muebles” (art. 434)⁷³¹. Y ello es así, dicen, exactamente porque en el art. 434 no se habla de desplazamiento del objeto material, lo que ocurre necesariamente con el dinero.

⁷²⁸ En este sentido: FEIJOO SÁNCHEZ, *Comentarios*, p. 1157: “la diferencia está en que no se sustrae algo, sino que se da una aplicación privada a ciertos bienes de forma duradera pero sin que aparentemente sufran un traslado patrimonial”; MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1975, para quienes, “la utilización de la expresión <diere una aplicación privada>, si quiere diferenciarse en algo de destino a usos ajenos a la función pública, sólo puede entenderse como *ausencia de desplazamiento* en la utilización de los bienes, lo que sucederá siempre, lógicamente, con los inmuebles, pero que deberá quedar acreditado con aquellos de carácter mueble (excluido el dinero de este concepto), así como de ánimo de consunción de la cosa que, de concurrir, obligaría a la calificación a través del art. 432 CP”; POLAINO NAVARRETE, *Malversación*, p. 413, para quien la diferencia sustancial que separa el tipo de malversación del art. 434 CP respecto de todos los demás radica en que esta figura se concreta con una “conducta de uso”, de utilización, de disfrute, en lugar de sustracción o desplazamiento; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 269, es de opinión de que para no incurrirse en una contradicción axiológico-punitiva, es preciso entender que el art. 434 se trata de un comportamiento de menor entidad lesiva, por tratarse sólo de un uso o utilización sin desplazamiento, sin separación del objeto del ámbito público”; CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal*, p. 1087, para quienes en el art. 434 “el funcionario aplica a su utilización o disfrute privado, sin conductas de sustracción o apoderamiento, ya que la situación física de los bienes no se altera permaneciendo en el patrimonio público, aunque dejando de prestar el correspondiente servicio de esta naturaleza”; PAVIA CARDELL, *Responsabilidad penal*, p. 475, según el cual en este delito el bien malversado permanece, no obstante, dentro del ámbito material de la Administración; CATALÁN SENDER, *Delitos*, p. 283: “este precepto entrará en aplicación, desplazando a los analizados anteriormente, siempre que no concorra ánimo apropiatorio ni desplazamiento físico del objeto material”.

⁷²⁹ Con razón, pues, plantea DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La malversación por aplicación privada*, p. 107, “¿cómo hablar de ausencia de desplazamiento en el supuesto de bienes muebles cuya propia naturaleza o modo de utilización lo implica?”.

⁷³⁰ CASTRO MORENO, *Distinción*, p. 31: “Bien es cierto que la respuesta podría venir de la exigencia de grave perjuicio del art. 434 CP. Si bien, esta afirmación tira por tierra la validez de la tesis originaria de estos autores (que el 434 tenga menos pena cuando falta el reintegro porque no existe desplazamiento), puesto que ya no sería posible mantener, como ellos hacen, que la menor penalidad del art. 434 cuando no existe reintegro es un argumento en favor de la tesis de la ausencia de desplazamiento, pues precisamente la necesaria presencia del grave perjuicio para que la conducta del art. 434 adquiera relevancia penal, viene a dejar claro que tal conducta es más grave que la del precepto anterior en que no se exige dicho resultado”.

Incluso se ha pretendido ver en la exclusión del dinero del ámbito del art. 434 una diferencia con el precepto anterior, ya que su aplicación implica siempre y necesariamente el desplazamiento del objeto material⁷³². Hay que objetar, con todo, que el dinero es el bien por excelencia, resultando inaceptable su no-inclusión en el concepto de bienes muebles y consiguientemente del objeto material de la malversación.

8.2.4. Criterio de la alternatividad: uso o sustracción

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁷³³, a par de otra solución, sostiene que cabría pensar en la interpretación de que el art. 434 se refiere tanto a conductas de sustracción como de uso temporal. Y se distinguiría de los arts. 432 y 433 en razón de que en éstos se exige una especial relación entre sujeto-objeto, la cual no se pide en el art. 434.

Tal exégesis no se puede aceptar, pues, como ya hemos subrayado, entender que en el art. 434 es suficiente la mera cualidad genérica del funcionario conduciría a consecuencias del todo indeseables, y haría con que la propia punición autónoma de la malversación careciese de sentido.

Además, tal criterio diferenciador extendería los problemas de delimitación con la conducta del art. 432 (habría que aplicar el art. 432 si existiere la vinculación específica o el art. 434 cuando no se diere la misma). Pero tampoco resultaría comprensible la diferencia punitiva, es decir, por qué se castigaría más a la apropiación definitiva sin grave perjuicio para la causa pública (art. 432). Incluso no se explicaría la razón por la que el legislador las ha contemplado separadamente⁷³⁴, siendo ambas conductas apropiatorias.

8.2.5. Criterio de la ausencia de intención de reintegro

En la misma línea del criterio anterior, sólo que no de forma alternada, hay quien defiende que el criterio distintivo de ambas modalidades de uso reside en la ausencia de

⁷³¹ En el mismo sentido: ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 97-98; MORALES PRATS y MORALES GARCIA, *Comentarios*, p. 1901; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 266.

⁷³² En el mismo sentido: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 266.

⁷³³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 106-107.

⁷³⁴ En este sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 349-352.

propósito de reintegro de los caudales o efectos en el art. 434, y que está presente en el art. 433⁷³⁵.

Tal concepción llevaría a admitir que el art. 434 prevé una modalidad apropiatoria y no de uso. Y la sola contemplación de una modalidad de simple uso, como pone de manifiesto CASTRO MORENO⁷³⁶, ya presupone, *per se*, que existe en el autor una intención de reintegro, sin necesidad de que la misma se recoja expresamente en la redacción del precepto.

8.2.6. Criterio de la naturaleza pública o privada del uso

Otra posible solución sería entender que el art. 433 se refiere al uso de naturaleza pública pero distinto de aquellos a los que estaba formalmente asignado y en el art. 434, en cambio, el uso es de carácter privado. Es decir, se habría de entender que por destinar los caudales o efectos públicos a usos ajenos a la función pública (art. 433) no significa sino seguir destinándolos a usos igualmente públicos pero distintos de los de la específica función a que estaban destinados⁷³⁷.

La desaprobación de tal tesis, sin embargo, deviene ya del tenor literal del propio art. 433 que se refiere a <usos ajenos a la función pública>, por lo que conculcaría el principio de legalidad. Por lo demás, no tendría en cuenta la clara *voluntas legis* de despenalizar la conducta del art. 397 del CP derogado y tampoco que bajo la perspectiva político-criminal el uso público distinto al inicialmente establecido debe quedar al margen del Derecho penal. A lo sumo, debe desecharse tal interpretación porque, aparte de razones más o menos formales, conduciría a una incoherencia valorativa⁷³⁸.

⁷³⁵ En este sentido: HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Malversación*, p. 1454; CASTRO FELICIANO, *Código penal*, p. 461; CATALÁN SENDER, *Delitos*, p. 283.

⁷³⁶ CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 374.

⁷³⁷ En el mismo sentido: POLAINO NAVARRETE, *Malversación*, p. 409-411; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 673.

⁷³⁸ En efecto, llama la atención DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La malversación por aplicación privada*, p. 84-87, que una interpretación así resulta sorprendente por los siguientes motivos: a) si el art. 433 se refiere a la antigua malversación para otros fines públicos (art. 397 ACP), el legislador lo hace desde luego de una forma gramaticalmente muy extraña, pues habla sin más y genéricamente de <usos ajenos a la función pública>, no <a la función pública a que estuvieren destinados>; b) la remisión del segundo párrafo del art. 433 CP en caso de que no se produzca el reintegro a las penas del art. 432 CP apunta a que el art. 433 CP se refiere a destino a usos privados; c) resulta extremadamente chocante que, si al art. 397 CP 1944/73 se le criticaba, entre otras cosas, su parca atención al carácter fragmentario y subsidiario o de *ultima ratio* del

8.2.7. Delimitación a partir del carácter mueble o inmueble del objeto material

Sin duda, la diferencia más llamativa entre los preceptos examinados es la definición expresa acerca de los bienes inmuebles en el art. 434. En este sentido, se ha entendido que la diferencia fundamental de ambos preceptos está en la naturaleza mueble (art. 433) o inmueble (art. 434) del objeto utilizado⁷³⁹. Pero tal solución es sólo parcial, puesto que en el art. 434 también tienen cabida como objeto material los bienes muebles. O sea, la naturaleza mueble o inmueble del objeto no constituye criterio válido para diferenciar todos los supuestos⁷⁴⁰.

Es cierto que la figura del art. 433 tiene como objeto caudales o efectos públicos mientras el art. 434 se refiere a bienes muebles e inmuebles de organismos públicos. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia dominantes, como se ha visto, interpretan que los bienes muebles se incluyen en el concepto de caudales, por lo que ello tampoco sirve como criterio de diferenciación. Si ello no fuera suficiente, la admisión de esta tesis plantearía, a su vez, otro problema de igual o mayor gravedad: ¿qué motivo hay por el que deba ser punible como malversación la mera utilización transitoria de los bienes inmuebles, pero no, en cambio, los actos de enajenación definitiva de los mismos?⁷⁴¹.

Derecho penal, el legislador de 1995 no sólo no hubiera corregido este defecto, sino que lo hubiera aumentado, pues, al menos, en el antiguo art. 397 la pena variaba según se produjera o no daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieran asignados; d) resulta absurdo que se castigue cualquier distracción para usos públicos (art. 433), aun cuando no exista daño o entorpecimiento del servicio, mientras que la aplicación a usos privados (art. 434) resultaría impune si no se produce grave perjuicio para la causa pública, pasando a castigarse más gravemente que la anterior si dicho grave perjuicio se produce.

⁷³⁹ Han entendido que la diferencia fundamental entre ambas modalidades de malversación de uso es la naturaleza mueble-inmueble del objeto material, entre otros: CRESPO BARQUERO, *Código penal*, p. 1.727; ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 98; CASTRO FELICIANO, *Código penal*, p. 461. OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 293.

⁷⁴⁰ Mismo con relación a los bienes inmuebles, en que la delimitación resultaría evidente, llama la atención DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La malversación por aplicación privada*, p. 105, que se producen distorsiones valorativas, y cuestiona “¿por qué el uso privado de un inmueble público con grave perjuicio de la causa pública se equipara en gravedad (art. 434 CP) al uso privado de un bien mueble con ese grave perjuicio, mientras que si existe un uso privado sin grave perjuicio nos hallamos ante la atipicidad si el objeto es un inmueble (sin perjuicio de la existencia de un ilícito administrativo) y con el castigo por el art. 433 CP si es un mueble?”.

⁷⁴¹ CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 364.

8.2.8. Criterio distintivo en torno a la naturaleza pública o privada del objeto

El artículo 433 no hace ninguna referencia al carácter público del objeto material. El precepto hace referencia únicamente a <caudales o efectos>, sin mención expresa a que el objeto material deba ser de naturaleza pública. Esta podría ser, pues, a juicio de algún autor⁷⁴², una diferencia entre ambas modalidades de malversación de uso, si se entendiera que el objeto material ha de ser público en el art. 434, pero no así, necesariamente, en la conducta del art. 433.

Con todo, tal interpretación tampoco es sostenible, una vez que lo que caracteriza la malversación propia es precisamente la naturaleza pública del objeto material, en aras de una mayor protección del patrimonio público. La ausencia del adjetivo <públicos> en el art. 433, como se ha visto en su momento, más que un simple olvido del legislador hay que entenderlo como la adjetivación no hacía falta en ningún precepto de la malversación, como tampoco hacía falta una referencia más detallada de ella en el art. 434.

Además, la admisión de que el objeto material en el art. 433 es privado es injustificable si lo comparamos con el art. 432. En efecto, no tendría sentido que se castigara con las mismas penas la apropiación definitiva de caudales públicos (artículo 432) que la simple conducta de uso temporal de unos bienes que, además, son privados (art. 433.II), cuando precisamente estos últimos deberían gozar de una protección menor que los primeros⁷⁴³. De la misma manera, resultaría incoherente que, si los bienes son privados, la conducta apropiatoria definitiva que recayese sobre ellos configurase apropiación indebida de funcionario público (art. 438) y si fuere transitoria malversación (art. 433).

⁷⁴² MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 173-177.

⁷⁴³ En el mismo sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 368.

8.2.9. Distinción en virtud de los verbos <aplicar> y <destinar>

CASTRO MORENO⁷⁴⁴ defiende que la distinción entre las modalidades ahora enfocadas debe realizarse a partir de las expresiones utilizadas por el legislador para definir cada una de las conductas típicas. Así, mientras que en el art. 434 el legislador empleó el verbo <aplicar>, el cual debe ser entendido como <utilizar>, en el art. 433 empleó el verbo <destinar>, que a su vez debe de ser comprendido como <asignar>. En consecuencia de ello, deduce que el art. 434 constituye un delito de propia mano y que por consiguiente no admite la comisión por omisión. En suma, cifra las diferencias existentes entre los referidos preceptos en que, mientras el comportamiento típico <destinar> se abre a todos aquellos supuestos en lo que el funcionario <asigna> o <adjudica> un destino privado al bien público, con independencia de quién sea el sujeto que finalmente utilice el mismo, el verbo <dar una aplicación privada>, con el que se describe el hecho del artículo 434, *indica la necesidad de que sea el mismo sujeto activo el que realice material y personalmente el uso privado*. Así, el funcionario que favorece el uso de bienes públicos por parte de un tercero integraría uno de los supuestos en que se vertebra la figura de la <destinación> de los caudales a fines privados del artículo 433, teniendo en cuenta que facilitar el uso ajeno por parte del tercero no sería sino una forma más de cambiar la asignación del bien⁷⁴⁵.

Con todo, a tal concepción hay que objetar que el art. 434 hace mención al ánimo de lucro propio o <ajeno>, lo que parece indicar que el autor puede ser asimismo un sujeto no cualificado. Además, si la diferencia reside únicamente en la posibilidad o no de

⁷⁴⁴ *Distinción*, p. 43-46. Según referido autor, tal tesis “explicaría por qué en el art. 433 se contempla la señalada vinculación específica entre sujeto activo y objeto material, a saber, porque la misma es precisa para que el funcionario pueda cambiar la asignación de los bienes, mientras que para utilizar personalmente los mismos, basta simplemente con pasar por allí y tenerlos al alcance de la mano. También podría explicar por qué no se exige ánimo de lucro, esto es, porque el sujeto no es quien usa los bienes. E incluso, por qué en el segundo párrafo del artículo se contempla el reintegro del <importe>, en vez del reintegro del <bien> malversado, porque la devolución del objeto depende más de quien efectivamente lo está usando que de quien destinó o asignó el mismo a la aplicación que otro da.

⁷⁴⁵ A tal punto de vista adhiere expresamente VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *Delitos*, p. 439-440, según el cual no hay mayores objeciones para la aplicación de este criterio, cuya solvencia viene avalada por argumentos normativos como la no exigencia de ánimo de lucro en el artículo 433, la previsión en su segundo párrafo del reintegro del <importe> y no del <bien> malversado y las sucesivas enmiendas presentadas a los artículos 412 y 413 bis del PLOCP de 1992 a objeto de dar entrada en el ámbito del actual artículo 434 de las hipótesis en que fuese un tercero el que utilizase materialmente el bien. La ventaja de tal concepción, según el referido autor, es que sin necesidad de proceder a interpretaciones forzadas de la ley ni de elevar a la categoría de autor mediato a quien carece de los requisitos materiales para ello, “la redacción típica permite ubicar sistemáticamente al mal llamado <empleo de instrumento doloso> como supuesto legal de malversación por distracción”.

comisión por omisión, no se alcanza a comprender por qué el artículo 434 habría de incluir pena mayor que el art. 433.

8.2.10. Distinción en atención a los momentos positivo y negativo de la expropiación

Para MORALES GARCIA⁷⁴⁶ la diferencia entre los arts. 433 y 434 estriba en que el primero está pensado para conductas apropiatorias sin el momento positivo (existiendo sólo el negativo o expropiatorio) mientras que el segundo contendría el momento positivo de apropiación pero sin el negativo, es decir, sin la correspondiente expropiación del objeto, de modo que puede producirse un grave perjuicio para el ente público sin que exista privación definitiva del objeto. Así, el art. 433 se configuraría como prevaricación específica, en los supuestos de discrecionalidad administrativa, en que la desviación consiste en una conducta que vaya más allá de lo que la discrecionalidad administrativa admite; y ello sucede si se produce una decisión arbitraria (cuando carece de motivación y sobre todo cuando los fundamentos alegados en la motivación y la realidad no se corresponden). Por su turno, el art. 434 recogería los supuestos más graves de usos temporales o utilidades transitorias (los supuestos menos graves resultan atípicos).

La propuesta de MORALES GARCIA, pese a que está bien elaborada y desde luego consigue un claro deslinde del art. 434, presenta las siguientes dificultades: a) tradicionalmente el art. 433 viene siendo interpretado por la jurisprudencia como conducta de uso; b) si lo decisivo es la expropiación, no se explica por qué la ley utiliza un expediente tan complicado definiendo de forma tan distinta y en diferentes artículos (432 y 433) dos conductas de idéntico resultado y gravedad que sólo se diferenciarían en el modo de realización de la expropiación; c) asimismo no se alcanza por qué la reparación del daño producido por la expropiación no resulta en una atenuación igual en el art. 432; d) aparentemente, la apreciación de si el uso es ajeno a la función pública se asienta sobre un elemento subjetivo: el interés propio o ajeno, pero en todo caso, privado. Así, el deslinde de las figuras de los arts. 432 y 433 plantearían problemas similares a los que suscita la tesis tradicional, cabiendo dudar que dicho elemento subjetivo tenga algo que ver con lo exigido en el tenor del art. 433⁷⁴⁷.

⁷⁴⁶ MORALES GARCIA, *Malversación*, p. 248 y s.

⁷⁴⁷ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La malversación por aplicación privada*, p. 87-97.

8.2.11. Toma de posición: distinción con base en el ánimo de lucro y el resultado típico

A mi juicio dos son los criterios distintivos: el primero consiste en la exigencia de que en el art. 434 la aplicación produzca un <grave perjuicio para la causa pública> y el segundo en la exigencia del ánimo de lucro. El art. 434 será aplicable cuando la desviación tenga finalidad lucrativa y cause grave perjuicio a la misión prestacional de aquellos y, fuera de tales casos (es decir, tanto en el supuesto de que no concurra ánimo de lucro cuanto en el de que aún concurriendo ese elemento subjetivo no se produzca un efecto especialmente grave para la función pública) habrá lugar para la aplicación subsidiaria del art. 433⁷⁴⁸.

El art. 434, por consiguiente, actúa como una especie de tipo agravado con relación al art. 433. Y al argumento de que en ocasiones la conducta virtualmente sin perjuicio (art. 433.II y 432) es más sancionada de que cuando el mismo se produzca (art.434)⁷⁴⁹, hay que objetarle que en tales supuestos ello (el perjuicio) ya es presumido en razón del tiempo transcurrido. Además, cuando se produzcan ambos - el grave perjuicio

⁷⁴⁸ En este sentido: RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p.333; CRESPO BARQUERO, *Código penal*, p. 1724; PAVIA CARDELL, *Responsabilidad penal*, p. 475, para quien “la especialidad radica en que este último (art. 434) se requiere expresamente <ánimo de lucro propio o ajeno> y un <grave perjuicio para la causa pública>, no admitiéndose en aquél (art. 433) – por mera interpretación en contrario – la distracción de bienes inmuebles; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4104, según el cual cabe pensar que el artículo 434 exige: el ánimo de lucro y que exista grave perjuicio para la causa pública. Estos dos elementos pueden explicar la razón de ser de la pena prevista en el art. 434. Así, el art. 434 funciona como tipo agravado del recogido en el art. 433 en lo que se refiere a los bienes muebles y como tipo independiente con relación a los bienes inmuebles; OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 293-298, para quien la modalidad del art. 434 CP mantiene una relación de especialidad con el art. 433 “pues dar una aplicación privada no es más que una forma de destinar a usos ajenos a la función pública los bienes públicos, siendo doble la singularidad de este art. 434. Por un lado se requiere grave perjuicio a la causa pública y por otro se refiere a todo tipo de bienes muebles o inmuebles de titularidad pública; MUÑOZ CUESTA, *Malversación*, p. 1573: “podemos distinguir la conducta prevista en el art. 433, destino de caudales públicos a usos ajenos a la función pública, con la aplicación privada de bienes muebles o inmuebles, art. 434; en el primero no es necesario que concurra el ánimo de lucro, debiendo recaer además en bienes inmuebles, mientras que en el segundo sí debe concurrir el aludido ánimo y la aplicación puede recaer en muebles o inmuebles, unido lo anterior al grave perjuicio para la causa pública que se debe causar en el art. 434 y no así en el art. 433; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La malversación por aplicación privada*, p. 109-113, para quien el dato que más claramente diferencia los artículos 433 y 434 es la exigencia en éste de grave perjuicio para la causa pública; DE LA MATA, *Malversación*, p. 453: “sin duda será la apreciación o no de <grave perjuicio> la que determine la aplicación de uno u otro precepto”; CASTRO FELICIANO, *Código penal*, p. 461; ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 98; FERRÉ OLIVÉ, *Corrupción*, p. 23.

⁷⁴⁹ En este sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 370: “resulta pues absurdo que el uso sin perjuicio sea más gravemente apenado (artículos. 433. II y 432) que la utilización que produce el grave perjuicio del artículo 434 CP”.

para la causa pública y el no reintegro – se aplicará el precepto más grave, en la forma del art. 74.1 CP. Evidentemente, sin olvidar que la aplicación privada de inmuebles sigue encontrando cabida únicamente en el art. 434.

En cuanto al ánimo de lucro, propio o ajeno, no se encuentra contemplado por el art. 433 CP. Consiguientemente, en los supuestos en que el sujeto cometa la malversación de uso sin dicho ánimo, debe responder por tal modalidad (art. 433) aunque de él resulte un grave perjuicio a la causa pública, en atención al principio de especialidad⁷⁵⁰. Dicho de otra forma, no es que necesariamente el grave perjuicio deba estar ausente en los supuestos del art. 433, sino que sólo será aplicable caso no concurra el ánimo de lucro⁷⁵¹. Los que no aceptan tal solución es porque estiman el ánimo de lucro como algo distinto del dolo de apropiación y que su omisión en la redacción del art. 433 se debe a un simple olvido del legislador⁷⁵².

Es cierto que esta solución tampoco está exenta de objeciones⁷⁵³. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la doctrina autorizada, cualquier intento de buscar una explicación lógica y coherente a lo que es completamente absurdo está, salvo casualidad, condenado al fracaso⁷⁵⁴. Lo que sí nos parece razonable es que esté amparada en criterios más objetivos y en consonancia con el principio de legalidad.

⁷⁵⁰ En el mismo sentido: LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN, *Delitos contra la administración pública*, p. 184, según los cuales “la única forma de distinguir la distracción de caudales del art. 433 y la distracción de caudales (en cuanto a los bienes muebles) del art. 434 es la exigencia de ánimo de lucro propio o ajeno en este último delito”; OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 296-297; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p.971; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4105; ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 98.

⁷⁵¹ En el mismo sentido: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La malversación por aplicación privada*, p110, nota 71. En sentido contrario: OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 298, para quien se debe excluir de los supuestos del art. 433 el grave perjuicio; DE LA MATA, *Malversación*, p. 453, según el cual es “la apreciación o no de <grave perjuicio> lo que determina la aplicación de uno u otro precepto”.

⁷⁵² En este sentido: CASTRO MORENO, *Distinción*, p. 42. Posición que no podemos compartir porque es peligroso a la seguridad jurídica sostener que las omisiones son fruto del “olvido” del legislador, antes bien que su voluntad. Si se admite tal razonamiento, siempre se podrá sostener que éste o aquel requisito se encuentra presente pese a que el legislador no lo hizo constar expresamente.

⁷⁵³ Por ejemplo, sin duda habría sido más sencillo que el legislador hubiese creado una sola infracción de uso con agravación de la pena cuando ocurriese grave perjuicio a la causa pública y ánimo de lucro.

⁷⁵⁴ En este sentido: CASTRO MORENO, *Distinción*, p. 46; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La malversación por aplicación privada*, p. 82, para quien “es muy difícil, si no imposible, por mucha finura dogmática que se emplee, conseguir una interpretación clara y razonable del precepto”; ORTS BERENGUER, *Comentarios*, p. 1860: “al legislador no le ha acompañado la fortuna en la configuración y deslinde de los dos últimos tipos del Capítulo VII. Lo que obliga a un esfuerzo interpretativo desproporcionado”.

8.3. Conclusiones provisionales

El dolo del agente se erige en el elemento clave para la demarcación del art. 432 con los artículos 433 y 434>. Así, la constatación del *animus rem sibi habendi* obstaculiza la aplicación del precepto más benéfico, aunque ocurra el reintegro ulterior. Desde una perspectiva pragmática el propósito de apoderamiento definitivo debe ser dirimido con arreglo a criterios de lógica y no resultar arbitrario, razón por la cual determinadas circunstancias concurrentes pasan a tener relevancia trascendente.

Dos son los criterios distintivos entre ambas modalidades de malversación de uso: el primero consiste en la exigencia de que en el art. 434 la aplicación produzca un <grave perjuicio para la causa pública> y el segundo en la exigencia del ánimo de lucro en dicho precepto. El art. 434, por consiguiente, actúa como una especie de tipo agravado con relación al art. 433. Consiguientemente, en los supuestos en que el sujeto cometa la malversación de uso sin ánimo de lucro, debe responder por el art. 433, aunque de él resulte un grave perjuicio a la causa pública. Pero si se produce tanto el grave perjuicio para la causa pública como el no reintegro, se aplicará el precepto más grave, en la forma del art. 74.1 CP.

9. Especial referencia a la malversación impropia

En consideración al principio de economía legislativa el art. 435 CP⁷⁵⁵ extiende las hipótesis de las tres modalidades antecedentes a supuestos que, en principio, parecen tener poca relación con la malversación. O sea, simplemente amplía la órbita de posibles autores, extendiéndola más allá de los funcionarios públicos en sentido jurídico-penal y, en ocasiones, amplía las conductas nucleares sobre las que pivotan los tipos: sustracción, destino a usos ajenos y aplicación privada⁷⁵⁶.

⁷⁵⁵ “Art. 435. 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 embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares”.

⁷⁵⁶ MORALES PRATS y MORALES GARCIA, *Comentarios*, p. 1978.

Según algún sector en el art. 435 debe apreciarse una auténtica variación objetiva, esto es, de establecimiento de un régimen especial de protección penal de ciertos bienes no públicos por razón de su adscripción a fines públicos. Pero más bien el referido artículo debe ser estimado como una *extensión* del ámbito de aplicación de los tipos de malversación a través de una ampliación del círculo de posibles autores. La extensión se hace necesaria debido a que el art. 24 CP no abarca las situaciones contempladas por el art. 435 CP, dado que la mera participación en el ejercicio de funciones públicas no es suficiente para que una persona sea considerada funcionario a efectos penales, siendo necesario además el título habilitador. Tal proceso expansivo se hace sobre la base de un doble razonamiento: no es ajena a la misión de custodia asumida a una función pública *lato sensu*, en cuanto los bienes trabados o administrados han de servir para materializar la respuesta judicial de una pretensión satisfactiva, y al poder apreciarse una delegación de la comisión judicial o del órgano público embargante o depositante, suplencia o compromiso en los que, indudablemente, perdura latente la decisión y originaria prestación de servicios de la autoridad⁷⁵⁷. Los caudales, aunque sean privados, se hallan adscritos a un fin que merece la calificación de público.

En definitiva, el fundamento de la equiparación de los particulares a los funcionarios y de bienes privados a los caudales o efectos públicos, estriba en la particular afección de tales sujetos y objetos a la función pública⁷⁵⁸. De manera que si el particular participa de una función pública y, en dicho ejercicio, ataca a ésta, debe ser castigado como si fuera funcionario⁷⁵⁹. Pero, en cualquier caso, es preciso que el sujeto recogido en el artículo 435 realice alguna de las conductas típicas de malversación recogidas en los artículos 432 a 434. De manera que cambia simplemente el sujeto activo y el objeto, pero aquél debe realizar alguna conducta de sustracción o de uso respecto de éste⁷⁶⁰.

⁷⁵⁷ SOTO NIETO, *La malversación impropia*, p. 1-2.

⁷⁵⁸ Para RUEDA MARTÍN, *Reflexiones*, p. 440, “si bien es cierto que a todos los sujetos mencionados en estos preceptos no se les puede atribuir la cualidad formal (*status*) de funcionario público, *materialmente* sí que disponen de las mismas funciones que éstos y éste es el fundamento que ha servido al legislador para incorporarlos a la esfera de los sujetos activo”.

⁷⁵⁹ En el mismo sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 88; POLAINO NAVARRETE, *Malversación*, p. 414; DE LA MATA y ETXEBARRÍA, *Malversación*, p.32.

⁷⁶⁰ En el mismo sentido: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4.111; RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 335. Por ello, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 17-12-2002 (La Ley 212156/2002) estimó no concurrente el delito de malversación en un supuesto de unas máquinas adquiridas por el *leasing* bancario, por no concurrir en la conducta del acusado

El art. 435 constituye un delito de tipicidad incompleta no sólo porque necesita relacionarse con los tipos descritos en los artículos 432 a 434, sino también con las normas extrapenales que delimitan el cargo de depositario en relación con los bienes o cosas embargadas por acto de potestad legítima de Autoridad. Es decir, se requiere la integración de varias normas para configurar penalmente el delito de malversación impropia, en especial los artículos 1.450 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 600 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto al embargo judicial; 110 y siguientes en cuanto al embargo administrativo y 1.766 y siguientes del Código Civil, para las obligaciones del depositario.

Por fin, cumple observar que también en la malversación impropia se exige una relación específica entre el sujeto activo y el objeto material, perfectamente parangonable a la existente entre el funcionario y los efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones⁷⁶¹. Así, no nos parece posible aplicar la circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público del culpable prevista en el art. 22.7 del Código penal, pues la <ratio> del prevalimiento es justamente la mayor facilidad lograda por el agente en el momento de ejecutar un hecho delictivo⁷⁶²: el sujeto se aprovecha (se prevalece) de su condición pública o del ejercicio de su oficio público, lo que le asegura una ejecución delictiva casi sin riesgos. Pero fuera de su campo de atribuciones propias, con lo que no alcanza los supuestos en que el sujeto activo abusa de su cargo con ocasión del desarrollo de sus actividades públicas⁷⁶³. O sea, el prevalimiento, dentro de las atribuciones propias del sujeto activo, es inherente al tipo de la malversación impropia⁷⁶⁴.

los elementos que configuran el tipo penal del art. 435.3º CP. “Efectivamente, ni consta que actuara con él en este caso exigido ánimo de lucro, ni desde luego ha originado un grave perjuicio a la causa pública”.

⁷⁶¹ En el mismo sentido: MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1978-1979; RUEDA MARTÍN, *Reflexiones*, p. 441, según la cual los sujetos mencionados en el tipo objetivo de tales tipos (435), desde un *status* diferente al del funcionario público o autoridad, están en *idéntica relación material con el bien jurídico*.

⁷⁶² STS de 02-02-1995 y 17-10-1998.

⁷⁶³ STS de 06-07-1990.

⁷⁶⁴ Lo cierto, con todo, como subraya VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *La circunstancia agravante del prevalimiento*, p. 07, es que el Tribunal Supremo no ha tratado de argumentar con relación a la existencia de una posición especial de deber que haga incurrir en la agravación a aquellos sujetos que determinados artículos del Título XIX del Código Penal equiparan a los funcionarios a los efectos de extenderles el régimen punitivo del cohecho y de la malversación de caudales públicos (arts. 422 y 435 del CP).

9.1. Apartado 1

La primera cuestión que plantea el apartado 1º va referida a la identificación de los sujetos <encargados>. Se cuestiona si es posible que el supuesto abarque a los particulares y a todos aquellas autoridades o funcionarios públicos que no tienen una específica relación con los caudales apropiados o utilizados y cuya conducta no puede por tal razón subsumirse en la malversación propia.

Para un sector, el precepto, así entendido, podría mermar el ámbito de operatividad de las figuras malversadoras anteriores respecto de las características del sujeto activo y la doble vinculación con el objeto material. Consiguientemente, debe interpretarse limitado a los *particulares* que custodian o gestionan caudales o efectos públicos⁷⁶⁵. El argumento es que si el legislador hubiera querido mencionar a los funcionarios públicos o a las autoridades, lo habría hecho expresamente, en vez de referirse simplemente a <los que>. Así, cuando la conducta apropiatoria de quien tiene confiada la custodia o administración de los caudales sea realizada por un funcionario o autoridad, incurrirá en el artículo 438 CP, mientras que se aplicará el 435.1º CP cuando el individuo fuera particular.

En cambio, para otra corriente, el precepto debe entenderse limitado exclusivamente a los sujetos que ostentan la condición de *funcionario público o de autoridad* que carecen de la vinculación específica, pues, de lo contrario, no sería posible establecer diferencias con el número segundo, el cual se refiere a <los particulares>⁷⁶⁶.

Una tercera posición es mantenida por los que defienden la tesis denominada *amplia o integradora*, según la cual el precepto comentado incluye tanto a los particulares

⁷⁶⁵ En este sentido: MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1979; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4111, según el cual “los sujetos activos a los que se refiere el artículo 435 han de ser particulares”; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 667, quien estima que “éste (art. 435.1) es el precepto en cuya virtud se castiga a los particulares titulares de agencias ejecutivas de recaudación y a los responsables de las denominadas entidades colaboradoras, normalmente bancos y cajas de ahorro que pagan, cobran o transfieren fondos públicos, p. ej. la nómina de los funcionarios”; ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 107; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 286, nota 16, según el cual el supuesto del n.º 1 del artículo 435 CP parece estar pensado para casos de necesidad o por simple comodidad de los ciudadanos o de la propia Administración, unos particulares se convierten en gestores o custodios de caudales públicos, como es ejemplo los supuestos de recaudación de impuestos; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 191.

⁷⁶⁶ En el mismo sentido: MIR PUIG, C., *Delitos*, p.297, para quien “a los que” debe entenderse “limitado a aquellos que mantienen la condición de autoridad o funcionario público. De otro modo, la especialidad comprendida en el n.º 2 de art. 435 (...) carecería de sentido”.

como a los funcionarios o autoridades que carezcan de vinculación específica⁷⁶⁷. Esta última posición parece ser la más coherente, pues evita consecuencias insatisfactorias como la de calificar la misma conducta apropiatoria como malversación, si es realizada por un particular, y de apropiación indebida cuando es cometida por un funcionario o autoridad. O sea, el funcionario público respondería por el delito patrimonial y con menor pena, y el particular respondería por malversación y con pena superior.

Además, ha de entenderse que el encargo puede tener como contenido la custodia, la gestión, la administración o la inversión del objeto material⁷⁶⁸. O sea, títulos similares a los de la apropiación indebida, pero que se diferencian de los de este delito en que añaden un *plus* muy importante, cual es la *participación en funciones públicas*⁷⁶⁹.

El alcance de la expresión <por cualquier concepto> no es más amplia que el título que fundamenta la tenencia a cargo de los artículos anteriores. La delegación específica de unos determinados bienes genera una relación equivalente a la <tenencia a cargo por razón de sus funciones>, pues, igual que para el funcionario, el extraño que se halla encargado de ellos es un mero servidor de la posesión⁷⁷⁰. Según CASTRO MORENO⁷⁷¹, tal interpretación no permite establecer diferencias entre la malversación propia e impropia y tampoco considerar el art. 435 como <extensión> de los anteriores preceptos. Así, a pesar de que el concepto de encargo coincide con la tenencia a cargo, en el art. 435.1º es suficiente con que el sujeto se halle encargado <por cualquier concepto>. Pero tal posicionamiento no puede ser de recibo, pues debido a la enorme amplitud del título que fundamenta el encargo se podría mermar la vinculación específica exigida en la

⁷⁶⁷ En el mismo sentido: OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 288; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 94; el mismo, *Apropiación indebida por funcionarios*, p. 30.

⁷⁶⁸ OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 288: “la expresión “encargados por cualquier concepto”, debe ser interpretada como atribución de la efectiva facultad de decisión respecto del destino, uso, posesión, administración o custodia de los referidos caudales”. En sentido contrario: QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 667, para quien se debe excluir del mismo el depósito, puesto que por razones de especialidad el particular que malversa caudales públicos que tiene en depósito incurrirá en el número segundo del art. 435 CP”.

⁷⁶⁹ En el mismo sentido: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 286.

⁷⁷⁰ En esta línea: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 287, según el cual los caudales no se encuentran a cargo del funcionario simplemente <con ocasión> de sus funciones, sino precisamente por el encargo específico que se le ha hecho, como cualquier otro particular que hubiese recibido tal encargo; MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1978-1979, para quienes “*la ratio legis* responde a la confluencia en estas situaciones de un interés directo de la Administración Pública en la gestión de los caudales que, por lo demás, se encuentran con el administrador o depositario en una relación funcional perfectamente paragonable a la existente entre el funcionario y los efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones”.

⁷⁷¹ CASTRO MORENO, *Malversación*, p.95; el mismo, *Apropiación indebida por funcionarios*, p.27.

malversación propia⁷⁷². Y con ello, como el propio CASTRO MORENO⁷⁷³ reconoce, al neutralizar el art. 435.1º CP la exigencia de la tenencia a cargo por razón de las funciones, se anularía la diferencia que podría existir entre la malversación y la apropiación indebida por funcionario.

Por fin, cumple señalar que el encargo no puede ser realizado por cualquier persona. Si es efectuado por un particular, nos hallaremos delante de un depósito a título privado, lo que daría lugar a una apropiación indebida. Lo mismo sucedería si es hecho por un funcionario, pero a título privado. Por lo tanto, sólo la autoridad o funcionario que tengan a su cargo los caudales tienen competencia para hacerlo. Pero, a diferencia de lo que sucede en el epígrafe 2º del art. 435 CP, no se precisa que a la persona se le informe, en el momento del encargo, de los deberes que adquiere con el desempeño de la función recaudatoria. En otras palabras, no es un caso idéntico al del depositario de bienes embargados, en el que, para la comisión del delito, no basta con que se le nombre depositario, sino que, además, es preciso que formal y expresamente acepte el cargo, tras ser debidamente informado y advertido de las obligaciones que contrae⁷⁷⁴.

9.2. Apartado 2

El número segundo del art. 435 CP extiende el ámbito de operatividad de la malversación propia “a los particulares legalmente designados depositarios de caudales o efectos públicos”. Así, constituido el depósito, el depositario asume la obligación de custodia, conservación y restitución de la cosa recibida, razón por la cual no puede ni mismo usarlos o permitir que se usen debido al carácter de público que adquieren por fuerza de la equiparación legal. Se ha seguido una línea publicista que considera al depósito un contrato de Derecho público que se perfecciona por el acuerdo de voluntades del juez mediante el nombramiento y del depositario mediante la aceptación del cargo⁷⁷⁵.

⁷⁷² Tanto es así que el Tribunal Supremo, en la sentencia de 30-12-96, no consideró como malversación impropia supuesto en que la Administración había adjudicado la ejecución de una obra pública a un determinado contratista. Para el Alto Tribunal, “el hecho de realizar la construcción de un edificio por adjudicación de una entidad pública no constituye al adjudicatario en encargado de fondos, rentas o efectos públicos, ni en administrador o depositario de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública”.

⁷⁷³ CASTRO MORENO, *Apropiación indebida por funcionarios*, p.28.

⁷⁷⁴ En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en la Sentencia de 07-02-2007.

⁷⁷⁵ RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 335.

El fundamento del precepto estriba en que, con frecuencia, la Administración Pública se obliga a socorrerse de la colaboración de particulares, a quienes se les encarga la realización de determinadas actividades de interés general, sea por simple economía jurídica o para obtener una mayor eficacia en la prestación del servicio público⁷⁷⁶.

El precepto hace referencia a los depositarios “legalmente designados”, por lo que un sector de la doctrina interpreta que la designación, a diferencia del n.º 3, debe provenir de una norma jurídica⁷⁷⁷. Lo más coherente, con todo, es estimar que tal expresión hace referencia a la *forma* y no a la *fuerza*, por lo que la exigencia de que la designación sea legal significa apenas que ella se realice de forma válida⁷⁷⁸. Así, la designación, la aceptación, el conocimiento y disposición son los requisitos necesarios y precisos para la existencia de esta modalidad de malversación impropia⁷⁷⁹.

De cualquier suerte, hay que estar de acuerdo con un sector de la doctrina que ha reconocido la superfluidad del número 2 del art. 435 CP, puesto que al concepto amplio de encargado no deja de entrar el de depositario⁷⁸⁰. CRESPO BARQUERO⁷⁸¹ apunta las razones para ello: a) no hay especialidad respecto del sujeto, ya que “el particular” no es distinto de “el que”; b) el depósito es obviamente una forma de hallarse encargado por cualquier concepto de los bienes de que se trate; c) la designación legal cabe dentro de ese “cualquier concepto”; d) no existe diferencia relevante entre los caudales o efectos públicos y los fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas; y, e) tampoco se

⁷⁷⁶ De acuerdo con ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 290, este precepto fundamentaría la especial relación existente entre el autor y el objeto material, que va más allá de una simple relación de depositario, para convertirse en participación en el ejercicio de funciones públicas, como son la custodia y la administración de bienes públicos.

⁷⁷⁷ En el mismo sentido: MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1978: “la designación debe contenerse en una norma jurídica, lo que diferencia este precepto del número tercero, en el que la designación es realizada por autoridad pública”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 288.

⁷⁷⁸ En este sentido: OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p.288; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 108.

⁷⁷⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p 335.

⁷⁸⁰ En el mismo sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 109-110, para quien “la nueva previsión del número 2º del artículo 435 resulta superflua, al no añadir algo nuevo a los otros dos números, a la vez que perturbadora, por cuanto su presencia crea innecesarios problemas de delimitación de los distintos supuestos”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 288, entiende, sin embargo, que “con su introducción quedó claro, sin lugar a la menor duda, que las disposiciones de la malversación son extensivas también a supuestos en que la Administración se sirve de particulares”. A su vez, QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 667, defiende que debe aquí aplicarse el principio de especialidad, excluyéndose así del número 1 los supuestos en los que el sujeto está encargado de los caudales por virtud de un depósito. Hay, también, como hemos visto más arriba, quienes sostienen que el número 1 sólo se aplicaría a los funcionarios o autoridades, mientras que cuando el depositario fuere un particular, se aplica el número 2.

⁷⁸¹ CRESPO BARQUERO, *Comentarios*, p. 1730.

prevé distinción alguna entre ambos supuestos desde el punto de vista de la pena a imponer.

9.3. Apartado 3

A esta figura se le conoce también como <quebrantamiento de depósito> y se diferencia de los supuestos anteriores en virtud de la naturaleza de los bienes sobre los que recae el embargo, que podrá ser tanto pública como privada. Según LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁷⁸² el supuesto del número 3 del artículo 435 no realiza una transmutación sino una simple *equiparación*, dado que no amplía el concepto penal de funcionario público, ni cambia la naturaleza de los bienes embargados. Con todo, hay que reconocer junto con el sector mayoritario de la doctrina que con el presente supuesto se desvirtúa del sentido de la malversación, al no ser defendible tener en cuenta a la Administración Pública como objeto de tutela sino el otorgamiento de una mayor protección de las decisiones de la Autoridad, y, por lo tanto, su ubicación sistemática no resulta adecuada⁷⁸³.

Tanto la doctrina⁷⁸⁴ como la jurisprudencia⁷⁸⁵ han venido advirtiendo que dicho precepto descansa sobre una doble ficción: a) la de que el depositario nombrado, en virtud de dicho nombramiento quede asimilado a la condición de funcionario público, y b) que de igual forma, los bienes depositados aún siendo privados queden, también, asimilados a

⁷⁸² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4113.

⁷⁸³ En este sentido: FEIJOO SÁNCHEZ, *Consideraciones*, p. 1687, según el cual sólo el número tercero del art. 435 rompe la unidad sistemática que ha conseguido el Capítulo VII con relación a la regulación anterior, pues “los dos primeros supuestos no plantean grandes problemas ya que se refieren a situaciones en las que una persona ocupa una posición de garante similar a la de un funcionario que tiene a su cargo caudales o efectos por razón de sus funciones”; El mismo, *Comentarios*, p. 1158, añade que “se trata más bien de un supuesto de desobediencia”; OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 300, entiende que el supuesto es “más similar a un delito de desobediencia a la autoridad judicial, encuadrable dentro de los delitos contra la administración de justicia”; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 187, pese a entender que todo el art. 435 produce una desnaturalización de la esencia de la malversación, subraya que ello es aún más evidente en este caso, pues “de la incriminación de la conducta de quien dispone de los bienes embargados sin orden, conocimiento o consentimiento de la Autoridad – incluso para satisfacer la deuda – sólo puede desprenderse la pretensión de dotar de una excesiva protección a las decisiones de la Autoridad; su contenido lesivo se reduce a la falta de respeto a la voluntad de la Autoridad, en ningún caso se produce una lesión patrimonial, al menos indirecta, ni un menoscabo de la función de gasto público”; SOTO NIETO, *La malversación impropia*, p. 03, para quien “el delito de malversación impropia se consuma simplemente con la desobediencia que implica el quebrantamiento del depósito y la disposición del objeto embargado, aunque no conste expresamente la lesión patrimonial ni el lucro económico del disponente”.

⁷⁸⁴ En este sentido, entre otros: FEIJOO SÁNCHEZ, *Comentarios*, p.1158-1159; ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 102; DE LA MATA, *Malversación*, p. 33; ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p.161; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Malversación*, p. 1453; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código penal*, p. 581.

bienes o caudales públicos. Se ha dicho asimismo que la extensión contenida en el art. 435.3 resulta excesiva al imponer penas demasiado severas a personas que sólo metafóricamente pueden considerarse funcionarios públicos⁷⁸⁶.

De todos modos, en cuanto al <depositario>, su nombramiento compete exclusivamente al juez y puede serlo cualquiera que tenga capacidad para obligarse⁷⁸⁷, incluso el propio propietario de los bienes embargados⁷⁸⁸ pero nunca el solicitante. En suma, sujeto activo sólo pueden serlo aquellos sujetos a los que legalmente se les haya designado como depositarios, razón por la cual se excluye al síndico de la quiebra⁷⁸⁹. Y con relación a la estimación de la responsabilidad del depositario, es menester que se haga constar en el acto de constitución del depósito el estado en que se encuentra el bien depositado, a fin de que se pueda evaluar posteriormente si sus cualidades fueran conservadas. Además cuando la cuantía de la deuda por la que se procedió a la ejecución es distinta del avalúo del bien, siendo éste superior, deberá tenerse en cuenta aquélla, puesto que la garantía “no puede extenderse más que lo suficiente para cubrir la cantidad por la que se haya despachado la ejecución. El embargo judicial es un instrumento que garantiza el pago de una deuda, hasta el extremo de que, vendiéndose el bien en pública subasta, y satisfecha ésta, el exceso ha de entregarse a su titular”⁷⁹⁰.

⁷⁸⁵ “La malversación impropia se caracteriza por una doble asimilación, la del depositario al funcionario público y la de los bienes embargados a los caudales o efectos públicos” (En este sentido: de 23-06-97, 10-12-98, 15-02-2007 y 14-02-2007).

⁷⁸⁶ En este sentido: SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal*, p. 804: “los particulares debían ser castigados con pena inferior, pues la exigibilidad no puede ser la misma; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 972; POLAINO NAVARRETE, *Malversación*, p. 414: “desde el punto de vista político-criminal, la actual equiparación en responsabilidad penal de los particulares mencionados en este precepto a autoridades y funcionarios públicos, en los términos previstos, resulta desproporcionada y no adecuada a las exigencias jurídicas del principio de igualdad”.

⁷⁸⁷ Es decir, el mismo límite de edad que se requiere para ejercer una función pública (18 años), por cuanto, conforme pone de manifiesto CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 141, “al fin y al cabo, se puede decir que la están ejerciendo, aunque sea por delegación judicial”. En la misma dirección: ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 164-165; STS de 31-10-88.

⁷⁸⁸ En este sentido, entre otros: ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p.164; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p.4111; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 126. En la jurisprudencia: STS de 03-10-96 y 19-11-99.

⁷⁸⁹ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 26-02-90, en la cual entendió que los síndicos de la quiebra no son ni depositarios ni administradores de bienes secuestrados por autoridad, y que conduciría a una interpretación extensiva no autorizada considerarlos como tales. De tal entendimiento discrepa, a nuestro sentir con razón, CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 127-128, puesto que los síndicos no son administradores de la sociedad quebrada pero sí son administradores de sus bienes. Además, aún se les podría considerar depositarios de los mismos, sobre todo si para tanto basta con tener un poder de decisión sobre su destino, poder que concurre, indiscutiblemente, en el caso de los síndicos.

⁷⁹⁰ STS de 19-06-92. En el mismo sentido: ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 194.

El período en que es posible cometerse la malversación en el caso del embargo, desde el punto de vista de algunos, va desde su aseguramiento o garantía hasta la entrega de los bienes⁷⁹¹. Así, aunque verificado el remate en la subasta el depositario sigue manteniendo las obligaciones de conservar y custodiar el objeto material, y que sólo termina con la realización o procedimiento de apremio.

Se ha entendido que el uso del bien por el depositario, desde que no autorizado a usarlo, puede generar responsabilidad penal como modalidad distractora de malversación, con lo que no se puede estar de acuerdo, una vez que tal conducta no quebranta el bien jurídico protegido⁷⁹². Además, al contrario de lo que entendió el Tribunal Supremo⁷⁹³, es perfectamente posible que el depositario sustituya los bienes que se le confían por otros del mismo valor, porque tal conducta no conculca los intereses de los acreedores que continúan garantizados⁷⁹⁴.

Por fin, llama la atención un sector de la doctrina que en caso de que se mantenga que el objeto jurídico de tutela del art. 435.3 CP es el principio de autoridad, se deberá entonces contemplar un *concurso ideal* con el delito del art. 257.1.2º CP, puesto que con una sola acción se lesionan diferentes intereses. En cambio, si se sostiene que el art. 435.3 CP protege los intereses de terceros beneficiarios de la adopción del embargo, las relaciones concursales deben resolverse a través del *concurso aparente de leyes*⁷⁹⁵. Efectivamente el desvalor del alzamiento queda consumido en el desvalor del delito de malversación, pues éste contempla no sólo el ataque al interés del Estado en el buen funcionamiento de la Administración pública sino, igualmente, el ataque al patrimonio que

⁷⁹¹ En el mismo sentido: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 293.

⁷⁹² Así entendió el Tribunal Supremo en la sentencia de 25-03-91, respecto del uso de un automóvil por el propietario designado depositario, al argumento de que había recibido la advertencia de la prohibición de usarlo como propio. Para ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 294, sin embargo, el uso del bien por el depositario, aunque no autorizado, puede generar responsabilidad civil pero, en principio, no penal.

⁷⁹³ En efecto, en la Sentencia de 07-05-84, el Alto Tribunal señaló que el depositario ha de mantener los bienes que se le confían, no cabiendo sustituirlos por otros.

⁷⁹⁴ En el mismo sentido: CALDERÓN CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal*, p. 1088: “si mediante el dinero percibido con la enajenación se sustituyera el bien en depósito, la conducta sería impune por ausencia de lesividad, aunque formalmente se habría quebrantado el depósito y el específico deber de custodia”.

⁷⁹⁵ En este sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 121: “lo que de ningún modo puede ser correcto es mantener, como ha hecho la jurisprudencia, la protección del principio de autoridad y, a la vez, el concurso de leyes con otro delito que indudablemente protege bien jurídico distinto”; ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 105.

toda malversación impropia se produce⁷⁹⁶. Al respecto de la compatibilidad o incompatibilidad entre los delitos de malversación impropia y de alzamiento de bienes en la doctrina del Tribunal Supremo predomina la tesis favorable a la apreciación de un concurso aparente de normas. Según el Alto Tribunal, la malversación impropia es *lex specialis* frente al delito de alzamiento de bienes⁷⁹⁷.

9.4. Requisitos para la aplicación del apartado tercero

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han diseñado varios requisitos para la aplicación del apartado 3 del art. 435 CP. Debido a la elevada penalidad del delito, se debe proceder a una interpretación restrictiva del mismo⁷⁹⁸. Y ello porque la mera formalidad de un nombramiento no puede arrastrar tan graves consecuencias como las que pueden derivarse de la aplicación del tipo penal correspondiente.

El primero requisito es el de que haya una *persona legítimamente designada* depositaria o administradora de los bienes, la cual adquiere por ello *ex lege* el ejercicio de la función pública para cumplir su misión.

El segundo consiste en que ocurra una *formalización* de las operaciones procesales necesarias respecto de un embargo, secuestro o depósito de caudales o bienes,

⁷⁹⁶ RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 340-341, quienes agregan que “no es correcto, en este sentido, afirmar que en estos supuestos haya de recurrirse a las normas reguladoras del concurso de delitos, al ser los bienes jurídicos protegidos distintos. Porque no se trata de que en la malversación impropia se protegen bienes jurídicos distintos a los que se protegen en el delito de alzamiento, el patrimonio se protege un valor añadido más, cual es el interés estatal en el correcto funcionamiento de la Administración pública”. De la misma opinión: SOTO NIETO, *Delitos*, p. 03, según el cual “no puede haber concurso ideal de delitos, porque la malversación contempla conjuntamente el ataque al patrimonio y la lesión del interés del Estado en funcionamiento de la Administración Pública”.

⁷⁹⁷ STS de 08-03-90. Ya en la Sentencia de 24-06-97, el Tribunal Supremo estimó que entre el delito de malversación y de alzamiento de bienes existe sólo un concurso de normas o concurso aparente regido por el principio de consunción. De tal manera que el contenido de la ilicitud de alzamiento de bienes está ya contemplado en el del art. 435 del CP. Precisamente este delito ha sido establecido en el Código Penal con la misma finalidad que el de alzamiento de bienes, toda vez que no sólo protege a la Administración, sino también a los acreedores a favor de cuyo crédito se ha trabado el embargo. La desaparición de los bienes embargados, en consecuencia, no puede ser sancionada conjuntamente con el delito de alzamiento de bienes sin infringir el principio *non bis in idem*. La STS de 04-01-05, reproduciendo la anterior, añade que en esta línea procede señalar que el art. 432.1 del Código Penal, que es el tipo referencial de la malversación impropia a los efectos enjuiciados, contiene en su nomenclatura legal no solamente la expresión de <sustrajere>, sino también la mención <o consintiere que un tercero con igual ánimo sustraiga> que es precisamente la conducta delictiva que ha sucedido, con la venta operada por los aludidos acusados, terceros al ahora recurrente, consistente en hacer desaparecer, con su consentimiento el bien del activo patrimonial del deudor, a los efectos de perjudicar a los acreedores.

⁷⁹⁸ CASTRO MORENO, *Malversación*, p.121.

realizado por autoridad pública o quien legalmente le represente, aunque tales bienes⁷⁹⁹ sean de pertenencia de particulares.

En tercer término, los bienes secuestrados, embargados o depositados deben ser *perfectamente identificados*, debiendo constar fehacientemente que se encuentran en poder del administrador o depositario, pues “mal se podrá determinar la existencia del delito si se desconoce cuál es el objeto material del mismo”,⁸⁰⁰.

En cuarto lugar, se ha estimado la necesidad de la *aceptación expresa* del encargo por el depositario, tras ser informado de su nombramiento y debidamente advertido e instruido de las obligaciones contraídas, con obligación de conservar los bienes, luego que los recibe para su custodia y depósito.

En quinto lugar, debe concurrir el denominado <consentimiento informado>: la persona designada como administradora o depositaria de los bienes habrá de ser instruida formalmente en el momento de la aceptación expresa del cargo de las obligaciones y responsabilidades que contrae. En caso contrario, el eventual incumplimiento de los deberes de depositario no podrá generar responsabilidad penal, dado que la existencia del elemento subjetivo no puede ser supuesta. <Instrucción suficiente>, por lo tanto, debe ser interpretada de forma rigurosa. O sea, se hace necesario una información precisa de las obligaciones que suponen un cambio cualitativo en el depositario y sobre los bienes. Informaciones puramente rutinarias, genéricas e imprecisas no pueden acarrear la exigencia de responsabilidad penal. Y no sólo ha de instruírsele de los deberes civiles del cargo en orden al deber de conservar la cosa depositada a disposición del procedimiento en que fue embargada, sino también las responsabilidades penales en caso de violación de tales deberes. Si la información es incorrecta, puede surgir un elemento negativo del tipo que produce en el sujeto un error invencible de prohibición que excluye su responsabilidad

⁷⁹⁹ Desde el punto de vista del Tribunal Supremo, no es correcta la constitución del depósito cuando se trata de bienes inmuebles. Tal depósito no permitido por ley ha de reputarse inexistente, lo que impide el que con base al mismo pueda entenderse que hubo delito de malversación. En este sentido: STS de 22-05-96. En la doctrina: ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 113; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 300-303; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 130, para quien “los bienes inmuebles pueden ser embargados, siendo así objeto de un depósito judicial o secuestro. Lo que no pueden ser, una vez embargados, ser asignados en depósito o administración a persona alguna que pudiera cometer el delito”; MUÑOZ CUESTA, *Malversación impropia*, p.02: “el nombramiento de administrador o depositario debe ser efectuado por autoridad pública o quien legalmente le represente, en caso alguno por procurador de la parte demandante que insta el embargo o tercera persona que no sean aquéllos”.

⁸⁰⁰ MUÑOZ CUESTA, *Malversación impropia*, p. 02.

penal⁸⁰¹. De cualquier suerte, no hace falta que el conocimiento de la ilicitud del hecho sea preciso a punto de que el depositario conozca concretamente la gravedad con la que el comportamiento realizado es sancionado. Dicho en otros términos, debe constar una información acerca de las consecuencias negativas de su incumplimiento, pero sin que sea necesario que en la misma se tenga que hacer reseña de los concretos preceptos del Código Penal⁸⁰².

Por último, que haya un *acto de disposición de los caudales* sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que acordó el embargo. O sea, el sujeto activo debe realizar alguna de las conductas previstas en los arts. 432 a 434 CP. Para ello, sin embargo, es menester que la cosa le sea entregada al sujeto o que ya estuviera él en la posesión de la misma, es decir, es preciso la constancia fehaciente de la existencia del bien objeto del depósito⁸⁰³. En la práctica forense, con todo, pueden concurrir determinadas situaciones en que la aplicación del artículo 435.3 CP se hace en muchos supuestos difícil, cuando no imposible⁸⁰⁴.

⁸⁰¹ La doctrina del Tribunal Supremo en relación al error de prohibición es en el sentido de que éste consiste en la creencia de obrar lícitamente (STS de 14-11-03), cuyos criterios de evitabilidad se refirieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el Derecho (STS de 14-11-2003). Así, en la Sentencia de 14-02-2007, el Tribunal Supremo rechazó la alegación de error de prohibición en un supuesto de malversación impropia, al argumento de que el recurrente se trataba de persona con un nivel de cultura adecuado a la actividad empresarial que desempeñaba, que vivía y tenía su centro de trabajo en un núcleo urbano, que no ha acreditado, ni siquiera intentado, justificar encontrarse al margen de ese acervo de conocimientos ordinarios entre los que se encuentran los derivados de la condición de depositario judicial.

⁸⁰² STS de 28-10-03 y 04-01-05.

⁸⁰³ En el mismo sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 145, según el cual hay “imposibilidad de aplicar el tipo de malversación impropia del artículo 435.3º cuando no hay constancia expresa de la existencia de los bienes embargados por designación del ejecutado”. Por tal razón, la Sentencia del TS de 30-4-88 absolvió al ejecutado, pues se había realizado un embargo “sobre el papel” o “irreal”, dado que el agente judicial se apoyó sólo en las manifestaciones del ejecutado, el cual, posteriormente se constató, no tenía la posesión previa del bien. El Tribunal señala que “las meras manifestaciones no posibilitan declaraciones de existencia de hechos”. En el mismo sentido: STS de 08-10-92.

⁸⁰⁴ Al respecto observa MUÑOZ CUESTA, *Comentarios*, p. 313, que “suele suceder que se entregan los bienes a personas distintas de las nombradas depositarias, por no hallar a otras; o se nombra depositario a una persona que ya posee los bienes y se advierte de la obligación de custodia a su esposa o a un tercero que puede ser un vecino, distinto al poseedor. Otra irregularidad existe cuando se embarga maquinaria u otros útiles destinados a la producción, nombrando depositario a su titular que los tiene, y éste, al no haber sido aquéllos identificados, procede a sustituirlos por otros de peor calidad o con defectos de funcionamiento, que provocan un perjuicio patrimonial total o parcial al ejecutante y que hacen inviable la acción penal, al no haber procedido en el momento del embargo a la identificación exacta de lo embargado, ya que los objetos, aunque no los mismos, están en posesión del depositario. Por último, la irregularidad que más nos interesa se encuentra en los embargos realizados sólo con la manifestación del embargado, el que ante el representante de la autoridad competente, señala caudales para que sean sujetos al cumplimiento de la obligación pecuniaria, sin que el funcionario ejecutante los tenga ante de sí y consiguientemente, pueda reflejar en la papeleta de embargo sus peculiaridades. Conducta absolutamente anómala que motiva que no quede

En la misma línea, según la reiterada doctrina del Tribunal Supremo los elementos básicos de la malversación impropia puede sintetizarse en los siguientes: a) la existencia de un proceso judicial o administrativo; b) que en él, por la autoridad competente se haya acordado el embargo, secuestro o depósito de bienes de una persona física o jurídica; c) que haya sido designada depositaria una persona concreta a la que se le hace entrega de los bienes concernidos en concepto de depositario, documentándose en legal forma la constitución de depósito d) que el depositario haya aceptado el cargo, también en legal forma y de manera documentada, y asimismo que haya sido instruido de las obligaciones inherentes al cargo y de las responsabilidades en que puede incurrir en caso de quebrantamiento⁸⁰⁵; e) que con posterioridad, el depositario efectúe un acto de disposición sobre los bienes embargados de los que es depositario. Este acto de disposición puede ser directo, es decir, en forma comisiva o también puede ser por omisión, pero en connivencia con el autor material. En resumen, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a los efectos que nos ocupan, a la condición de depositario se precisa la *formal y expresa aceptación por parte de la persona designada, tras ser debida y suficientemente instruida de su nombramiento y advertida de las obligaciones que contrae*⁸⁰⁶.

Se justifican tales exigencias porque si un particular es equiparado a un funcionario público a estos concretos efectos, quedando supeditado a una grave responsabilidad penal, ha de conocer perfectamente cuáles son sus obligaciones y sus responsabilidades, porque de no hacerse así no se le podrá imputar el dolo al acusado⁸⁰⁷. En todo caso, la *renuncia* por parte del depositario – a los 30 días de su nombramiento –, carece de relevancia si aceptó el cargo de depositario, previa información de sus derechos y obligaciones, y si disponiendo de los bienes embargados cometió este delito⁸⁰⁸.

constancia de que el supuesto depositario tiene la posesión jurídica efectiva de los caudales, elemento que reclama el art. 399 CPA”.

⁸⁰⁵ “Si la información al depositario no se ha realizado en debida forma, no cabe exigirle responsabilidad penal por el delito de malversación impropia” (STS de 10-12-98). El Tribunal Supremo considera que la información no se ha realizado en debida forma, cuando se emplea la fórmula “acepto el nombramiento de depositario y con esta misma fecha me hago cargo de la custodia de los bienes embargados y detallados en la diligencia que antecede” (STS de 10-12-98). O sea, aunque la diligencia de embargo se extendiese en un impreso, es lo cierto que en ella el depositario acepta el cargo, jura y promete desempeñarlo con arreglo a la Ley, después de ser enterado de las responsabilidades en que incurriría de no verificarlo. Por lo tanto, la diligencia debe indicar que fue informado (y quedó enterado) de tales responsabilidades, por lo demás por todos conocidas, pareciendo evidente que los bienes embargados a resultas de un procedimiento judicial para el pago de una deuda no pueden enajenarse sin hacer constar la traba, por estar afectos a dicho destino (STS de 04-01-05).

⁸⁰⁶ STS de 06-02-03, 12-02-04, 04-01-05 y 14-02-07.

⁸⁰⁷ Cfr. STS de 18-11-98, 12-02-99 y 04-01-05.

⁸⁰⁸ Cfr. STS de 02-11-99.

Según el punto de vista de algunos, el hecho de exigirse que quede consignado el montante total de la deuda a satisfacer como referencia básica en la determinación de la cuantía de lo sustraído abre el interrogante sobre la atipicidad de las conductas de malversación sobre el *exceso de la traba*, es decir, sobre la diferencia entre la cuantía de la obligación o la deuda que se pretende garantizar y el valor del conjunto de los bienes embargados⁸⁰⁹. A mi juicio, desde que la deuda permanezca garantizada, el planteamiento debe ser respondido de modo afirmativo, puesto que tal conducta no tiene entidad suficiente para menoscabar el bien jurídico protegido – los derechos de terceros beneficiarios del embargo. Así, la tipicidad objetiva requerirá siempre la comprobación de la frustración de los fines del embargo, de suerte que, con relación a las cosas fungibles o intercambiables, la finalidad del embargo sólo resultará frustrada si se comprueba que el autor no tiene en su poder otras cosas de la misma especie y en la misma cantidad con las que pueda reemplazar⁸¹⁰. Y por el mismo raciocinio, debe considerarse atípica la conducta del depositario que se apropia o usa de los bienes embargados cuando ya ha sido satisfecha la deuda⁸¹¹ o sólo hace el traslado material de los bienes embargados de un lugar para otro⁸¹².

En cuanto al *abandono* de los objetos embargados, el depositario debe de ser responsabilizado por comisión por omisión, con independencia de lo que posteriormente suceda con el bien trabado y de quien realice la sustracción final, puesto que con tal comportamiento quebranta su especial deber de solidaridad para con el bien jurídico protegido. Ello, con todo, en respeto al principio de legalidad, en tanto haya al menos *anuencia* a la sustracción del tercero⁸¹³. Así, cuando el bien embargado *desaparece* sin que

⁸⁰⁹ MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1979.

⁸¹⁰ De la misma opinión: CASTRO MORENO, *Malversación*, p.119.

⁸¹¹ En sentido contrario: ZABALEGUI MUÑOZ, *Malversación*, p. 194, para quien el depositario es responsable del delito aquí analizado aunque la deuda ya hubiere sido satisfecha. Y ello desde la perspectiva de que aquí la criminalización radica en el otorgamiento de una mayor protección de las decisiones de la Autoridad, por lo que la obligación que aquél contrae al formalizarse el embargo es ajena a la naturaleza de las relaciones materiales que puedan existir entre el acreedor que promueva el embargo y el deudor embargado, relaciones que deben discutirse en el procedimiento de apremio o ejecutivo correspondiente, pero que no debilita, no hace desaparecer la obligación de custodia, en tanto ésta esté formalizada y no sea levantada también formalmente, por la autoridad que la constituyó.

⁸¹² El Tribunal Supremo, sin embargo, en la Sentencia de 13-02-90 ha entendido que el traslado del bien embargado para otro lugar constituye acto dispositivo, aunque el depositario no tuviera la intención de apropiarse ni de utilizar los bienes embargados, concibiendo que lo relevante es el quebranto de los deberes asumidos.

⁸¹³ En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en la Sentencia 121/2007, de 14-02-2007 (RJ 2007/1605). El Alto Tribunal estimó que el quebrantamiento del deber de cuidado y custodia en los bienes

se pueda concretar la causa y al autor responsable de la misma, esto es, por motivos ajenos al depositario, se me antoja correcta la línea jurisprudencial⁸¹⁴ que entiende que no es posible estimar dicha desaparición como integrante del tipo de malversación, dado la inexistencia de una relación de causalidad entre la conducta del sujeto obligado y la desaparición del objeto. El incumplimiento del deber de cuidado no es equivalente a una malversación impropia, puesto que ya no existe la modalidad culposa en la legislación española.

Por fin, no es posible compartir el entendimiento del Tribunal Supremo que en la Sentencia de 14-02-05 no apreció el delito de malversación en la conducta del acusado que hizo suya la cantidad que percibió de la Compañía Aseguradora por el incendio de parte de los bienes embargados, razonando que si bien tenía la obligación de entregar el dinero recibido a la Seguridad Social, administración embargante, tal incumplimiento no configura el ilícito penal porque no fue advertido de esa obligación y el dolo del agente no pudo abarcar esa posibilidad. A nuestro juicio sí que concurren en tal supuesto los requisitos específicos, ya que el depósito de los bienes embargados fue realizado con todas la advertencias legales. La sustitución de los bienes embargados por dinero en absoluto altera la posición de garante del depositario. Su conducta atenta netamente contra el bien jurídico protegido (el patrimonio de la Administración) y el dolo es evidente, en la medida que cualquier persona, sobre todo la que ha sido instruida de sus obligaciones, conoce que el cambio de los bienes embargados por dinero no le permite quebrantar el resultado del depósito y hacer suyo algo que no le corresponde, que no tiene derecho, y que a final de cuentas estaba destinado a la Administración⁸¹⁵.

9. 5. Conclusiones provisionales

El art. 435 debe ser estimado como una *extensión* del ámbito de aplicación de los tipos de malversación a través de una ampliación del círculo de posibles autores. El

depositados por parte del depositario debe quedar extramuros del sistema penal en respecto al principio de legalidad y taxatividad. Según el Tribunal Supremo, “el delito de malversación propia o impropia viene a ser un delito contra la propiedad vertebrado alrededor del ánimo de lucro que está calificado por la condición del sujeto activo y de los bienes, unos y otros tienen la condición pública, per se, o por ficción. En ambos el verbo nuclear es la sustracción o consentimiento que un tercero sustraiga, teniendo ambos un ánimo de lucro”. En sentido contrario: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 151, para quien “cuando el bien objeto del embargo es abandonado por el depositario, ya comete el tipo de malversación definitiva impropia”.

⁸¹⁴ En esta dirección: STS de 14-04-94 y 14-05-99.

⁸¹⁵ En este sentido: MUÑOZ CUESTA, *Malversación impropia*, p. 03.

fundamento de la equiparación de los particulares a los funcionarios y de bienes privados a los caudales o efectos públicos estriba en la particular afección de tales sujetos y objetos a la función pública.

Es preciso que el sujeto recogido en el artículo 435 realice alguna de las conductas típicas de malversación recogidas en los artículos 432 a 434, pues también en la malversación impropia se exige una relación específica entre el sujeto activo y el objeto material, perfectamente parangonable a la existente entre el funcionario y los efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones.

Para evitar consecuencias insatisfactorias, el término <encargados> del apartado primero del art. 435 debe ser entendido en sentido amplio, incluyendo tanto a los particulares como a los funcionarios o autoridades que carezcan de vinculación específica. El apartado segundo del art. 435 CP es superfluo, puesto que al concepto amplio de encargado no deja de entrar el de depositario.

El apartado tercero del art. 435 se desvirtúa del sentido de la malversación ya que no tiene en cuenta la Administración Pública como objeto de tutela sino el otorgamiento de una mayor protección de las decisiones de la Autoridad. Dicho precepto descansa sobre una doble ficción: a) la de que el depositario nombrado, en virtud de dicho nombramiento quede asimilado a la condición de funcionario público, y b) que de igual forma los bienes depositados aún siendo privados queden, también, asimilados a bienes o caudales públicos.

Son requisitos para la aplicación del apartado 3 del art. 435 CP: a) persona legítimamente designada; b) formalización; c) perfecta identificación del depositario; d) aceptación expresa del encargo; e) información precisa de las consecuencias negativas del incumplimiento del encargo; f) un acto de disposición.

10. Las figuras típicas en la legislación penal brasileña

10.1. Consideraciones generales

Los delitos de peculado se encuentran previstos en Código penal brasileño en el capítulo “Crímenes contra la Administración Pública”. El *nomen juris* <peculado> es

tradicional en el Derecho brasileño, aunque no lo era en la legislación que antecedió al Código Zanardelli (1889). Era este crimen denominado de <malversación>, nombre aún hoy empleado por diversos códigos modernos, como por ejemplo España e Italia⁸¹⁶.

El peculado está incluido en el Capítulo I, el cual trata de los <Crímenes practicados por funcionario público contra la Administración en general>, cuyo rasgo en común es el <atentado a la actividad funcional del Estado>⁸¹⁷. Los delitos de que cuida el capítulo son denominados de *funcionales (delicta in officio)*⁸¹⁸, una vez que practicados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.

En el presente trabajo no se hará referencia a las nuevas figuras introducidas por el artículo 1º de la Ley 9.983, de 14.07.2000, el cual introdujo los artículos 313-A (inserción de datos falsos en sistema de informaciones) y 313-B (modificación o alteración no autorizada de sistema de informaciones), ya que las nuevas figuras típicas nada tiene que ver con los delitos de peculado⁸¹⁹.

10.2. El peculado-propio (art. 312 *caput*, CPB)⁸²⁰

10.2.1 Conductas típicas. El tipo objetivo y el tipo subjetivo.

La conducta típica del peculado propio consiste en la *apropiación o desvío* de cosa pública o particular, de que tiene la posesión en razón de su cargo del funcionario público, en provecho propio o de otro. Los verbos rectores, por tanto, están representados por los verbos <apropiar> y <desviar>.

⁸¹⁶ En Italia, con el nombre <malversazione> se pune la apropiación o distracción con relación a los bienes particulares.

⁸¹⁷ En el mismo sentido: REGIS PRADO, *Curso*, p. 308.

⁸¹⁸ Los delitos funcionales son aquellos que sólo pueden ser practicados por personas que ejercen funciones públicas. No se confunden con los <crímenes de responsabilidad>. Éstos, son los crímenes que sólo pueden ser practicados por una categoría de personas que detengan determinados cargos públicos. La Carta Magna alude a los crímenes de responsabilidad del Presidente de la República (art. 85). La Ley n.º 1.079/50 trata de los delitos de responsabilidad de los Ministros de Estado y la Ley 7.106/83 de los crímenes de responsabilidad de los gobernadores de los Estados-Miembros. Ya el Decreto-Ley n.º 201/67 disciplina de los delitos de responsabilidad de los alcaldes. Los delitos funcionales, por su vez, son aquellos que sólo pueden ser practicados por el funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

⁸¹⁹ En este sentido: STOCO, *Código penal*, p. 3837; DAMÁSIO DE JESUS, *Direito penal*, p. 127.

⁸²⁰ Art. 312 “Apropiarse el funcionario público de dinero, valor o cualquier otro bien mueble, público o particular, de que tiene la posesión en razón del cargo, o desviarlo en provecho propio o ajeno. Pena – reclusión, de dos a doce años, y multa”.

El peculado-apropiación, según pone de manifiesto un sector de la doctrina, nada más es que una modalidad especial apropiación indebida cometida por funcionario público *rattione officii*: es la apropiación indebida cualificada por el hecho de ser el agente funcionario público⁸²¹. Con todo, como observan con propiedad PAGLIARO y COSTA JÚNIOR⁸²², entre la apropiación indebida – crimen contra el patrimonio – y el peculado - crimen contra la Administración Pública – existe una diferencia estructural. Según los referidos autores, tal diversificación deviene: a) de la cualidad del sujeto activo; b) del título de posesión, que en el peculado deberá estar relacionado con el cargo o servicio, al paso que en la apropiación podrá ser de cualquier naturaleza; c) de la pluralidad de conductas previstas en el modelo legal de peculado. Se trata, en definitiva, de crimen más grave, porque en la apropiación indebida el ofendido es sólo el patrimonio, al paso que en el caso del peculado la ofensa es tanto al patrimonio como a los intereses de la Administración Pública.

En el peculado-apropiación el agente pasa a comportarse como dueño de la cosa que tenía a su disposición en razón del cargo (*uti dominus*). La apropiación, pues, presupone la intención definitiva de no restituir la cosa: el *animus rem sibi habendi*. La ausencia del elemento subjetivo (voluntad de apropiarse) hace con que no se configure el delito de peculado, aunque pueda resultar en ilícito civil o administrativo. Pero es preciso tener presente que la apropiación no es sólo un momento subjetivo, siendo indispensable un hecho exterior que constituya un acto de dominio y revele el propósito de apropiarse⁸²³. Es lo que sucede con la retención, alineación, consumo, actos que revelan el *animus domini* con relación a totalidad o mismo parte de la cosa.

Ya en el *peculado-desvío* el funcionario da a la cosa destinación diversa a la que estaba previamente establecida, en provecho propio o ajeno⁸²⁴. <Desviar> es descaminar, extraviar, distraer. “Es el uso contrario al destino jurídicamente impuesto por la ley o por la

⁸²¹ En este sentido: STOCO, *Código penal*, p. 3813; HUNGRIA, *Comentários*, p. 347-348: “el peculado no es más que la apropiación indebida trasladada para el cuadro de los crímenes contra la Administración Pública, porque practicado contra el patrimonio de ésta o confiado a su guardia y responsabilidad”.

⁸²² PAGLIARO y COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 37; COSTA JÚNIOR, *Direito penal*, p. 987.

⁸²³ FRAGOSO, *Lições*, p. 413.

⁸²⁴ Hay quien vislumbra en el desvío dos momentos: un positivo, otro negativo. El positivo, representado por la nueva destinación del bien; el negativo, representado por la eliminación de la destinación precedente. En el mismo sentido: COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 991; el mismo, *Direito penal*, p. 682.

Administração”⁸²⁵. Se exige, aquí, el elemento subjetivo del tipo consistente en la finalidad de obtener provecho propio o para tercero; pero a diferencia del peculado-apropiación, no se reclama el *animus rem sibi habendi*: el desvío se da con el simple uso irregular⁸²⁶. De manera que está caracterizado el desvío, por ejemplo, cuando el funcionario presta dinero público de que tiene la posesión, bien como cuando usa en servicio particular vehículo oficial, salvo si el uso es accidental o eventual⁸²⁷.

Ahora bien, si el desvío ocurre en provecho de la propia Administración el delito de peculado no se configura, pues para tanto es necesario el uso de la cosa en contrariedad a cualquier finalidad o utilidad pública⁸²⁸. En este caso el agente puede responder por el delito previsto en el artículo 315 del Código penal, que prevé la figura típica de empleo irregular de valores públicos (art. 315 del CPB)⁸²⁹.

Con relación al elemento normativo del tipo *provecho*, debe ser entendido como cualquier ventaja patrimonial o moral (por ejemplo, prestigio personal o político)⁸³⁰. Pero no se exige el *lucro efectivo*, vale decir, no hay necesidad de la *efectiva* obtención del provecho, propio o ajeno; es suficiente el mero desvío del bien público⁸³¹.

⁸²⁵ BENTO DE FARIA, *Código penal*, p. 87.

⁸²⁶ En el mismo sentido: REGIS PRADO, *Curso*, p. 319, en el peculado-desvío el elemento subjetivo consiste en una especial finalidad que es la obtención de provecho para sí mismo o para otro, “aunque sin el *animus rem sibi habendi*”; STOCO, *Código penal*, p. 3817, para quien el peculado-desvío es necesario, además del dolo genérico (voluntad consciente y libre de emplear la cosa en fin distinto de aquel a que era destinada) el dolo específico: intención de provecho propio o de otro (aunque excluido el *animus rem sibi habendi*); FRAGOSO, *Lições*, p. 414; DAMÁSIO DE JESUS, *Direito penal*, p. 130: “en el desvío, el funcionario, aunque sin el *animus rem sibi habendi*, esto es, sin ánimo de posesión definitiva, emplea el objeto material en fin diverso de su destinación específica”; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 992: “en esta segunda modalidad de acción física, es dispensable el propósito de apropiarse”; HUNGRIA, *Comentários*, p. 349: “El elemento subjetivo en el peculado-apropiación es el dolo genérico: voluntad libre y consciente dirigida a la apropiación del dinero, valor o cualquier otro bien mueble, de que se tiene la posesión en razón del cargo. Basta la voluntad referida a la apropiación, siendo que ésta presupone, conceptualmente, el *animus rem sibi habendi* (o sea, la intención definitiva de no restituir la res) y la obtención de provecho (propio o ajeno). Ya en el caso del peculado-desvío es necesario, además del dolo genérico (voluntad consciente y libre de emplear la cosa en fin diverso de aquel a que estaba destinada), el dolo específico: intención de provecho propio o de otro (aunque excluido el *animus rem sibi habendi*)”. DEMETRIO TOURINHO, *Do peculato*, p. 74: “en la apropiación o sustracción basta el dolo genérico, pero en el desvío y en el concurso para sustracción por otro, el dolo específico – el provecho propio o ajeno – es necesario”.

⁸²⁷ En este sentido: FRAGOSO, *Lições*, p. 413-414.

⁸²⁸ En el mismo sentido: FELICIANO, *Reforma penal*, p. 69; PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 47. También en la jurisprudencia é tranquilo el entendimiento según el cual si el desvío ocurre en provecho de la propia Administración la infracción no se configura. En este sentido: RT 490/293.

⁸²⁹ En el mismo sentido: STOCO, *Código penal*, p. 3817; HUNGRIA, *Comentários*, p. 349.

⁸³⁰ En el mismo sentido: MIRABETE, *Manual*, p. 303; STOCO, *Código penal*, p. 3814; NORONHA, *Direito penal*, p. 220.

⁸³¹ En el mismo sentido: MIRABETE, *Manual*, p. 305; FRAGOSO, *Lições*, p. 415; NORONHA, *Direito penal*, p. 221; CAPEZ, *Curso*, p. 400. En la jurisprudencia: STF: RTJ 119/1.026.

En suma, en la apropiación el agente incorpora la cosa a su patrimonio; en la distracción o desvío él se utiliza de ella, no, con todo, necesariamente con la intención de no restituirla. En esta transitoria mutación en la destinación económica de la cosa está la característica del desvío o distracción⁸³².

10.2.2. El denominado <peculado de uso>

El denominado *peculado de uso*, a diferencia de lo que ocurre en la legislación española, sólo está previsto en la legislación brasileña como crimen en el Decreto-ley 201/67, que trata de los delitos practicados por alcaldes y concejales. El Decreto-ley 201/67 incrimina la práctica de “utilizarse, indebidamente, en provecho propio o ajeno, de bienes, rentas o servicios públicos”, lo que, según un sector doctrinario⁸³³, debería ser de *lege ferenda* extendida a los funcionarios públicos en general. Así, la conducta del funcionario que usa momentáneamente un bien de la Administración, pero sin *animus domini*, es atípica⁸³⁴.

Y según el sector mayoritario sólo es posible hablar de peculado de uso no punible si se trata de cosa *no fungible*. En los supuestos de cosas fungibles – bienes que pueden ser sustituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad - poco importa que el funcionario tenga la intención de restituir; aún en este caso debe responder por el delito de peculado⁸³⁵. El argumento es que el funcionario no es mero depositario sino que actúa

⁸³² DRUMMOND *Comentários*, p. 270.

⁸³³ En este sentido: REGIS PRADO, *Curso*, p. 317; NORONHA, *Direito penal*, p. 232; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 992; FELICIANO, *Reforma penal*, p. 69; PAGLIARO y COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 44.

⁸³⁴ En sentido contrario: DAMÁSIO DE JESUS, *Direito penal*, p. 131: “el funcionario que tiene bajo guardia bienes del Estado tiene la obligación de celar por el patrimonio público, no pudiendo disponer o desviarlos, aunque lo haga con intención de reposición futura; NORONHA, *Direito penal*, p. 221, para quien el ánimo de restituir no cuenta, dado que “además del daño patrimonial hay también la ofensa a los intereses de la Administración”; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 992: “al contrario de lo que sucede en el crimen de apropiación indebida, es irrelevante la intención de restituir la cosa”; HUNGRIA, *Comentários*, p. 337: “diversamente de lo que ocurre en la apropiación indebida común, no importa, aquí, el *animus restituendi*, aunque en el caso de solvencia del agente, siendo irrelevante indagar si la res es fungible o no fungible”.

⁸³⁵ En el mismo sentido: NORONHA, *Direito penal*, p. 221; CAPEZ, *Curso*, p. 398; MIRABETE, *Manual*, p. 304. En la jurisprudencia, el Supremo Tribunal Federal ya se manifestó en el sentido de que “el peculado de uso, además de no ser definido como crimen en el Código penal vigente, presupone que la cosa no sea fungible, lo que no sucede, en tales casos, con el dinero” (RT 499/426); HUNGRIA, *Comentários*, p. 337: “el funcionario que recibe o tiene bajo guardia dineros o cualesquiera otros bienes fungibles del Estado no puede distraerlos en ninguna hipótesis, aunque que lo haga con ánimo de reposición futura y tenga capacidad financiera para tanto”. FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 107: “No configura ilícito penal, pero administrativo o civil, la utilización momentánea, sin *animus domini*, de cosa no fungible”. En la doctrina Argentina:

como *longa manus* de la Administración; por tanto, el bien fungible ingresa directamente en el erario cuando es recibido por el funcionario⁸³⁶. Así, por ejemplo, caracteriza el peculado el hecho del funcionario retener dinero por lapso temporal mayor de lo que necesario, cuando debería haberlo depositado en establecimiento bancario, aunque lo haga *sin animus rem sibi habendi*⁸³⁷.

Hay que dar razón, con todo, al sector minoritario de la doctrina y de la jurisprudencia, cuando estiman que mismo en los supuestos de cosas fungibles, cuando esté ausente el *animus rem sibi habendi*, el delito de peculado tampoco se configura⁸³⁸. Y ello por una razón muy sencilla, cual sea, en tal supuesto se estaría criminalizando el peculado de uso, con clara infracción al principio de legalidad. El argumento de que la devolución del dinero ulteriormente no elimina el delito ya que hay siempre el desvío no convence, puesto que el peculado-desvío exige el dolo específico, representado por la intención de obtener provecho propio o ajeno⁸³⁹.

Además, si la cosa – fungible o no fungible – es empleada en fin distinto de aquel a que estaba establecida previamente y el agente visa obtener provecho para sí o para tercero, el *desvío* está caracterizado, por más que exista la intención de restituir. Por ello,

SOLER, *Derecho penal*, p. 205, para quien “la sustracción de dinero consuma siempre el peculado, aun cuando sea hecha con propósitos de restitución y aunque efectivamente se los restituya”.

⁸³⁶ En el mismo sentido: REGIS PRADO, *Curso*, p. 318; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 990: “el dinero, por una ficción legal, cuando recibido o guardado por el funcionario público, deja de ser fungible. Al recibir el numerario, el funcionario público pasa a ser una *longa manus* en la Administración. Así, al recibir el dinero, es como si él entrara de inmediato para el erario”; HUNGRIA, *Comentários*, p. 337: “el funcionario, al recibir el dinero u otro bien fungible, no pasa, como en otros casos, de una *longa manus* de la Administración (es como si el dinero o res ya hubiera entrado en las arcas del erario)”; FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 99, para quien el dinero público es sagrado. Así, por una *fictio juris* es considerado no fungible. “el funcionario que recibe no pasa de *longa manus* de la Administración, jamás pudiendo considerarse como mutuante o depositario irregular”; PAGLIARO y COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 45, según los cuales “la devolución ulterior del dinero no elimina el crimen, pues hay siempre un desvío”.

⁸³⁷ En este sentido: FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 99; PAGLIARO y COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 45.

⁸³⁸ En esta línea: BASILEU GARCIA, *Dos crimes*, p. 398: para quien es excesivamente riguroso el entendimiento según el cual en el peculado el funcionario no puede distraer, ni por un instante, los valores pertenecientes al erario, rigor que debe ser evitado en Derecho penal, so pena del fracaso de las normas punitivas. RT 582/294; RT 556/318.

⁸³⁹ De manera que sólo el contenido efectivo de la voluntad podrá dirimir la cuestión. Deberá ser decreta la absolución siempre que la conducta del agente, según los criterios normales de averiguación, en su significado subjetivo no corresponder al contenido del tipo. Para los fines del proceso, como forma de dirimir las dudas, son factores importantes la capacidad de restituir y la inmediatez en la restitución.

“el desvío o distracción viene a ser una especie de hurto de uso de cosa de la cual el funcionario tiene la posesión”⁸⁴⁰.

10.2.3. Objeto material

El objeto material es el dinero, valor o cualquier otro bien mueble. Por *dinero* debe entender tanto la moneda corriente en el país como la extranjera, una vez que la ley no hace distinción⁸⁴¹. Pero no se protege la moneda que salió de circulación. Y habiéndose hecho mención a la cosa mueble, no hacía falta hacer referencia al dinero. El legislador lo hizo, con todo, en aras de aplastar cualquier duda y dejar de manifiesto que, al contrario de lo que sucedía anteriormente, el delito puede tener por objeto material cosa fungible.

De manera que si el funcionario utiliza de dinero de la Administración de que tiene bajo responsabilidad, aunque momentáneamente y con intención de reintegrar, practica el peculado-desvío. Ello porque es considerado deudor *per specie*, lo que le obsta al funcionario desviar el dinero en hipótesis alguna, aunque lo haga con la intención de devolver posteriormente y tenga capacidad financiera para tanto⁸⁴².

Por *valor* deben entenderse los títulos, documentos negociables o efectos que representen dinero o mercaderías (títulos de la divida pública, letras del tesoro, letras de cambio, etc.)⁸⁴³. La alusión a valor es válida, en la medida en que la Administración indirecta se utiliza de títulos y valores mobiliarios en el ejercicio de la actividad económica.

⁸⁴⁰ DRUMMOND, *Comentarios*, p. 270.

⁸⁴¹ En el mismo sentido: NORONHA, *Direito penal*, p. 219; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 991; HUNGRIA, *Comentários*, p. 336.

⁸⁴² En el mismo sentido: STOCO, *Código penal*, p. 3814; NORONHA, *Direito penal*, p. 221: “el funcionario no pasa de delegado de la Administración Pública, actuando, pues, en su nombre y, de esta forma, no es posible que destine a fines diversos bienes que tienen destino cierto y determinado”. COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 991: “practica peculado el funcionario que se apropia de dinero público de que tiene la posesión, aunque lo haga momentáneamente, dispuesto a devolverlo luego más, o sea, despojado del *animus rem sibi habendi* (ánimo de retención de la cosa como si fuera de él). La devolución ulterior del dinero no elimina el crimen, pues ha siempre un desvío”; FRAGOSO, *Lições*, p. 41: “practica el crimen de peculado el funcionario público que se apropia del dinero público de que tiene la posesión, aunque pretenda devolverlo por ocasión de la prestación de cuentas. Aunque se vea en este supuesto un simple uso, sin *animus rem sibi habendi*, la punibilidad subsiste, pues se trata inequívocamente de un *desvío*. En la jurisprudencia: RT 537/302.

La legislación brasileña no contempla, de ningún modo, el peculado de bien inmueble. La ley habla expresamente de <cualquier otro bien mueble>, la cual debe ser interpretada de forma semejante al objeto del delito de hurto, o sea, como toda cosa mueble, fungible o no, que pueda ser trasladada de un lugar para otro (*de loco ad locum*)⁸⁴⁴, aunque originariamente inmuebles, pero hechos muebles por el agente por ocasión de la apropiación⁸⁴⁵. Hay consenso de que tanto el navío como el avión – considerados inmuebles por la ley civil - y otros bienes considerados como tales son susceptibles de apropiación y por lo tanto bienes muebles a efectos penales⁸⁴⁶. Asimismo, según extendido entendimiento, es equiparable a bien mueble la energía eléctrica⁸⁴⁷ o cualquier otra que tenga valor económico, como la térmica, sonora o genética, desde que puedan ser separadas del aparato u órgano de producción y, consiguientemente, apropiadas⁸⁴⁸.

El delito de peculado comprende no sólo los bienes públicos sino también los pertenecientes a particulares que estén bajo la guardia, vigilancia, custodia, etc., de la Administración, como, por ejemplo, el supuesto del carcelero que se apropia de bienes del encarcelado, cuya guardia le había sido confiada⁸⁴⁹. Y lo hizo bien en proteger también los bienes particulares, pues como llama la atención NORONHA, “desde el Derecho romano se considera ser objeto material del delito tanto el bien público como el particular”. Además, sea público o particular el bien apropiado o desviado, el sujeto pasivo es siempre el Estado, pues en ambos los supuestos hay ofensa a los intereses estatales y el funcionario

⁸⁴³ Cr. NORONHA, *Código penal*, p. 218; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 990; FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 99: ‘valor es la expresión que el art. 312 usa para aludir a títulos, documentos o efectos representativos de dinero o mercadería’.

⁸⁴⁴ En el mismo sentido: DAMÁSIO DE JESUS, *Direito penal*, p. 129: “bien mueble es todo lo que puede ser trasladado de un lugar para otro”; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 990: “bien mueble es toda cosa posible de ser aprendida y removida de un lugar para otro”; FRAGOSO, *Lições*, p. 412-413, para quien bien mueble es “todo lo que pueda ser trasladado de un lugar para otro”; HUNGRIA, *Comentários*, p. 336: “bien mueble es toda cosa susceptible de aprensión física y remoción de *loco ad locum*”; DRUMMOND, *Comentários*, p. 269: “es cosa mueble para la caracterización del peculado todo lo que pueda, sin inutilización, ser trasladado del lugar donde se encuentra”.

⁸⁴⁵ GALDINO SIQUEIRA, *Direito penal*, p. 296.

⁸⁴⁶ En el mismo sentido: NORONHA, *Direito penal*, p. 219; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 990. En sentido contrario: DEMETRIO TOURINHO, *Do peculato*, p. 93, para quien “si el navío es cosa mueble puede ser objeto del peculado y no de la hipoteca; si, al contrario, es cosa inmueble, puede ser objeto de hipoteca y no del peculado”. FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 100.

⁸⁴⁷ Respecto de la energía eléctrica: DAMÁSIO DE JESUS, *Direito penal*, p. 129; FRAGOSO, *Lições*, p. 413.

⁸⁴⁸ NORONHA, *Direito penal*, p. 219; PAGLIARO y COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 46; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 990; FRAGOSO, *Lições*, p. 413. En sentido contrario: DRUMMOND, *Comentários*, p. 269, por estimar que en supuesto de energía falta el requisito de la <corporalidad>.

falta con su deber de fidelidad⁸⁵⁰. Sin hablar que el Estado es civilmente responsable por el daño causado por funcionario al patrimonio de terceros.

Según el sector mayoritario de la doctrina, es atípica la utilización de servicios de un funcionario público por otro de la Administración Pública. El argumento es que la apropiación debe incidir sobre cosas muebles, en la cual no está abarcada la fruición de la mano de obra de funcionario: tal conducta no caracteriza ni apropiación ni desvío⁸⁵¹. Asimismo la jurisprudencia mayoritaria estima que la utilización de la mano de obra no es conducta comprendida por las modalidades del peculado⁸⁵². Desde mi punto de vista debe incluirse la mano de obra en el concepto de bien mueble, no porque su objeto sean los servicios en sí prestados sino porque lo que se malversa es la suma correspondiente con que la Administración Pública ha de pagarlos. O sea, “la consecuencia inmediata es el desvío del servicio, pero la mediata es la salida del numerario de las arcas públicas para el pago del servicio. Da igual el agente apoderarse de la cosa o de su valor”⁸⁵³.

Y debe ser responsabilizado por peculado propio, con relación al combustible consumido, el funcionario que se utiliza del vehículo de la Administración⁸⁵⁴. Con todo, si el combustible es suplido por el propio agente, el peculado no se configura⁸⁵⁵.

⁸⁴⁹ RT 512/427.

⁸⁵⁰ En el mismo sentido: STOCO, *Código penal*, p. 3813; NORONHA, *Direito penal*, p. 220.

⁸⁵¹ En el mismo sentido: FRAGOSO, *Lições*, p. 413; CAPEZ, *Curso*, p. 396-397; MIRABETE, *Manual*, p. 304; DELMANTO, *Código penal*, p. 618; NORONHA, *Código penal*, p. 218; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 991; FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 109; PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 46: “en el Derecho actual, el hombre no es un bien mueble, ni podrá ser objeto de posesión”.

⁸⁵² RT 506/326; RT 391/102; RT 692/249. Recientemente, con todo, el Supremo Tribunal Federal aceptó una denuncia ofrecida por el Ministerio Fiscal contra Diputado Federal, en el que se le imputa la práctica del crimen previsto en el art. 312 CP, en la modalidad de peculado-desvío, en razón de haber desviado valores del erario al indicar y admitir determinada persona como secretaria parlamentaria, cuando de hecho esa persona continuaba trabajando para la sociedad empresarial de titularidad del denunciado. El STF ha rechazado la objeción de atipicidad de la conducta, por entender equivocado el argumento de que sería la prestación de servicio el objeto material de la conducta. El Alto Tribunal ha señalado que el objeto material de la conducta fueron los valores desviados (dinero referente al sueldo de la persona empleada como asesora parlamentaria). (STF, Informativo 523).

⁸⁵³ DEMETRIO TOURINHO, *Do peculato*, p. 71. En la misma dirección: HUNGRIA, *Comentários*, p. 336, según el cual la prestación de servicio no es cosa en cuanto “no importe alguna particular obligación de pago a cargo de la Administración, pues, en tal caso, el objeto material de la apropiación no es precisamente el servicio prestado al agente, pero el desvío del respectivo precio”. En la literatura de Argentina, SOLER, *Derecho penal*, p. 206-207, es de opinión que “tampoco será delito el empleo irregular de mano de obra del Estado, salvo que la persona que lo disponga proceda con facultades para disponer la designación remunerada de la persona de la que luego privadamente se sirve, en cuyo caso el delito consiste en el cobro (sustracción) que el funcionario aparente efectúa, sabiendo él y quien lo designó, que es indebido”.

⁸⁵⁴ En el mismo sentido: PAGLIARO y COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 44; MIRABETE, *Manual*, p. 304; REGIS PRADO, *Curso*, p. 317. En la jurisprudencia: RJTJSP 60/373. En contra, estimando que la utilización de vehículos de la Administración, aunque resulte en natural consumo de

10.2.4. La <posesión> de la cosa

Diferentemente del delito de apropiación indebida, que hace referencia expresa a la detención, el *caput* del artículo 312 exige sólo que el funcionario tenga la <posesión> de la cosa sobre la cual incide la conducta delictiva. La doctrina viene interpretando el término <posesión> de forma amplia, alcanzando no sólo la detención material sino también la posesión indirecta: la <disponibilidad jurídica>, por la cual el agente la puede ejercer mediante órdenes, requisiciones o mandados⁸⁵⁶. El sentido que le da la ley civil – poder de hecho sobre la cosa – es dejada de lado en pro de una <concepción autonomista>, según la cual el poder de utilizar y de disponer de la cosa debe hacerse a través de personas físicas, a las cuales son conferidos poderes jurídicos para tanto⁸⁵⁷. Tiene, así, la posesión tanto el funcionario incumbido de recibir, guardar o conferir la cosa, como también su jefe y superior jerárquico que de ella puede disponer a través de órdenes o requisiciones⁸⁵⁸, lo que DRUMMOND⁸⁵⁹ denomina de <posesión de administración>. Pero, si el agente no tiene la posesión *exclusiva* de la cosa, habrá sustracción, y, por consiguiente, el crimen es el del apartado primero (peculado-hurto)⁸⁶⁰.

Asimismo la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia es en el sentido de que la expresión posesión, utilizada en el tipo del art. 312 del Código penal no debe ser interpretada de forma restricta sino de forma amplia, de modo que abarque también la detención, o sea, a la disponibilidad jurídica del bien⁸⁶¹. Tal entendimiento es corroborado por la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal⁸⁶².

combustible, constituye mero peculado de uso no punible penalmente en el Derecho brasileño: RT 383/71; 438/366.

⁸⁵⁵ En el mismo sentido: HUNGRIA, *Comentários*, p. 336.

⁸⁵⁶ En el mismo sentido: REGIS PRADO, *Curso*, p. 318; MIRABETE, *Manual*, p. 302; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 989; STOCO, *Código penal*, p. 3814; NORONHA, *Código penal*, p. 217; FRAGOSO, *Lições*, p. 412; HUNGRIA, *Comentários*, p. 339; BENTO DE FARIA, *Código penal*, p. 84; PAGLIARO y COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 53.

⁸⁵⁷ PAGLIARO y COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 41; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 989.

⁸⁵⁸ Cfr. FRAGOSO, *Lições*, p. 412.

⁸⁵⁹ DRUMMOND, *Comentários*, p. 271.

⁸⁶⁰ En el mismo sentido: FRAGOSO, *Lições*, p. 412.

⁸⁶¹ STJ: RT 792/578.

⁸⁶² STF: RTJ 119/1030.

Nada perjudicial sería si por coherencia técnica el legislador hubiese repetido la expresión <detención> también aquí⁸⁶³, de molde a evitar la problemática discusión a respecto de la prohibición de la analogía *in malam partem* en Derecho penal. De todos modos, el concepto del término <posesión> a efectos jurídico-penales tiene mucha menor importancia que, por ejemplo, al Derecho italiano, en el cual no es tipificado el peculado-hurto. O sea, en el Derecho brasileño, aunque se interpretara de forma restricta la expresión <posesión> el agente respondería por el peculado-hurto⁸⁶⁴.

10.2.5. La posesión <en razón del cargo>

Es preciso subrayar que también en la legislación brasileña no basta la posesión para la caracterización del peculado. Es indispensable, además, cuestionarse sobre a qué título le fue confiado al agente el dinero u otro bien mueble. Debe existir una relación de dependencia, esto es, una relación de causa y efecto entre ella y el cargo ejercido por el funcionario, vale decir, que la posesión sea decurrente de la confianza depositada en el funcionario *en razón del cargo* por él ejercido⁸⁶⁵. De manera que no es suficiente a la configuración del peculado que la cosa le haya sido confiada al agente en razón de su simple cualidad de funcionario público; es menester que la posesión sea resultado de las atribuciones de su cargo. La entrega del bien debe resultar de la ley, reglamento o por lo menos de la praxis, desde que no contraria a la ley. En definitiva, en razón de las facilidades que el cargo le propicia al funcionario público cuando actúa como tal⁸⁶⁶. Si la confianza de la víctima no fue en razón de ser él funcionario competente, pero, tan sólo debido a su condición genérica de funcionario, el crimen es de apropiación indebida y no de peculado⁸⁶⁷, pues, como pone de manifiesto FRAGOSO⁸⁶⁸, “sólo cuando la posesión

⁸⁶³ NORONHA, *Código penal*, p. 217. De misma opinión: FELICIANO, *Reforma penal*, p. 69.

⁸⁶⁴ En el mismo sentido: COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 990; FRAGOSO, *Lições*, p. 412.

⁸⁶⁵ En el mismo sentido: REGIS PRADO, *Curso*, p. 318-319; FRAGOSO, *Lições*, p. 411; PAGLIARO y COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 54: “<La posesión en razón del cargo> significa <poder jurídico sobre la cosa que se desenvuelve en el ámbito de una competencia que deriva del ejercicio del cargo público>”.

⁸⁶⁶ La ley brasileña usa la expresión *en razón del cargo*. Al respecto, observa FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 96, que como el art. 327 e su § 1º tratan como sinónimos, a efectos penales, cargo, empleo o función pública, no tiene sentido reducir la amplitud del ejercicio funcional a la comprensión restrictiva sugerida por la exégesis literal. HUNGRIA, *Comentários*, p. 339: “En el peculado la posesión o detención resulta de la confianza impuesta por la ley como indispensable al cargo público ejercido por el agente”.

⁸⁶⁷ En este sentido: NORONHA, *Código penal*, p. 217: “No basta el agente ser funcionario. Si la cosa le fue entregada no en razón de su función, pero a otro título, v.g., un obsequio o favor que le pide, el delito será el de apropiación indebida”. En la jurisprudencia: STF: RT 552/436.

⁸⁶⁸ FRAGOSO, *Lições*, p. 411.

entre en la competencia propia del oficio existe aquella especial violación de deber de cargo que la ley criminaliza en el peculado”.

Ahora bien, no es imprescindible que el agente tenga la posesión de la cosa <en el ejercicio del cargo>, sino simplemente <en razón de cargo>. Y si la cosa es entregada al funcionario en la <suposición> de estar él autorizado a recibir la cosa, el peculado se caracteriza aunque el funcionario mismo esté en error a tal respecto; basta, en este supuesto, que haya habido formalidad en la entrega⁸⁶⁹.

10.2.6. Consumación

En la modalidad apropiación la consumación ocurre en el momento en que el funcionario pasa a comportarse con relación a la cosa como si dueño fuera (con *animus domini*)⁸⁷⁰, no importando la manera como gastó el numerario o si obtuvo efectiva ventaja de ello. Ya en el caso de peculado-desvío la consumación ocurre cuando el agente da destinación distinta a que le estaba asignada a la cosa, aunque no obtenga el provecho objetivado⁸⁷¹.

Para un sector de la doctrina el peculado es un crimen de daño, razón por la cual se consume con su efectiva ocurrencia. En otras palabras, tanto el peculado-apropiación como en el peculado-desvío a la consumación se requiere la disminución efectiva del patrimonio de la Administración: un daño patrimonial efectivo⁸⁷². Partidario del tal punto de vista, HUNGRIA⁸⁷³ sostiene que el daño patrimonial es indeclinable en el peculado, el cual “no es otra cosa sino que un desfalque patrimonial sufrido por la Administración

⁸⁶⁹ En este sentido: BENTO DE FARIA, *Código penal*, p. 84.

⁸⁷⁰ En el mismo sentido: FRAGOSO, *Lições*, p. 413: “el momento consumativo es aquel en que el agente invierte el título de la posesión, pasando a retener la cosa *uti dominus*”. De acuerdo con el Supremo Tribunal Federal, el peculado-apropiación se consume en el momento y lugar en que el agente se apropia del dinero, valor o bien mueble (RTJ, 97/452). FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 115: “En la modalidad apropiación, el peculado se consume con el cambio de la posesión, cuando el agente dispone de la cosa como se dueño fuera”.

⁸⁷¹ FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 116: “Ocurre la consumación cuando el funcionario emplea la cosa en fines otros que no el propio o regular”. Según PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 51, para la consumación, “al contrario de lo que sucede con la apropiación indebida, es irrelevante la intención de restituir la cosa”.

⁸⁷² En este sentido: NORONHA, *Direito penal*, p. 222: “el peculado es crimen de daño y consiguientemente se consume con este, que existe siempre en la apropiación o en lo desvío, sea por la disminución efectiva del patrimonio de la Administración, sea por la falta de acrecentamiento o aumento debido”. En el mismo sentido: PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 51; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 992; En la jurisprudencia: RT 473/314; 440/335.

Pública, sea como *damnum emergens*, sea como *lucrum cessans*, o como resarcimiento a que estará obligada en el caso de malversación (bien privado)”. Y concluye: “peculado consumado sin daño efectivo es tan absurdo en cuanto a decirse que puede haber humo sin fuego, o sombra sin cuerpo que la proyecte, o tejado sin paredes o bases de sustentación”.

Con todo, hay que dar razón al sector que entiende que el daño necesario y suficiente para su configuración es el inherente a la violación del deber de fidelidad con la Administración, esté o no asociado al daño patrimonial, ya que el bien jurídico protegido en la legislación brasileña es pluriofensivo⁸⁷⁴. HUNGRIA, de manera incongruente a mi manera de ver, defiende ser impensable el peculado sin daño patrimonial pero al mismo tiempo estima que en él el bien protegido “es menos porque sea patrimonialmente lesivo de que por el quebrantamiento del deber de fidelidad”. Si es el quebrantamiento del deber de fidelidad el objeto protegido, otra no puede ser la conclusión sino que es perfectamente posible la ocurrencia del peculado sin daño patrimonial efectivo. ¿Qué daño patrimonial efectivo resulta a la Administración en la conducta de un funcionario que se apropia de un vehículo particular que estaba bajo su guardia en razón del cargo y que días después es restituido *por la policía* a la Administración sin ningún deterioro? El único daño aquí es el referente al quebrantamiento del deber de fidelidad del funcionario para con la Administración, pues, como visto, en el concepto mixto o jurídico-económico de patrimonio el perjuicio debe de ser concebido como una disminución patrimonial no compensada económicamente y de forma contable, que no está presente cuando simplemente se merma la utilidad objetiva. Además, si ello no fuera así, habría que concluir que con la fianza o caución está excluida la posibilidad del peculado, así como cuando el agente esté simplemente procediendo a la compensación del crédito líquido y cierto que tiene con la Administración. En cualquier de estos supuestos no hay daño patrimonial: nuevamente el único daño es el referente al deber de fidelidad. Y no se trata sólo de daño patrimonial <reparado>, como defiende HUNGRIA⁸⁷⁵, sino, esto sí, de daño patrimonial inexistente *ab initio*. ¿Si el valor del bien está debidamente garantizado o el

⁸⁷³ HUNGRIA, *Comentarios*, p. 345-349.

⁸⁷⁴ En el mismo sentido: DEMETRIO TOURINHO, *Do peculato*, p. 83: “toda vez que el funcionario sustrae o se apropia de la cosa pública, trasladándola para su posesión y incorporándola al su patrimonio, consuma el peculado”; BENTO DE FARIA, *Código penal*, p. 91; DELMANTO, *Código penal*, p. 618; MIRABETE, *Manual*, p. 305. En la jurisprudencia, estimando que para la consumación basta la posesión, no siendo exigible que el agente o tercero obtenga la efectiva ventaja con la práctica del delito: STJ: RT 792/578; RT 776/667.

⁸⁷⁵ HUNGRIA, *Comentarios*, p. 347.

agente tiene el crédito de igual valor con la Administración, cómo es posible sustentar que aún así existe daño patrimonial?

En suma, la ausencia de perjuicio (patrimonial) no retira el carácter de peculado a la conducta del funcionario que aprovechándose de las facilidades que el cargo proporciona se apropia o desvía bien de la Administración, aunque haya caución o fianza y no haya sido establecido el montante efectivamente desviado o apropiado⁸⁷⁶. Como pone de manifiesto GALDINO SIQUEIRA⁸⁷⁷, “la fianza o caución es requerida en garantía de daños que eventualmente el funcionario pueda causar imprudentemente a la Administración Pública, y no con el fin de legitimar, hasta su ocurrencia, la sustracción o distracción que venga a cometer”.

La tentativa, aunque sea difícil su caracterización en la práctica, es dogmáticamente posible. En la literatura encontramos el siguiente ejemplo: el Caja de la repartición es detenido al salir de ella, portando dinero que debía quedarse en el respectivo cofre. Comprobado los demás requisitos del crimen, habrá tentativa, pues el numerario aún se encontraba bajo la vigilancia y defensa de la Administración Pública⁸⁷⁸.

Estará caracterizado el delito de peculado mismo cuando no haya transcurrido el plazo para el repase del valor al órgano público, dado que “los plazos administrativos nada significan bajo el punto de vista penal”⁸⁷⁹. De manera que el funcionario no puede utilizarse de dinero que recibió *ratione officii*; si lo hace, por lo menos el desvío ya se caracteriza, si lo hace con intención de obtener algún provecho⁸⁸⁰. Pero para la existencia del peculado no se exige la fijación del *quantum* o monto indebidamente apropiado o desviado, bastando la prueba de ello. Así, responde por peculado el cartero que viola la

⁸⁷⁶ En este sentido: DEMETRIO TOURINHO, *Do peculato*, p. 91; NORONHA, *Direito penal*, p. 223; FRAGOSO, *Lições*, p. 414; DAMÁSIO DE JESUS, *Direito penal*, p. 131; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 993; HUNGRIA, *Comentários*, p. 345; BENTO DE FARIA, *Código penal*, p. 91. En la jurisprudencia: STF: RT 523/476; RTJ 91/664;

⁸⁷⁷ GALDINO SIQUEIRA, *Código penal*, p. 297.

⁸⁷⁸ NORONHA, *Direito penal*, p. 224. De la misma opinión: DEMETRIO TOURINHO, *Do peculato*, p. 81-82.

⁸⁷⁹ HUNGRIA, *Comentários*, p. 343.

⁸⁸⁰ En el mismo sentido: BASILEU GARCIA, *Dos crimes*, p. 397: para quien los plazos, prefijados en beneficio de la regularidad del servicio público, no exentan al funcionario de la pena correspondiente, desde que se apure la existencia del crimen; CAPEZ, *Curso*, p. 400; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 992.

correspondencia y se apropia de los respectivos valores⁸⁸¹. Pero la venta ulterior del objeto material caracteriza *post factum* no punible frente a una agresión ya consolidada del bien jurídico⁸⁸².

10.2.7. Tomada de cuentas

Bajo la vigencia del Código de 1.890, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal era en el sentido de que “el enjuiciamiento criminal contra el responsable por dineros públicos, y extravíos de ellos, no puede ser ejercida antes del proceso sumario de tomada de cuentas, apuradas por el Tribunal de Cuentas”⁸⁸³. Hoy en día es tranquilo el entendimiento según el cual la previa tomada de cuentas por el Tribunal Administrativo no es requisito para el enjuiciamiento criminal, puesto que la apropiación o desvío puede ser constatado por otros medios⁸⁸⁴. Así, con base en los mismos argumentos, la aprobación de cuentas no interfiere en absoluto en la condenación del agente: no es condición de enjuiciamiento y tampoco condición objetiva de punibilidad⁸⁸⁵. De entenderse de otro modo, se llegaría a la extraña conclusión de que durante el tiempo decurrente entre la toma de cuentas, el agente es libre propietario del dinero recadado⁸⁸⁶.

Tampoco interfiere en la caracterización del delito el hecho de que el Poder Legislativo haya declarado el agente inocente en procedimiento llevado a cabo por él propio, sea porque las esferas son autónomas, sea porque “es conocida la influencia política que muchas veces se ejerce en esas aprobaciones o desaprobaciones”⁸⁸⁷.

⁸⁸¹ En el mismo sentido: PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 54-54.

⁸⁸² En el mismo sentido: CAPEZ, *Curso*, p. 406.

⁸⁸³ Cfr. GALDINO SIQUEIRA, *Código penal*, p. 298.

⁸⁸⁴ En el mismo sentido: DAMÁSIO DE JESUS, *Direito penal*, p. 130.

⁸⁸⁵ En el mismo sentido: PAGLIARO y COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 51; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 992; STOCO, *Código penal*, p. 3826; NORONHA, *Código penal*, p. 223; REGIS PRADO, *Curso*, p. 319; CAPEZ, *Curso*, p. 401; MIRABETE, *Manual*, p. 305; DAMÁSIO DE JESUS, *Direito penal*, p. 131. En la jurisprudencia: STF, DJU de 26.8.77, p. 5762. STJ, DJU de 28.02.94, p. 2916.

⁸⁸⁶ HUNGRIA, *Comentários*, p. 344. En la jurisprudencia: RT 374/59. RT 582/396.

⁸⁸⁷ FRAGOSO, *Lições*, p. 415. En la jurisprudencia: RT 702/377.

10.2.8. Conducta compensatoria

Es firme el entendimiento según el cual es típica la conducta del funcionario que utiliza el dinero como forma de extirpar o compensar eventual crédito que tiene con la Administración. Es que el dinero público está vinculado por ley a determinados fines, los cuales no pueden ser cumplidos si la Administración no tiene la inmediata disponibilidad en virtud de la apropiación del funcionario. El funcionario que así procede comete abuso en sus funciones e incluso menoscabo patrimonial a la Administración, incurriendo, pues, en el delito de peculado⁸⁸⁸.

10.3. El peculado-hurto (art. 312, § 1º, CPB)⁸⁸⁹

En el caso del denominado peculado-hurto el agente sustrae o concurre para que otro sustraiga dinero, valor o cualquier bien mueble perteneciente a la Administración o particular, en provecho propio o ajeno, valiéndose para tanto de la facilidad propiciada por la cualidad de funcionario. Esa facilidad será, en regla, el fácil acceso al local donde están guardados los bienes. Pero también las relaciones personales con los funcionarios incumbidos de la guardia y vigilancia permitirá al agente iludirlos sin despertar sospechas, con lo que propicia a si propio o a terceros la ocasión favorable al hurto⁸⁹⁰.

El peculado-hurto se realiza básicamente de la misma forma que el delito de hurto (art. 155 del CPB), siendo dos sus posibilidades. En la primera, el propio funcionario ejecuta la sustracción; en la segunda, él sólo participa en la sustracción llevada a cabo por otra persona. Este último supuesto es un caso de <concurso necesario>: el funcionario, de forma voluntaria y consciente, concurre a que otro sustraía la cosa. Obviamente que el peculado estará caracterizado aunque el *extraneus* no sea funcionario.

⁸⁸⁸ En el mismo sentido: STOCO, *Código penal*, p. 3814; CAPEZ, *Curso*, p. 399; REGIS PRADO, *Curso*, p. 318; MIRABETE, *Manual*, p. 305; DELMANTO, *Código penal*, p. 618; NORONHA, *Direito penal*, p. 222; DAMÁSIO DE JESUS, *Direito penal*, p. 131; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 991; FRAGOSO, *Lições*, p. 414; HUNGRIA, *Comentários*, p. 337; PAGLIARO y COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 45.

⁸⁸⁹ Art. 312, § 1º: “Se aplica la misma pena, si el funcionario público, aunque no tenga la posesión del dinero, valor o bien, lo sustrae, o concurre para que sea sustraído, en provecho propio o ajeno, valiéndose de la facilidad que le propicia la cualidad de funcionario”.

⁸⁹⁰ FRAGOSO, *Lições*, p. 419.

Es fundamental que el funcionario aproveche de la facilidad que el cargo le propicia para la configuración del peculado-hurto y que la cosa sea pública o esté bajo guardia o custodia de la Administración. “El hecho de que el agente sea funcionario no es causa, pero simple *ocasión* del delito. No es en virtud de la función que el crimen ocurre, pero de la *facilidad* que su cargo proporciona, lo que, además, es coherente con la teoría de los antecedentes”⁸⁹¹. Así, si el funcionario ingresa en la repartición pública, sólo o acompañado, y de allí sustraer determinado bien, practica el delito de hurto cualificado y no el de peculado, pues en este caso la cualidad de funcionario no fue el factor preponderante para el éxito de la consumación delictiva⁸⁹².

El párrafo debe ser interpretado con base en el *caput* del artículo 312 del CP. Así, también aquí el bien puede ser público o particular. Pero en este último supuesto, es fundamental que él esté bajo guardia y responsabilidad de la Administración.

El dolo consiste en la voluntad y conciencia de practicar la sustracción o de concurrir para que otro lo haga. Pero se exige asimismo el dolo específico, representado por la locución normativa <en provecho propio o ajeno>, que según estima la doctrina mayoritaria debe ser entendida como la intención de obtener lucro (*animus lucri faciendi*)⁸⁹³.

No hay consenso respecto del momento de la consumación. Para una corriente ella se da cuando el dinero, valor u otro bien mueble sale de la esfera de disponibilidad o vigilancia de la víctima (de la Administración) e ingresa en la del agente⁸⁹⁴. Para otra, la consumación sólo ocurre cuando el agente tiene la posesión mansa y tranquila, aunque por breve espacio de tiempo⁸⁹⁵. En la jurisprudencia, el Superior Tribunal de Justicia y el

⁸⁹¹ NORONHA, *Direito penal*, p. 225. En la misma dirección: COSTA JÚNIOR⁸⁹¹, para quien “la condición de funcionario público no es causa de la práctica delictiva, pero la ocasión que propicia el acto”; HUNGRIA, *Comentários*, p. 350: “la condición de funcionario, en la especie, no es causa, pero ocasión para el crimen”; PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 56: “La condición de funcionario público no es causa de la práctica delictiva, sino la ocasión que propicia el acto”.

⁸⁹² En el mismo sentido: STOCO, *Código penal*, p. 3831; MIRABETE, *Manual*, p. 306. .

⁸⁹³ En el mismo sentido: COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 994, según el cual el tipo exige el dolo específico, “representado por la locución normativa *en provecho propio o ajeno*, que es la intención de realizar el lucro (*animus lucri faciendi*)”; HUNGRIA, *Comentários*, p. 351, según el cual “como el objeto del peculado es dinero o cosa evaluable en dinero, la sustracción, o concurso prestado a esta, importa necesariamente, el *animus lucri faciendi*”; PAGLIARO-COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 57.

⁸⁹⁴ En el mismo sentido: FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 117.

⁸⁹⁵ En el mismo sentido: NUCCI, *Código penal comentado*, p. 666.

Supremo Tribunal Federal han venido paulatinamente abandonando el criterio de la salida de la cosa de la llamada <esfera de vigilancia de la víctima> para exigir que el agente, aunque brevemente, tenga la posesión tranquila de la <res> sustraída⁸⁹⁶. La tentativa es posible, dado el fraccionamiento del *iter criminis*, conforme el criterio individual-objetivo (plan del autor y correspondencia formal de la conducta con el tipo).

10.4. El peculado-imprudente (art. 312, § 2º, do CPB)⁸⁹⁷

La introducción del peculado imprudente en el ordenamiento jurídico brasileño tuvo influencia de la legislación española anterior a la última reforma. Se trata de modalidad *sui generis*, una vez que no hay participación imprudente en delito doloso⁸⁹⁸. El legislador, aquí, relegó la regla según la cual la punibilidad a título de imprudencia debe ser excepcional, esto es, que “la imprudencia humana debe ser frenada y reprimida por la ley solamente cuando sea causa de un daño no reintegrable”⁸⁹⁹.

El peculado-imprudente se caracteriza por la conducta del funcionario público que, faltando con su deber de cuidado a que estaba obligado por las circunstancias, facilita la práctica de crimen doloso por parte de un tercero, que tanto puede ser un particular como otro funcionario público. La acción física consiste, pues, en faltar el funcionario con la *cautela* ordinaria y especial a que estaba obligado en la guardia y preservación de las cosas que le son confiadas por fuerza de la función pública que desempeña.

Pueden ser formulados los siguientes supuestos: a) el funcionario, imprudentemente, concurre a que otro funcionario se apropie, desvíe o sustraiga dinero,

⁸⁹⁶ En este sentido, en el STF: RT 674/359; RT 609/448. En el STJ: RSTJ 29/493; RT 741/594.

⁸⁹⁷ Art. 312, § 2º: “Si el funcionario concurre imprudentemente para el crimen de otro. Pena: detención, de tres meses a un año”.

⁸⁹⁸ Al respecto, observa con propiedad LIMA CORREIA, *Peculato*, p.536, que “la hipótesis contenida en el § 2.º del art. 312 del Código Penal no es de *participación criminosa* regulada por el art. 25 (actual 29). Es un crimen *sui generis*, a que se dio el *nomen juris* de <peculado culposo> y a que la ley establece pena autónoma. No hay participación culposa en crimen doloso, por la razón sencilla de que la participación criminal, según la disciplina jurídico-penal, exige, de la parte de todos los participantes, un *consilium malignum*, intención o ciencia de participar o de concurrir en la acción común. De ahí, en la participación criminal, la unidad de crimen y la identidad de la pena (respondiendo cada cual *in solidum*). Puede perfectamente haber crimes distintos: el de peculado doloso practicado por un y el peculado culposo por otro, esto es, concurso *objetivo* culposo en el peculado doloso; las penas son apriorísticamente diversas para cada uno de los agentes. Fuera de esto, todo cuanto abstrae la duplicidad de crímenes, tiene, *data venia*, olor de sofisma. Nuestro Código no cometió el disparate de disciplinar el caso como de *participación* (regulada en el artículo 25 - actual 29), abstrayendo el indeclinable elemento subjetivo de ésta; pero, teniendo en vista la gravedad del hecho, castigó *especialmente* el concurso objetivo culposo en el peculado de otro”.

⁸⁹⁹ CARRARA, *Apud* FRAGOSO, *Lições*, p. 416-417.

valor u otro bien mueble público o particular; b) el funcionario, imprudentemente, concurre para que un particular, concertado con *otro funcionario*, se apropie, desvíe o sustraiga dinero, valor u otro bien mueble de la Administración o particular; c) el funcionario, imprudentemente, concurre a que un particular sustraía dinero, valor u otro bien mueble de la Administración o particular.

Según un sector, el apartado segundo debe ser interpretado en conjunto con el *caput* y con el apartado primero del artículo 312. Así, el peculado imprudente sólo se configuraría cuando el agente diese causa, por imprudencia, a crimen que objetivamente se equipare al de peculado⁹⁰⁰. Es la opinión de DRUMMOND⁹⁰¹, para quien *crimen de otro* no es cualquier crimen pero sólo el crimen que se objetiva en la apropiación o desvío del dinero, valor u otro cualquier bien de que el agente tenga la posesión o que pueda sustraer o desviar. El sector mayoritario, sin embargo, entiende - a mi parecer correctamente - que el funcionario responde por peculado imprudente aunque el otro que obró dolosamente haya practicado un delito en contra del patrimonio y no en contra de la Administración⁹⁰², una vez que el tipo es bien claro al referirse a <crimen> y no al delito específico de peculado.

Para la configuración el tipo requiere una conducta dolosa de tercero, a la cual el funcionario concurre a través de su comportamiento imprudente. No es suficiente, por lo tanto, la mera coincidencia; es preciso una relación de causa y efecto. Ello significa que la conducta imprudente del funcionario, aunque lesiva a la Administración, es atípica si no está relacionada a la acción dolosa de la otra persona. Dicho en otros términos, el agente del crimen doloso debe necesariamente aprovecharse de facilidades propiciadas por el comportamiento imprudente del funcionario; si ello no sucede, el funcionario no responde

⁹⁰⁰ En esta línea: COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 994: según el cual “se aplica la modalidad imprudente a los tipos precedentes”; MIRABETE, *Manual*, p. 307; PAGLIARO y COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 60, según los cuales el § 2º es aplicable tanto al peculado propio como al peculado-hurto.

⁹⁰¹ DRUMMOND, *Comentários*, p. 272.

⁹⁰² En el mismo sentido: NORONHA, *Direito penal*, p. 226, nota 37, según el cual tal entendimiento parece ser más racional y mejor atiende a los intereses de una justicia sustancial; REGIS PRADO, *Curso*, p. 322, para quien suena extraño el legislador punir el funcionario que permite, imprudentemente, la práctica de peculado y quedarse inerte cuando el agente da causa, por imprudencia, a un hurto u otro delito patrimonial perpetrado en su repartición, v.g., en el supuesto en que el agente, por desidia, deja abierta la puerta del cofre que se encuentra bajo su responsabilidad, ausentándose por algunos instantes de su sector, permitiendo, así, que un particular sustraiga valores del Estado allí contenidos; CAPEZ, *Curso*, p. 404; HUNGRIA, *Comentários*, p. 352.

por delito alguno⁹⁰³. Y como no es admisible la tentativa en el delito imprudente, se hace necesario que el crimen doloso llevado a cabo por el tercero se consume para que el funcionario responda por el peculado imprudente.

Ahora bien, desde mi punto de vista la modalidad imprudente debería de *lege ferenda* desaparecer del Código Penal, teniendo en cuenta el principio de fragmentariedad. Así como sucedió en España, pasados muchos años de vigencia de la modalidad imprudente han sido prácticamente inexistentes los pronunciamientos jurisprudenciales sobre este precepto. Vale decir, su aplicación jurídico-penal es prácticamente nula, razón por la cual debería ser dejada a cargo exclusivo del Derecho Administrativo sancionador.

10.5. El peculado por error de otra persona (art. 313 del CPB)⁹⁰⁴

El peculado decurrente de error de otra persona, también denominado en la doctrina de peculado-estafa o peculado-impropio⁹⁰⁵, fue introducido por vez primera en la legislación brasileña por el legislador del Código penal de 1940, y tuvo inspiración en el artículo 316 del Código penal italiano de 1889 (Código Zanardelli). En este caso, la ley no hace referencia expresa al funcionario público sino al <ejercicio del cargo>. O sea, la referencia es implícita.

La acción física consiste en <apropiarse> y no simplemente en recibir el dinero o utilidad. Pero diferentemente de lo que pasa con el peculado propio, el funcionario no tiene la previa posesión de la cosa sino que se aprovecha del error ajeno para apropiarse de dinero u otra utilidad que recibe indebidamente en virtud del cargo que desempeña. Si el recibimiento se da por otro motivo que no sea el ejercicio del cargo, el crimen será otro, cual sea, la apropiación de cosa habida por error, prevista en el artículo 169 del CP. Así, la

⁹⁰³ En este sentido: COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 995; MIRABETE, *Manual*, p. 308, según el cual “para la configuración de la modalidad imprudente de peculado se hace necesario que se establezca estrecha relación entre el acto del funcionario y la acción dolosa de otro, de modo que evidencie que el primero tenga dado ocasión a la práctica del último”; NORONHA, *Direito penal*, p. 228, para quien “es imprescindible haber entre ambos los delitos relación, de modo que el primero (funcionario) tenga dado oportunidad al segundo (tercero)”; FRAGOSO, *Lições*, p. 417: “la existencia del crimen depende de la práctica de un hecho doloso por parte de tercero, y sin este no se configurará el ilícito penal, mismo que da acción culposa del funcionario sobrevenga un daño al patrimonio de la Administración Pública”. En la doctrina de Argentina: SOLER, *Derecho penal*, p. 209: “Si no existe acto doloso de un tercero, desaparece la figura culposa [imprudente] del funcionario”.

⁹⁰⁴ “Art. 313. Apropiarse de dinero o cualquier utilidad que, en el ejercicio del cargo, recibió por error de otro”.

⁹⁰⁵ Para NORONHA, *Direito penal*, p. 228, es el caso de “apropiación por error, cualificada por la cualidad del agente”.

exigencia de que la conducta sea realizada <en el ejercicio del cargo> es condición imprescindible aquí⁹⁰⁶.

El error debe ser de otra persona, que puede ser tanto un particular como otro funcionario público⁹⁰⁷. Pero de acuerdo con la posición mayoritaria no puede ser provocado. Si el error fuere provocado el funcionario incurre en el delito de estafa (art. 171 do CPB) y no en el de peculado, pues este caso la posesión de la cosa no es lícita sino obtenida a través de fraude⁹⁰⁸. La diferencia, pues, entre el crimen analizado y el de estafa residiría en tener o no tener el agente la iniciativa de la acción⁹⁰⁹.

A mi juicio, con todo, cuando el agente tiene la iniciativa (cuando el error es creación del funcionario) se configura el peculado en la modalidad apropiación (art. 312, caput, del CPB). Con o sin fraude es el quebrantamiento de los deberes del cargo el elemento que caracteriza el crimen contra la Administración⁹¹⁰. O sea, el fraude es inherente al crimen de estafa, pero la objetividad jurídica que se valora en primer plano en el delito de peculado es la infracción del deber de cargo. Consiguientemente, centrar la atención en el artificio fraudulento es reparar en lo superficial, pues ello simplemente constituye el medio por lo cual el funcionario público promueve el ataque al bien jurídico protegido: el patrimonio público y el deber de lealtad para con la Administración. Además, interpretación diferente conduciría a la esdrújula conclusión de que por la simple apropiación o sustracción el funcionario responde por delito de peculado (crimen más grave) y cuando lo lleva a cabo con uso de fraude responde por estafa (crimen menos grave). Hay que tener presente que el delito de peculado se encaja en los denominados <delitos de infracción de deber> desarrollados por ROXIN⁹¹¹, para quien es el quebrantamiento del deber especial (extrapenal), productor del resultado, lo que fundamenta la autoría, sin tener en cuenta ni la voluntad del autor ni el dominio del hecho.

⁹⁰⁶ DRUMMOND, *Comentários*, p. 274: “importa en tener como elemento integrante la actualidad del ejercicio, no bastando ser <en razón del cargo>, expresión de significación distinta”; FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 111: “En esta modalidad el agente público está en el ejercicio del cargo. No basta el hecho de ser agente público; el ejercicio funcional es la causa eficiente de la punición del acto”.

⁹⁰⁷ En el mismo sentido: HUNGRIA, *Comentários*, p. 354; MIRABETE, *Manual*, p. 309.

⁹⁰⁸ En este sentido: REGIS PRADO, *Curso*, p. 328; CAPEZ, *Curso*, p. 406; MIRABETE, *Manual*, p. 309; NORONHA, *Direito penal*, p. 229; DAMÁSIO DE JESUS, *Direito penal*, p. 136; DEMETRIO TOURINHO, *Do peculato*, p. 77; FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 111.

⁹⁰⁹ En el mismo sentido: DRUMMOND, *Comentários*, p. 274.

⁹¹⁰ En esta línea: COSTA JÚNIOR, *Direito penal*, p. 985.

De otra parte, el argumento de que debido al hecho de que el bien llega a las manos del funcionario por error de la víctima no se viola el deber funcional no es correcto. Puede que el agente, en el momento de la entrega del bien, no actúe de mala fe; pero después, cuando percibe el engaño y no procede a la devolución, infringe la confianza que le es depositada en razón del cargo⁹¹². El dolo, pues, en esta modalidad, determina el exacto momento de la apropiación, la cual puede manifestarse posteriormente (*dolus superveniens*). De manera que se caracterizará el delito si el funcionario, a pesar de notificado para tanto, no devuelve el dinero que recibió indebidamente por error de otro y sólo percibió posteriormente⁹¹³. Sólo no se configurará el delito si el funcionario también incurre en error en el acto de recibir la cosa.

El error alcanza tanto la falsa representación de la realidad como la ignorancia, que es el desconocimiento del objeto, siendo indiferente su causa (desatención, confusión, etc.). Además, el error en el cual incide la víctima puede referirse: a) sobre aquello que es realmente debido; (*an debeat*); b) sobre el *quantum* debido: la totalidad o mismo sobre parte de la cosa⁹¹⁴; c) a la competencia funcional del funcionario para recibir el bien; d) al respecto de la obligación que dio causa a la entrega de la cosa⁹¹⁵.

De todos modos, el error debe versar sobre el recibimiento y no sobre la entrega. Por tanto, si el agente, encargado de efectuar pagos, entrega a la víctima cuantía menor que la debida y se apropia de la diferencia, el crimen será el del artículo 312 CPB⁹¹⁶. La solución

⁹¹¹ ROXIN, *Dominio del hecho*, p. 390.

⁹¹² En el mismo sentido: COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 996; PAGLIARO y COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 64.

⁹¹³ En el mismo sentido: STOCO, *Código penal*, p. 3835, para quien “aunque el sujeto activo obre también en error en el acto del recibimiento pero, posteriormente, se apropia de la cosa, desaparece la buena fe y surge el dolo, y con él, el crimen. No es necesaria la existencia de dolo en el acto del recibimiento de la cosa; él debe existir en el momento en que el sujeto activo de ella se apropia”; NORONHA, *Direito penal*, p. 230: “el sujeto activo puede actuar en error en el acto del recibimiento, pero si, posteriormente constata el equívoco y se apropia de la cosa, el delito es perfecto: desaparece la buena fe y surge con él el dolo, y con él el crimen”; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 997, según el cual el dolo deberá presentarse en el momento de la apropiación, no en el instante del recibimiento; HUNGRIA, *Comentários*, p. 354; BENTO DE FARIA, *Código penal*, p. 93; FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 110: “La conciencia del error ajeno puede advenir posteriormente. El crimen es el mismo”.

⁹¹⁴ En este sentido: BENTO DE FARIA, *Código penal*, p. 93. En sentido contrario: DRUMMOND, *Comentários*, p. 275, para quien “no bastaría para integración del crimen un error material sobre la cuantía o cosa entregue: dar 200 pensando estar dando 100. En la hipótesis faltaría la característica – relación entre individuo y poder público”.

⁹¹⁵ En el mismo sentido: HUNGRIA, *Comentários*, p. 354; MIRABETE, *Manual*, p. 309; FRAGOSO, *Lições*, p. 421; PAGLIARO y COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 67.

⁹¹⁶ FRAGOSO, *Lições*, p. 421.

es la misma para el supuesto en que el funcionario tenga entregado *por error* cuantía menor que la debida, apropiándose posteriormente de la diferencia al verificarla.

Más discutible es la hipótesis en que ocurre error en el cálculo del sueldo del funcionario y éste no promueve la devolución. A mi juicio, no hay ninguna razón para que el funcionario no responda también en tal supuesto por peculado mediante error de otro⁹¹⁷.

El objeto material es el dinero o <cualquier utilidad>. El legislador se inspiró en el artículo 316 del Código Italiano (danaro o altra utilità), en manifiesto descompaso con el delito de peculado. Pero en verdad nuestra ley superó la italiana en materia de imperfección, al preceder el sustantivo utilidad del adjetivo <cualquier>, equivalente a alguno o a alguna, pudiendo así referirse a persona o cosa indeterminada⁹¹⁸. En razón de ello, hay dos corrientes respecto del elemento normativo del tipo <utilidad>. Para la primera, el término utilidad debe ser entendido como cualquier cosa que resulte en ventaja, aunque no de naturaleza patrimonial. Ya la segunda – mayoritaria y que mejor atiende al sentido del crimen de peculado - estima que ella debe comprender solamente las cosas muebles y con valor económico. O sea, no debe ser considerada aquí la utilidad de naturaleza moral, por ser ella incompatible con el delito en examen: el tipo hace referencia al término <apropiarse>⁹¹⁹.

El dolo también aquí se caracteriza por el *animus rem sibi habendi*, o sea, por la voluntad de apropiarse de dinero o de otra cosa mueble que recibió el funcionario por error de otro, pero en momento ulterior (*dolo subsequens*)⁹²⁰. Es un dolo con tríplice aspecto: conciencia de lo indebido; conciencia del error ajeno e intención de beneficiarse con este error. Si no hay conciencia del indebido, no habrá crimen⁹²¹.

⁹¹⁷ En este sentido: BASILEU GARCIA, *Dos crimes*, p. 399: “la hipótesis podrá ser, entre otras, la de un funcionario público que recibe, por ejemplo, cuantía mayor que la debida como sueldo, por engaño de la repartición pagadora”. En sentido contrario: OLIVEIRA LIMA, *Dos crimes*, p. 247, según el cual en tal supuesto el funcionario está sujeto simplemente a la devolución de la cuantía que recibió a mayor.

⁹¹⁸ En el mismo sentido: NORONHA, *Direito penal*, p. 231; COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 313.

⁹¹⁹ En este sentido: REGIS PRADO, *Curso*, p. 328; MIRABETE, *Manual*, p. 310; NORONHA, *Direito penal*, p. 231: “las otras utilidades deben constituirse únicamente de cosas muebles, si no se quiere tornar impropio el título de peculado”; FRAGOSO, *Lições*, p. 422; FELICIANO, *Reforma penal*, p. 69.

⁹²⁰ PAGLIARO y COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 68.

⁹²¹ DRUMMOND, *Comentários*, p. 276.

Para un sector, la consumación se da *sólo* cuando el funcionario es llamado a dar cuentas del bien y no lo hace⁹²², lo que no es correcto. La consumación ocurre cuando el funcionario pasa a comportarse como si dueño fuera de la cosa. No, por tanto, en el recibimiento, pero cuando el agente se apropia del valor que le es entregue por error, pasando a disponer *uti dominus*⁹²³. La exteriorización de la utilización a modo de dueño es que en muchas ocasiones se da con la recusa de restituir la cosa.

La tentativa, aunque muy difícil en la práctica, es posible. Como observa NORONHA⁹²⁴, es muy difícil caracterizar la *conatus*, pero posible, ya que hay duplicidad de objetos jurídicos. Así, por ejemplo, cuando el agente público es sorprendido por el superior jerárquico en el momento en que está vendiendo un objeto recibido por error de otro⁹²⁵.

10. 6. La reparación del daño

En la legislación brasileña la extinción de la punibilidad está prevista solamente para la modalidad culposa. Es pacífico el entendimiento, tanto en la doctrina⁹²⁶ como en la jurisprudencia⁹²⁷, de que el resarcimiento del daño o la restitución de la cosa no extinguen la punibilidad en el supuesto de peculado doloso.

Se discute, sin embargo, si el resarcimiento puede influir en la medición de la pena. Para una corriente⁹²⁸, incluso en el ámbito del Supremo Tribunal Federal, la reposición del dinero apropiado no extingue la punibilidad, ni es factor a ser levado en cuenta para la reducción de la pena. El argumento es que el artículo 16 del CP se aplica exclusivamente con relación a los crímenes patrimoniales y con el peculado no se protege el patrimonio público sino la Administración. Tal entendimiento, con todo, no puede ser de

⁹²² En el mismo sentido: FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 116: “Sólo se admite como consumado el crimen de peculado impropio cuando, intimado, el funcionario no repone importancia que tenía bajo su guardia en razón del oficio”; GALDINO SIQUEIRA, *Direito penal*, p. 297, para quien, en el supuesto de peculado impropio, “el momento consumativo del crimen solo se opera cuando llamado el funcionario a prestar cuentas de la cantidad debida, cae en mora y no la entrega”. En la jurisprudencia: RT 521/355.

⁹²³ En el mismo sentido: COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 998; FRAGOSO, *Lições*, p. 422.

⁹²⁴ NORONHA, *Direito penal*, p. 232.

⁹²⁵ FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 116.

⁹²⁶ DELMANTO, *Código penal*, p. 622; MIRABETE, *Manual*, p. 305; STOCO, *Código penal*, p. 3833; FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 122.

⁹²⁷ RT 510/451; RT 527/323; RT 537/345; RT 547/325; RT 554/348.

⁹²⁸ FAZZIO JÚNIOR, *Corrupção*, p. 122; .RT 659/253; RT 762/59, RT 499/426; RT 510/451.

recibo, ya que la ley obsta la aplicación de la causa especial de disminución *sólo a los crímenes practicados con violencia o grave amenaza*, en el cual, evidentemente no se encaja el peculado.

Así, hay que interpretarse que si la reparación es anterior al recibimiento de la imputación, funcionará como causa obligatoria de disminución de pena (arrepentimiento posterior previsto en el art. 16 del CP); si ulterior, servirá sólo como circunstancia atenuante (art. 65, III, *d*, del CP)⁹²⁹.

De cualquier suerte, para que sea aplicable la causa de disminución prevista en el art. 16 del CP, es preciso que la restitución sea *integral*. Y ello no ocurre, por ejemplo, cuando el agente reintegra sólo el valor <nominal>, esto es, el valor de la época de la apropiación o desvío sin la debida corrección monetaria⁹³⁰.

Tampoco es posible la aplicación de la causa de disminución obligatoria de pena (art. 16 CP) cuando los administradores o autoridades estén de acuerdo en recibir valor menor que lo debido, como ocurre en relación con los delitos patrimoniales. Es que en los supuestos de peculado no puede existir un consentimiento eficaz, ya que quien consiente debe tener facultad jurídica de disposición, y eso no lo tienen los administradores del patrimonio público.

Ahora bien, el acto de la reparación del daño o restitución de la cosa no necesita ser espontáneo sino simplemente voluntario. De manera que el art. 16 CP es aplicable aunque el agente realice el resarcimiento por temor de la condena o mismo pensando en la reducción propiciada por él. Sin embargo, se discute si la restitución realizada por un tercero puede o no ser considerada para tal finalidad. La doctrina y jurisprudencia divergen al respecto, prevaleciendo el entendimiento según el cual la ley habla de <acto del agente> y no en <acto personal> de él, con lo que la reparación realizada por tercero debe ser considerada para los fines del art. 16 del CP⁹³¹.

⁹²⁹ En el mismo sentido: DELMANTO, *Código penal*, p. 28.

⁹³⁰ En el mismo sentido: RSTJ 122/464.

⁹³¹ En este sentido: COSTA JÚNIOR, *Código penal*, p. 995, según el cual “poco importa que (el resarcimiento) sea efectuado por el propio reo o por tercero en su nombre”. En la jurisprudencia: RJTJSP 100/490. Contra, entendiendo que no aprovecha al agente la reparación hecha por su mujer si él, por ocasión de la investigación policial o mismo en el proceso, no hizo referencia al pago, presumiéndose que no tuvo conocimiento de ello: STF: RTJ, 145/228. Pero hay aún quien estime que referido artículo sólo es aplicable si

El arrepentimiento posterior (art. 16 del CP) constituye circunstancia objetiva, razón por la cual la aminoración de pena es extensible a los demás participantes en el hecho delictivo. Y el artículo 16 del CP prevé la reducción de la pena de 1/3 a 2/3. El criterio para la mayor o menor reducción de la pena es el de la <presteza> en procederse al resarcimiento: cuanto más rápidamente operarse la devolución, mayor será la rebaja.

Ya en el caso del peculado-imprudente, conforme párrafo 3º del artículo 312, la reparación del daño constituye causa de extinción de la punibilidad, desde que sea realizada antes de la condena definitiva. Si la reparación del daño ocurre después de la sentencia definitiva, habrá solamente la reducción de la pena en mitad⁹³². Ella puede concretizarse tanto por la restitución de la cosa como también por la indemnización del valor correspondiente al daño causado. Así, debe ser estimado como restitución la indicación por parte del imputado del lugar donde se encuentra la cosa.

El resarcimiento en el peculado imprudente tiene un sentido netamente reparador, aunque para algún autor la acción resulte también en violación de un deber funcional⁹³³. Prevale, dada la exigüidad del ilícito, el interés en el restablecimiento del equilibrio patrimonial de la Administración. De cualquier suerte, la reparación también aquí, según el sector mayoritario, debe ser completa⁹³⁴ y sólo aprovecha al funcionario autor del peculado imprudente⁹³⁵. Puede, con todo, ser efectuado por el propio funcionario o un tercero⁹³⁶.

Por fin, no se puede dejar de coincidir con la crítica sobre la posibilidad de la reparación de daño en el peculado culposo poder extinguir la punibilidad, dado que con ello se crea una desigualdad legal de tratamiento entre el criminoso afortunado y el desafortunado.

la tercera persona actúa en nombre del agente, como ocurre en los casos de los padres, hijos, hermanos, procuradores, etc. En el mismo sentido: DELMANTO, *Código penal*, p. 29.

⁹³² Art. 312, § 3º: “En el caso de apartado anterior, la reparación del daño, si procede a la sentencia no recurrible, extingue la punibilidad; si es posterior, reduce en mitad la pena impuesta”.

⁹³³ FRAGOSO, *Lições*, p. 418.

⁹³⁴ En el mismo sentido: REGIS PRADO, *Curso*, p. 323; CAPEZ, *Curso*, p. 405.

⁹³⁵ En este sentido: DAMÁSIO DE JESUS, *Direito penal*, p. 133; HUNGRIA, *Comentários*, p. 353.

⁹³⁶ PAGLIARO y COSTA JÚNIOR, *Dos crimes contra a administração pública*, p. 59.

10.7. Conclusiones provisionales

El delito de peculado de la legislación brasileña se distingue de la malversación de caudales públicos de la legislación española básicamente por lo siguiente: a) la tipicidad de la modalidad imprudente; b) el carácter público o privado del objeto material; c) la *no* tipicidad del peculado de uso; d) la previsión del peculado-hurto y peculado por error de otra persona.

En la legislación brasileña el peculado es un crimen pluriofensivo: se protege tanto el patrimonio público como el deber de fidelidad del funcionario para con la Administración y la propia sociedad, pero dándose siempre relevancia o preeminencia en el caso concreto a la dimensión patrimonial. Así, la ausencia de perjuicio (patrimonial) no retira el carácter de peculado a la conducta del funcionario que aprovechándose de las facilidades que el cargo proporciona se apropia o desvía bien de la Administración, aunque haya caución o fianza y no haya sido establecido el montante efectivamente desviado o apropiado.

Incluso en los supuestos de cosas fungibles, cuando esté ausente el *animus rem sibi habendi* el delito de peculado no se configura. De no ser así se estaría criminalizando el peculado de uso en el ordenamiento jurídico brasileño, con clara infracción al principio de legalidad. El argumento de que la devolución del dinero ulteriormente no elimina el delito ya que hay siempre el desvío no convence, puesto que el peculado-desvío exige el dolo específico, representado por la intención de obtener provecho propio o ajeno

Es equiparable a bien mueble la energía eléctrica o cualquier otra que tenga valor económico, como la térmica, sonora o genética, desde que puedan ser separadas del aparato u órgano de producción y, consiguientemente, apropiada.

El *caput* del artículo 312 exige sólo que el funcionario tenga la <posesión> de la cosa sobre la cual incide la conducta delictiva. El término <posesión> del art. 312 CP debe ser interpretado de forma amplia, alcanzando no sólo la detención material sino también la posesión indirecta: la <disponibilidad jurídica>, por la cual el agente la puede ejercer mediante órdenes, requisiciones o mandados. Pero es indispensable, además, que la

posesión sea decurrente de la confianza depositada en el funcionario *en razón del cargo* por él ejercido.

En el peculado-hurto es fundamental que el funcionario aproveche de la facilidad que el cargo le propicia para la configuración del delito y que la cosa sea pública o esté bajo guardia o custodia de la Administración. En dicha modalidad se exige el dolo específico, representado por la locución normativa <en provecho propio o ajeno>, la cual debe ser entendida como la intención de obtener lucro (*animus lucri faciendi*).

El funcionario responde por peculado imprudente aunque el otro que obró dolosamente haya practicado un delito en contra del patrimonio y no en contra de la Administración, una vez que el tipo es bien claro al referirse a <crimen> y no al delito específico de peculado.

Diferentemente de lo que pasa con el peculado propio, el funcionario no tiene la previa posesión de la cosa en el art. 313. Así, la exigencia de que la conducta sea realizada <en el ejercicio del cargo> es condición imprescindible a la configuración en ésta modalidad. El dolo determina el exacto momento de la apropiación, la cual puede manifestarse posteriormente (*dolus superveniens*). Si el error fuere provocado el funcionario no incurre en el delito de estafa, como estima la doctrina dominante, sino en el peculado del art. 312. Con o sin fraude es el quebrantamiento de los deberes del cargo el elemento que caracteriza el crimen contra la Administración. Fijar la atención en el artificio fraudulento es reparar en lo superficial, pues ello simplemente constituye el medio por lo cual el funcionario público promueve el ataque al bien jurídico protegido.

Hay que interpretarse que si la reparación (voluntaria e integral) es anterior al recibimiento de la imputación, funcionará como causa obligatoria de disminución de pena (arrepentimiento posterior previsto en el art. 16 del CP); si ulterior, servirá sólo como circunstancia atenuante (art. 65, III, *d*, del CP).

11. El tipo subjetivo

11.1 Problemas específicos del dolo de malversación

A diferencia de lo que ocurría en el Código penal español derogado, no es posible la configuración de la malversación mediante un comportamiento imprudente. La despenalización, según la doctrina más autorizada, resulta adecuada a los principios de fragmentariedad o intervención mínima, así como a la naturaleza eminentemente patrimonial de la figura⁹³⁷.

La malversación sólo es punible a título de dolo, que según la doctrina mayoritaria, consiste en conocer y querer los elementos objetivos del tipo, aunque paulatinamente va ganando espacio un proceso de <revalorización> del elemento intelectual del dolo⁹³⁸.

En cuanto al elemento cognoscitivo del dolo debe abarcar todos los elementos objetivos del tipo. Y la doctrina tiene de manera general identificado como elementos normativos los conceptos de *autoridad, funcionario público, caudal público, tenencia a cargo y razón de las funciones*⁹³⁹. También el ánimo de lucro del tercero en la modalidad omisiva del art. 432 constituye un elemento del tipo objetivo, cuyo desconocimiento por el funcionario implicará un error de tipo⁹⁴⁰. Pero, en la modalidad omisiva, lo decisivo es que

⁹³⁷ En el mismo sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 245.

⁹³⁸ El Tribunal Supremo, acercándose a las consecuencias de la <teoría de la probabilidad>, a partir de la Sentencia de 23-04-92 manifiesta una clara tendencia a otorgarle más peso al elemento intelectual del dolo y a relativizar el elemento volitivo. Según el Alto Tribunal, “obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes jurídicos, pues habrá tenido el conocimiento de los elementos del tipo objetivo que caracterizan, precisamente, el dolo”. En la doctrina, FEIJOO SÁNCHEZ, *Dolo eventual*, p. 15 y ss., defiende que no es necesario acudir a un elemento volitivo para imputar un hecho a título de dolo, de manera que una determinada conducta se considera un injusto doloso “cuando el autor tenía un conocimiento suficiente para planificar el futuro hecho típico”; el elemento querer se agota en querer realizar una determinada acción o una omisión. Para SÁNCHEZ-VERA, *Delitos de funcionarios*, p. 19-21, incluso, se trata de una imputación de conocimientos y no de una averiguación de los conocimientos que tuviese el autor. De manera que la imputación subjetiva se realiza tomando como base el rol funcionario y los conocimientos que a él se le han de atribuir. El otro elemento tradicional del dolo, la voluntad, queda reducido en una imputación subjetiva realizada de acuerdo con el rol a una mera cuestión terminológica. Y ello no sólo es lícito sino que es la única posibilidad que tiene el juzgador en materia de la prueba del dolo.

⁹³⁹ En este sentido: MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 291, ROCA AGAPITO, *Malversación*, p.187, quien añade aún como elemento normativo el conocimiento del sujeto activo respecto de que a) sustrae o consciente que un tercero sustraiga y, b) en la modalidad omisiva, que el tercero sustrae los caudales o efectos públicos con ánimo de lucro.

⁹⁴⁰ En el mismo sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 246: “tal elemento subjetivo (el ánimo de lucro) se somete a un proceso de objetivización, de tal manera que, al ser <objetivizado>, debe ser abarcado

pueda afirmarse que la autoridad o el funcionario era consciente que si hubiera actuado habría evitado la lesión del bien jurídico o, al menos que hubiera reducido en forma importante el riesgo de que fuera lesionado⁹⁴¹. No se exige, sin embargo, un conocimiento riguroso de dichos elementos, siendo suficiente, según la formulación de MEZGER, una “valoración paralela del autor en la esfera del lego”⁹⁴².

En la modalidad omisiva del art. 432 no es preciso que el agente conozca los medios específicos a través de los cuales se vaya a realizar la sustracción ni las finalidades concretas a las que el tercero vaya a destinar los caudales o efectos sustraídos, siendo suficiente que tenga conocimiento de que el acto apropiatorio del tercero tiene un carácter definitivo⁹⁴³.

En cuanto al elemento volitivo del dolo, en el art. 432 CP “consiste en la voluntad de apropiación o voluntad de haber la cosa como si fuera propia, y en la conducta omisiva consiste en la conciencia y ausencia de la voluntad de impedir la sustracción de los

por su dolo”; CRESPO BARQUERO, *Código penal*, p. 1719; FEIJOO SÁNCHEZ, *Consideraciones*, p. 1687: “este requisito subjetivo que no va referido al autor es, en realidad, un elemento del tipo objetivo”, de manera que “el funcionario que tiene caudales o efectos públicos a su cargo por razón de sus funciones debe saber no sólo que un tercero los sustrae, sino que los sustrae con ánimo de lucro”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 187; MORALES PRATS y MORALES GARCIA, *Comentarios*, p. 1968, según los cuales el ánimo de lucro “no sólo formará parte de la tipicidad subjetiva que realice el tercero sino que, además, constituye un elemento *objetivo* del tipo de malversación que habrá de integrar el elemento cognitivo del dolo propio del funcionario público o autoridad. De este modo, quedarán fuera de la órbita del art. 432 los supuestos en que el funcionario consiente sustracciones de tercero sin que en éste concurra ánimo de lucro, bien sea por el conocimiento expreso de dicha situación, bien en la creencia errónea de que el tercero actúa sin ánimo lucrativo. Piénsese en el funcionario que consiente en la sustracción por parte de un familiar, conociendo el ánimo de restitución que informa la conducta de este último. O en el más claro, de caudales coadministrados por dos funcionarios de los que uno de ellos se apodera, con consentimiento del otro, con ánimo de restitución”.

⁹⁴¹ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4065. Subraya SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 847, que “el consentimiento presupone el perfecto conocimiento del funcionario del acto de la sustracción de otro”.

⁹⁴² De acuerdo con ROXIN, *Derecho penal*, p. 460, tal formulación corresponde al “conocimiento necesario para el dolo, porque el objeto del dolo no son los conceptos jurídicos o la antijuridicidad de la acción, sino las <circunstancias de hecho>, es decir, los hechos externos junto con su significado social”. Ya según ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 187, “ello quiere decir, prácticamente, que para que una persona sea castigada por malversación, el autor debe haber sido consciente de su condición de funcionario, esto es, de que al tiempo de realizar la acción participaba, aunque sólo fuese de manera transitoria, en el desempeño de funciones públicas. Y lo mismo cabe decir de los restantes elementos: el autor debe haber sido consciente de que los caudales pertenecían a la Administración Pública, aunque sin necesidad de saber si habían o no ingresado formalmente como tales en la caja de la Administración, el sujeto activo también debe haber sido consciente de que al participar en el desempeño de funciones públicas, una de las funciones que tenía encomendadas era estar al cuidado de determinados caudales que le habían sido entregados para su custodia, conservación, gestión o administración, aunque sin necesidad de saber con exactitud la norma específica en que se describan tales funciones, etc.”.

⁹⁴³ En el mismo sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 245-246.

caudales por un tercero”⁹⁴⁴. Ahora bien, el que el dolo deba comprender todos los elementos objetivos del tipo no implica que la apropiación deba necesariamente recaer sobre los caudales o efectos, pudiendo serlo exclusivamente sobre los beneficios que los mismos proporcionan⁹⁴⁵.

El elemento subjetivo del tipo en el art. 433 CP es el dolo, consistente en el simple deseo de uso transitorio (*animus utendi*). El propósito de restitución y de no-apoderamiento definitivo ha de ser *evidente*, lo que es posible evaluar por las circunstancias y desarrollo de los hechos, de modo que ni el reintegro tardío ni que eso no se lleve a cabo pueden, por sí solos, impedir su reconocimiento.

En el seno del art. 434 CP la cuestión que se plantea con relación al dolo es si el sujeto activo debe o no tener la conciencia y la voluntad de causar un grave perjuicio a la causa pública. Aunque para algunos es cuestionable⁹⁴⁶, a nuestro juicio el dolo debe abarcar dicha circunstancia, so pena de incurrirse en responsabilidad objetiva. Como pone de manifiesto FEIJOO SÁNCHEZ⁹⁴⁷, mientras no exista una mención expresa en la parte especial, todos los elementos de un tipo penal deben ser imputados a título de dolo (al menos eventual).

Por último, en lo referente al dolo en los delitos de comisión por omisión, consiste en el <dolo de no-evitación>, por lo que el conocimiento de la infracción de garante es suficiente⁹⁴⁸. El fundamento del desvalor, pues, se encuentra en la decisión de

⁹⁴⁴ ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 189. En la misma dirección: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 245, según el cual “la conducta activa, el dolo consiste en la realización deliberada por parte del funcionario o autoridad del acto de apoderamiento o de enajenación de los caudales, con voluntad de privación de los mismos a la Administración de forma permanente y definitiva. En la modalidad omisiva, en cambio, el dolo estriba en el perfecto conocimiento del funcionario del acto de sustracción que realiza el tercero”.

⁹⁴⁵ En este sentido el Tribunal Supremo apreció como ánimo de apropiación de los intereses bancarios, en el caso de un recaudador municipal que ingresa en sus cuentas particulares el dinero pagado por los contribuyentes, pero sin el *animus rem sibi habendi* propio del art. 432, obteniendo sin embargo los beneficios económicos inherentes a los depósitos bancarios (STS 1237/97 de 14-10).

⁹⁴⁶ Así la califica ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 225.

⁹⁴⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *Consideraciones*, p. 1684.

⁹⁴⁸ En una primera aproximación a los llamados delitos de comisión por omisión, según ROMEO CASABONA, *Límites*, p. 33 y 37, “se puede definir como la producción de un resultado penalmente típico que no fue evitado por quien pudo y debía hacerlo, es decir, por quien tenía la capacidad y el deber jurídico de actuar en la evitación del resultado típico”. Con todo, “no todo el que puede evitar el resultado entra dentro de la órbita del tipo de comisión por omisión correspondiente, sino que es precisa la existencia previa de un deber jurídico de evitar el resultado”. El Tribunal Supremo, en diversas ocasiones, ha establecido que la distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de omisión depende del conocimiento de las circunstancias que generan el deber de actuar, de tal manera que quien ha tenido conocimiento de ellas obrará dolosamente, mientras quien, con diligencia debida, hubiera podido conocerlas obrará de modo imprudente.

omitir una conducta a pesar de lo que se conoce⁹⁴⁹. La doctrina, empero, no está de acuerdo si para ello es suficiente con la *cognoscibilidad* de los medios para evitar el resultado, o, al contrario, si el garante debe ser castigado *en tanto que haya pensado en la posibilidad de salvación*⁹⁵⁰. En mi opinión, como no son propias de la omisión ni la causalidad ni la finalidad humana, no hace falta que el garante se haya representado la posibilidad de salvación para la configuración del dolo en la omisión impropia⁹⁵¹. Además, entender de otro modo beneficia a los especialmente desconsiderados e indiferentes. Ya con relación a la *intención*, debe ser ella rechazada en la omisión, puesto que la dirección final efectiva no es esencial para la omisión y ni siquiera es posible en ella⁹⁵². En suma, el dolo en los delitos de omisión requiere a) el conocimiento de la situación generadora del deber de

Así, el que conoce a) las circunstancias que generan su deber (la posición de garante y el peligro de producción del resultado, en los delitos impropios de omisión), y b) su propia capacidad de acción para evitar el resultado, ha omitido dolosamente. En este sentido las STS de 25-04-88; 30-06-88 y 24-10-90.

⁹⁴⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *El dolo eventual*, p. 57.

⁹⁵⁰ En la Sentencia de 27-10-97, el Tribunal supremo estimo que el dolo en la omisión debe ser considerado “cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción, no actúa”. En la sentencia de 22-11-99, el Alto Tribunal declaró asimismo que “en los delitos de comisión por omisión o impropio de omisión, el conocimiento del omitente se ha de referir a las circunstancias que fundamentan la obligación de impedir la producción del resultado antijurídico”. En la doctrina: CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *El delito de omisión*, p. 324, es de opinión que “la peculiaridad de los delitos de omisión impropia, frente a la propia, es que el autor debe conocer el proceso causal y que la acción de él esperada podría haber evitado el resultado”.

⁹⁵¹ En este sentido: ARMIN KAUFMANN, *Delitos de omisión*, p. 313-318, para quien lo que suele entenderse por omisión <querida> en realidad es una omisión consciente, una omisión con conciencia de poder obrar. Sin embargo, existen igualmente la omisión inconsciente – esto es, la omisión conociendo el fin de la acción, pero sin conocimiento de la capacidad de acción con que se cuenta – (y es igualmente merecedora de punición). Y agrega: si fuese el caso de establecerse diferencia de contenido valorativo entre ambos supuestos, esto es, aquel que se ha representado y aquel que al contrario no ha pensado en la posibilidad de salvación, “ello tendría que ser en detrimento de aquel que ni siquiera se plantea la realización de su deber”; BACIGALUPO, *Principios*, p. 403, según el cual “es suficiente con la *cognoscibilidad* de los medios para evitar el resultado”.

⁹⁵² En el mismo sentido: ARMIN KAUFMANN, *Delitos de omisión*, p. 84-97 y 318, quien observa que el dirigir el acontecer causal externo a un fin, el configurar el proceso causal, es esencial para la voluntad de realización. Tal operar en el proceso causal externo falta desde un principio en ámbito de omitir. De modo que la autentica voluntad de realización que domina y dirige el proceso causal real decae, de entrada, en la omisión. Así, “lo que suele entenderse por omisión <querida> en realidad es una omisión consciente, una omisión con conciencia de poder obrar”. De la misma opinión: JAKOBS, *Derecho penal*, p. 1017, para quien en la omisión la configuración de la realidad pretendida no da lugar a motivo alguno. Según JAKOBS, en la omisión se da una preferencia incompatible con la voluntad de actuar, pero, “el que la disposición psíquica del que omite sea de suerte que sin la preferencia se habría comportado de otro modo, o el que también entonces habría omitido por pereza o indiferencia, es irrelevante”; STRATENWERTH, *Derecho penal*, p. 402, para quien el dolo en el delito de omisión aparece “cuando el autor omite actuar dispuesto a asumir el resultado como consecuencia de su propia conducta, no emplea la medida de energía necesaria para la intervención activa”; ROMEO CASABONA, *Límites*, p. 35, para quien, dado que entre la omisión y el resultado típico acaecido no existe un enlace causal, el dolo en la omisión no se integra en sentido estricto por el componente volitivo. Por tanto, el dolo en los delitos de comisión por omisión “consiste en la conciencia del sujeto sobre su omitir, sobre su capacidad de acción para evitar el resultado”; JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 680, según los cuales en la omisión impropia difícilmente puede hablarse de una resolución a permanecer inactivo como decisión de la voluntad. En ellos, más bien, el dolo se agota en el conocimiento de la situación típica y en la conciencia de la propia capacidad de acción. Deja de estar presente una

actuar (conocimiento de la amenaza de producción del resultado en los delitos improprios de omisión); b) el conocimiento de la posibilidad de realización de la acción⁹⁵³.

11.2. El ánimo de lucro

En la vigencia del Código penal anterior, la doctrina dominante entendía que el ánimo de lucro no constituía requisito para la configuración de la malversación⁹⁵⁴. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin embargo, juzgó en algunas oportunidades que aunque el ánimo de lucro no componía elemento del delito solía ir unido al mismo⁹⁵⁵, y en la mayoría de los casos como elemento abarcado por el dolo del sujeto activo (entendido como ánimo de haber la cosa como propia)⁹⁵⁶. Ahora, dado que el legislador introdujo expresamente en la descripción típica de los artículos 432 y 434 CP la exigencia de que la conducta se lleve a cabo con dicho ánimo, es menester que se valore el alcance que pasa a desempeñar en el tipo de injusto.

El concepto de ánimo de lucro fue tratado detenidamente en el ámbito de los delitos patrimoniales, consistiendo en tres las interpretaciones que se hacen al respecto. Por un lado, la concepción *amplia* considera que el lucro no consiste únicamente en la obtención de un provecho económico, sino que comprende todo lo que implica beneficio o ventaja de cualquier clase que el sujeto pueda obtener del objeto; es decir, cualquier utilidad, goce, ventaja o provecho, incluso los meramente contemplativos o de ulterior

intervención de la voluntad en la omisión y, en consecuencia, tampoco es posible la <intención> como modalidad de dolo.

⁹⁵³ En este sentido: BACIGALUPO, *Principios*, p. 412, según el cual en los delitos improprios de omisión debía añadirse el conocimiento de las condiciones que fundamentan la posición de garante; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *La omisión*, p. 429. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en diversas ocasiones ha puesto de manifiesto que en los delitos de omisión el autor no tiene verdadera voluntad de realización del comportamiento producido y que precisamente por ello la característica básica del dolo en el delito de omisión es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente (STS de 11-12-98, 02-02-02 y 19-04-02).

⁹⁵⁴ Véase al respecto, entre otros, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 844; ORTS BERENGUER, *Derecho penal*, p. 484; DÍAZ PALOS, *Malversación*, p. 821; MIR PUIG, C., *Malversación*, p. 78.

⁹⁵⁵ Cfr. STS de 24-02-95, 25-05-95, 31-01-96 y 15-03-96.

⁹⁵⁶ “La lectura y confrontación de los artículos 394 (actual 432) y 396 (actual 433) del CP evidencia que dichos preceptos contemplan dos figuras diferentes y perfectamente diferenciables, el primero regula la conducta “apropiatoria” del autor, que tiene intención de apoderamiento definitivo de los caudales públicos convirtiendo en propio lo ajeno, presidiendo su actuar por un *animus rem sibi habendi*, mientras que el segundo considera un comportamiento de simple <distracción>, por cuanto el funcionario aplica los caudales puestos a su cargo a usos propios o ajenos sin <ánimo de lucro> (en el sentido propio de esta última expresión de apropiación definitiva), sino con intención de simple <uso> (análogo al hurto de uso que se contemplan en otros supuestos”. (STS de 23-11-93). En este mismo sentido: STS de 15-03-96, 08-11-96 y 13-05-97.

beneficencia⁹⁵⁷. Por otro lado, la concepción *económica*, que concibe el ánimo de lucro de manera objetiva o subjetiva: el concepto económico objetivo identifica el lucro con el *animus rem sibi habendi*, es decir, como inherente a la conducta apropiatoria; ya para la concepción económica-subjetiva el lucro es concebido como el propósito de obtenerse un provecho o ventaja económica examinado desde el punto de vista del agente.

La doctrina dominante rechaza la concepción amplia de ánimo de lucro, bajo el argumento decisivo de que no permite distinguir entre el delito de hurto y el delito de daños. Empero, se divide a la hora de entender el concepto económico.

Los partidarios de la concepción *subjetiva* argumentan que de aceptarse una interpretación objetiva, el ánimo de lucro se reduciría a un elemento decorativo, incapaz de expresar por sí mismo consecuencias dogmáticas, lo que no puede ser aceptado, pues ello refuerza en términos de legalidad estricta lo que no es sino consecuencia lógica de la estructura del capítulo. Por lo tanto, hay que atribuírsele significado al ánimo de lucro que trascienda al dolo o al ánimo de simple apoderamiento, es decir, se debe “objetivar el lucro y concebirse el ánimo como elemento delimitador de la propia tipicidad, que excluiría del radio de acción del peculado apropiatorio los supuestos en los que el agente actúa sin pretensión de enriquecimiento”⁹⁵⁸. En definitiva, para la concepción subjetiva el ánimo de lucro y voluntad de apropiación en tanto puedan coexistir como darse por separado⁹⁵⁹, son cosas distintas⁹⁶⁰.

⁹⁵⁷ A favor de tal postura se manifestaba el Tribunal Supremo, estimando que “el ánimo de lucro no se reduce al deseo de buscar provecho económico, pues también lo constituye cualquier ventaja, satisfacción o goce, que se pretenda obtener de la cosa ajena” (STS de 18-05-94 y 31-01-96). En la doctrina, adhiere tal entendimiento MUÑOZ CUESTA, *Malversación*, p. 1571 y 1573, según el cual por ánimo de lucro hay que entender “cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad, incluida la meramente contemplativa o de ulterior beneficencia”, pudiendo incluso consistir “en el ahorro que genera en el patrimonio del sujeto el uso de los bienes públicos”; OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 294, defiende que hay que optar por un concepto amplio de ánimo de lucro, dado que al confundirlo con el ánimo de apropiación “es incongruente con la actual estructura del Código penal que incluye como elemento subjetivo del tipo el ánimo de lucro en delito donde sólo hay ánimo de uso y no ánimo de apropiación (como el art. 434)”. Referido autor, pese a defender la concepción amplia de ánimo de lucro, entiende que mismo en la conducta de hacerse pago configurará el delito de malversación, pues por ella se lesiona el adecuado régimen de los bienes puestos a su cargo, consiguiendo el sujeto “el lucro al obtener beneficio o utilidad acudiendo a vías inadecuadas para realizar su derecho de crédito”; GONZÁLEZ PÉREZ, *Corrupción*, p. 130.

⁹⁵⁸ MORALES GARCIA, *Malversación*, p. 275.

⁹⁵⁹ SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 865: “El ánimo de lucro puede concurrir – y fundirse por ello – con la voluntad de apropiación, pero ésta no lo requiere. En nuestro Derecho la voluntad de apropiación es necesaria, pero también suficiente”.

⁹⁶⁰ Son a favor de que el ánimo de lucro debe ser concebido como “el propósito de obtener un provecho económico contemplado desde el punto de vista del agente”: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 250-251: “el ánimo de lucro no es identificable con la voluntad apropiatoria, puesto que, es perfectamente posible

Ya el sector que secunda el criterio objetivo sostiene que la inclusión del ánimo de lucro no despliega mayores consecuencias que el beneficio derivado de la apropiación misma. Se identifica, por tanto, con el *animus rem sibi habendi*, no exigiendo necesariamente enriquecimiento. En esta línea, observa FEIJOO SÁNCHEZ⁹⁶¹ que aunque formalmente la referencia típica a un especial *animus* sea novedosa, la jurisprudencia y la doctrina venían haciendo referencia al ánimo de lucro para definir la acción de sustraer y, sobre todo, para diferenciar la conducta tipificada en el art. 432 del Código penal de la tipificada en la actualidad en el art. 433 del Código penal (anterior art. 396)⁹⁶².

que, alguien (acreedor) se quiera apropiar de los caudales (por importe no superior a la deuda) para hacerse pago con ello. En tal ejemplo, no se puede decir que el sujeto obrara con ánimo de lucro y, en cambio, tampoco se puede dudar, de que su conducta es apropiatoria y definitiva”; MIR PUIG, C., *Delitos*, 294, para quien no basta el <animus rem sibi habendi> sino que se exige además el propósito de beneficio económico, o sea, “el ánimo de lucro entendido como propósito de beneficio evaluable económicamente, o intención de lograr una ventaja patrimonial; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 198: “y ello por dos motivos. primero, si en el artículo 432 se castiga la sustracción de caudales públicos con ánimo de lucro, habiendo sido aportado este requisito *ex novo*, ello quiere decir, *contrario sensu*, que el legislador de 1995 no admitió la posibilidad de una apropiación o sustracción sin ánimo de lucro, que quiso dejar impune. Y segundo, el artículo 434 exige también la concurrencia del ánimo de lucro en el autor, y dicho precepto no configura una conducta de apropiación, sino de uso”; MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1968, para quienes “al ánimo de apropiación definitiva habrá de sumarse ahora, además, la finalidad de obtención de un beneficio directo del objeto de la sustracción que habrá de ser, en todo caso, económicamente evaluable”; CRESPO BARQUERO, *Comentarios*, p. 1720, para quien “la introducción del ánimo de lucro como elemento esencial de la malversación *recorta el margen de protección penal*, circunscribiéndola a los casos en que el mal ejercicio de la función pública vaya acompañado de un propósito de enriquecimiento”.

⁹⁶¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Consideraciones*, p. 1687. Por eso, al comentar el art. 433 CP, *Comentarios*, p. 1154, referido autor subraya que “este precepto tipifica el destino de caudales o efectos a usos ajenos a la función pública sin ánimo de lucro”, es decir, “el ánimo de lucro del artículo 432 hay que entenderlo como *animus rem sibi habendi*, mientras que este artículo 433 se caracteriza por la presencia de un simple *animus utendi*”.

⁹⁶² En la doctrina, son partidarios de tal concepción: SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal*, p. 799, para quien en principio este ánimo se deduce de la propia sustracción, que supone el deseo de incorporar los bienes al patrimonio propio o de tercero”; GÓMEZ GUILLAMÓN, *Código penal*, p. 822: ‘el ánimo de lucro que se recoge en el párrafo 1º se identifica, como en los restantes delitos de apropiación, con el <animus rem sibi habendi>, que no exige necesariamente enriquecimiento, sino, como la jurisprudencia viene señalando desde antiguo, que es suficiente que el autor haya querido tener los objetos bajo su personal dominio”; DE LA MATA, *Malversación*, p. 451, para quien “la 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”; ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p.69, según el cual el ánimo de lucro “ya se encuentra implícito en el ánimo de apropiación con carácter definitivo; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4064, para quien “en cuanto a si el ánimo de uso está incluido o no en el del ánimo de lucro, además de las cuestiones relativas al concepto debe tenerse en cuenta que el artículo 433 especialmente se refiere al <uso>, por lo que ha de concluirse que el ánimo de lucro del art. 432 no abarca las conductas de uso que serán englobadas por la figura contenida en el art. 433”; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, p. 227, para quien “sabido es que ánimo de lucro equivale a ánimo de apropiarse de la cosa”; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 195: “aparentemente la exigencia de este elemento subjetivo adicional no produce efectos sobre el ámbito de tipicidad de esta figura, pudiéndose identificar o integrar en el ánimo de apropiación definitiva, es decir, en el dolo típico”; DE LA MATA, *Malversación*, p. 451, según el cual la inclusión del ánimo de lucro no parece aportar nada que no exija ya el dolo típico, debiendo, pues, ser reinterpretado en el sentido de apropiación, como 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

El lucro ha de ser *directo*, es decir, debe de estar conectado a la posesión de la cosa la cual es objeto material del delito y no del incremento que supone para el patrimonio del agente. Además, debe de tener un *sentido económico*, o sea, con valor de tráfico. La consecuencia, según la perspectiva subjetiva, es que conductas como de apropiación del objeto material con propósito de destrucción, ánimo de dañar, de causar un perjuicio a la causa pública o de supuestos en que el funcionario sustrae o consiente que otro sustraiga – cantidad igual o inferior - con la intención de hacerse pago de créditos contra la Administración, no son susceptibles de ser calificadas como malversación⁹⁶³. Con todo, lo fundamental son los móviles inmediatos que han inducido al agente a tomar la cosa, con independencia de los fines ulteriores que se proponga⁹⁶⁴.

Y a pesar de que en la ley no consta expresamente el requisito del ánimo de lucro en el art. 433 CP la doctrina que sostiene la trascendencia de dicho elemento específico entiende que no hay por qué no exigirlo también en el referido precepto⁹⁶⁵, además de

la apropiación misma”; ORTS BERENGUER, *Comentarios*, p. 1855, quien, tras cuestionarse respecto de la suficiencia del *animus rem sibi habendi* o si en cambio se requiere un ánimo genérico de enriquecimiento, opta por la primera solución; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 671, según el cual la semiexcusa absoluta del art. 433, II, CP hace suponer que para el Código penal el ánimo de lucro de una voluntad de apropiación, de modos que pasados los diez días sin el reintegro, se habrá concluido que existía ánimo de lucro”; ALONSO PÉREZ, *Malversación*, p. 251. Tal entendimiento fue sufragado asimismo por el Tribunal Supremo en algunas oportunidades, como por ejemplo en la Sentencia de 10-03-00 en la cual afirma que “el ánimo de lucro se identifica con el *animus rem sibi habendi*, lo que supone el tener la cosa para sí”.

⁹⁶³ En este sentido: RODRÍGUEZ LÓPEZ y SOBRINO MARTÍNEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 323, según los cuales “el ánimo de dañar excluye el ánimo de lucro”; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 671-672, para quien la punición del funcionario que destruye los caudales públicos vendría por la vía de los delitos de daños, incendios o incluso de estragos con la circunstancia agravante genérica de prevalimiento del carácter público del artículo 22.7ª CP; ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos*, p. 44, según el cual “no se caracteriza (la malversación) porque el sujeto no actúe con ánimo de lucro, sino porque al mismo sujeto se le suma el <*animus damnandi*>, lo que permite entender, en base al principio de especialidad, que el sujeto sólo comete un delito de daños”. Ahora bien, como ha puesto de manifiesto MUÑOZ CUESTA, *Malversación impropia*, p. 02, el ánimo de dañar excluye el ánimo de lucro, pero diferente cuestión es la relativa a cuando el funcionario ya ha sustraído los caudales o efectos públicos y los ha incorporado efectivamente a su patrimonio procede a destruirlos por las razones que estime oportunas. En este supuesto es evidente que habiendo concurrido ánimo de lucro previamente a la sustracción, el delito de malversación ya se ha consumado y la destrucción de los bienes no es más que el agotamiento del delito, el que queda fuera del ámbito penal; ROLDAN BARBERO, *Malversación*, p. 22, para quien, dado que el ánimo de lucro se configura como un elemento subjetivo del tipo, excluye ahora del tipo penal conductas como aquellas en que el funcionario se apropia de determinada cantidad, pero sólo lo hace para hacerse pago de algo debido por la Administración.

⁹⁶⁴ En este sentido: PÉREZ MANZANO, *Compendio*, 357, el ánimo de lucro “existe tanto cuando se entrega el objeto o dona a un tercero, como cuando se toma la cosa para hacerse pago de una deuda, porque como sostiene la jurisprudencia (STS 29- 01-90) <para disponer de la cosa es menester ingresarla en el propio patrimonio>”.

⁹⁶⁵ En este sentido: VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Código penal*, p. 579: “en este caso la ley no requiere de modo expreso el ánimo de lucro que, sin embargo se puede presumir en la acción del agente”; ORTS BERENGUER, *Comentarios*, p. 1859; MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 275: “debe entenderse que el

hacer severas críticas a su inclusión en el ámbito de los delitos de malversación⁹⁶⁶. Sin embargo, para aquellos⁹⁶⁷ que así piensan, no hay necesidad de que el ánimo de lucro sea efectivamente alcanzado por el sujeto activo, siendo suficiente que actúe animado con tal propósito.

El Tribunal Supremo, en algunas oportunidades, afirmó que el ánimo de lucro se identifica con el *animus rem sibi habendi*⁹⁶⁸. Con todo, la jurisprudencia del Alto Tribunal secunda el criterio *amplio*, estimando que el ánimo de lucro ha de ser interpretado conforme a la jurisprudencia reiterada para otros delitos patrimoniales (hurtos, robos, apropiaciones indebidas, estafas) como *animus lucri faciendi gratia*, es decir, considerándolo como propósito de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja, siendo indiferente que el ánimo de lucro sea propio o ajeno, esto es, que se actúe con propósito de obtener beneficio para sí mismo o para un tercero⁹⁶⁹: Para el Alto Tribunal, asimismo, es indiferente que el móvil o causa última sea la mera liberalidad, la pura beneficencia o el ánimo contemplativo, por cuanto las finalidades últimas que pretendía con su acción son ajenas en este supuesto al derecho penal⁹⁷⁰.

Lo que no nos parece aceptable es defender que en la conducta apropiatoria el ánimo de lucro despliega consecuencias más allá del dolo de apropiación y en la

ánimo de lucro, en cuanto obtención de ventajas patrimoniales o directamente relacionadas con la clase a la que pertenezca el objeto material - puede no ser económicamente evaluable - es igualmente requisito imprescindible del artículo 433 CP. Si la desviación de poder del funcionario público o autoridad sólo satisface las exigencias del artículo 433 CP cuando ésta se verifica sobre fines privados, el dolo abarca ya tanto la expropiación - impropia - cuanto el deseo de obtener rendimiento económico de la gestión desleal". En sentido contrario: ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 197, según el cual "el ánimo de lucro exigido como elemento del tipo en el artículo 432 (...) no tiene lugar en el uso temporal de fondos públicos".

⁹⁶⁶ Según POLAINO NAVARRETE, *Malversación*, p. 406, la expresión literal de la ley es "absurda" y puede dar pie a interpretaciones no ajustadas al fin de la norma ni a las exigencias de justicia que deben inspirar la misma, teniendo en vista que "el tipo legal requiere como elemento típico esencial la concurrencia de una característica subjetiva de índole finalista que no pertenezca al autor sino a un tercero, quien no es inculpa como partícipe necesario y cuya connivencia no se exige para la concreción del tipo, quedando su conducta fuera de esta hipótesis delictiva". Ya ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 201, califica como "un desatino" la inclusión del ánimo de lucro en la regulación de la malversación, pues, a su modo de ver, aparte de la enorme reducción del ámbito de injusto que ello implica, sistemáticamente no tiene ningún sentido extenderlo también al ámbito de la malversación impropia.

⁹⁶⁷ En el mismo sentido: ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 199; POLAINO NAVARRETE, *Malversación*, p. 407. En sentido contrario: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 252, para quien "siempre que el delito se consume, se habrá efectivamente logrado el mismo", puesto que "la consecución efectiva del lucro se encuentra ligada a la propia consumación delictiva".

⁹⁶⁸ En este sentido las STS de 19-10-98 y 10-03-00.

⁹⁶⁹ Cfr. STS de 21-01-02 y 21-07-05.

⁹⁷⁰ STS de 24-11-03 y 21-07-2005.

distractora, en cambio, el provecho es inmanente a la voluntad de uso⁹⁷¹, pues dogmáticamente no se encuentra explicación para ello. A mi juicio, una interpretación sistemática lleva a identificar el ánimo de lucro al propósito de incorporar definitivamente el objeto al propio patrimonio. Es decir, como aquella tendencia subjetiva del autor dirigida a la obtención de una ventaja patrimonial derivada directamente de la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico⁹⁷². En efecto, en los delitos contra el patrimonio el ánimo de lucro viene siendo identificado con el propósito de apropiación y no como elemento que despliega función distinta (ventaja patrimonial desgarrada de la incorporación). Tal entendimiento es corroborado por el hecho de que en el art. 244 CP el legislador, para excluir el ánimo de lucro en la conducta de apoderamiento, hizo constar expresamente que la sustracción del vehículo debe operarse “sin ánimo de apropiación”. En consecuencia, éste es un delito en el que no existe ánimo de lucro en sentido propio y para cuya concurrencia basta que el sujeto quiera sustraer temporalmente el vehículo o ciclomotor⁹⁷³. Los que piensan de forma distinta deberían explicar, entonces, porqué sólo en la malversación el ánimo de lucro ejerce una función más allá del propósito de apropiación, como algo distinto de la ventaja económica que la apropiación en sí misma proporciona. Además, razonando de esa manera se reduciría considerablemente el ámbito de protección de los tipos de malversación, cuando da igual lo que haga el sujeto con la cosa después de la sustracción: si la destruye, si la vende, si la guarda o la dona a otra persona con fin humanitario.

⁹⁷¹ En este sentido se manifiesta, por ejemplo, ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 242: “Lo que sucede en el peculado de uso es que el ánimo de lucro funciona de modo distinto a como lo hace en la malversación por apropiación. En la conducta de distracción el ánimo de lucro no constituye una finalidad trascendente a la acción, sino que se da en ella, fundiéndose cronológica y sustancialmente con el dolo o voluntad de uso. La realización de la conducta típica comporta ya de suyo la obtención de un lucro. No sucede como en la apropiación, en que puede existir un ánimo de apropiación sin ánimo de lucro. En la distracción el ánimo de lucro va unido a la voluntad del sujeto de usar los caudales”.

⁹⁷² Cfr. PÉREZ MANZANO, *Compendio*, p.356. Mencionada autora añade que este elemento subjetivo (ánimo de lucro) es común a todos los delitos de apoderamiento e incluye, por tanto, sólo la intención de obtener la ventaja económica, pero no derivada del uso del objeto, sino de su apropiación definitiva; Para ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos*, p.45-46, bajo la legislación derogada, “la única interpretación plausible del ánimo de lucro que implique exigencias y cumpla roles razonables de cara al art. 514 CP (actual 234) es , pues, habida cuenta además a sensu contrario, la referencia a <sin ánimo de haberlo como propio> del art. 516 bis CP (actual 244), la que identifica (en los delitos de apropiación : hurto, robo y apropiación indebida) ánimo de lucro con ánimo de apropiación”. BAJO FERNÁNDEZ; *Compendio*, 356, para quien es necesario que la ventaja derive directamente de la incorporación definitiva de la cosa al propio patrimonio y falta el ánimo de lucro cuando se sustituye un objeto por su valor aunque se pueda apreciar la existencia de la parte objetiva del tipo de hurto; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios*, p. 1.108, quien defiende que el lucro “no debe identificarse con provecho económico, sino con la satisfacción que el autor del delito persiguiera alcanzar, que puede ir desde la venta de la cosa a donarla como limosna”; BAJO FERNÁNDEZ y LOZANO MIRALLES, *La realización*, p. 147: “en atención a nuestro Derecho positivo, el lucro ha de definirse como la <la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico”.

⁹⁷³ PÉREZ MANZANO, *Compendio*, p. 429.

Ahora bien, aceptando la conclusión de que el art. 432 CP cuando habla de ánimo de lucro se refiere a conductas de apropiación y, como el art. 433 CP no hace referencia sobre a lo que se refiere al ánimo de uso, ¿cómo entender el ánimo de lucro en el artículo 434? ¿Eso significa que este precepto también se refiere a conductas de apropiación? Según LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁹⁷⁴, seguramente nadie aceptaría esta conclusión pues una aplicación privada indica una conducta de uso. Así, el mencionado autor llega a la solución de que aunque el ánimo de lucro no abarca el ánimo de uso, “su mención no es necesariamente determinante, pues, puede existir un ánimo de uso que conlleve un lucro”. Es decir, el artículo 434 se refiere al uso indebido de bienes muebles e inmuebles de titularidad pública, cuando el sujeto activo actúa con ánimo de lucro propio o ajeno, aunque sin ánimo de apropiación. La razón, con todo, parece estar con la doctrina mayoritaria, que estima que en el seno del art. 434 CP el ánimo de lucro ha de estar referido y concretado a los beneficios que comporta el uso transitorio de la cosa, es decir, como designio de enriquecimiento, de obtener una ventaja patrimonial para sí o para tercero⁹⁷⁵.

En este sentido es comprensible que resulte sorprendente para los que sostienen que el ánimo de lucro no es identificable con el propósito apropiatorio que la finalidad de ánimo de lucro en el art. 432 CP sea exigida incluso en la conducta del tercero. Pero, de

⁹⁷⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4104.

⁹⁷⁵ En este sentido, entre otros: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La malversación por aplicación privada*, p. 101, quien enfatiza que el ánimo de lucro en el art. 434 es un elemento perturbador para la interpretación sistemática de las figuras de malversación”; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal*, p. 677, quien, tras identificar el ánimo de lucro en la malversación propia con la voluntad de apropiación, declara, al comentar el art. 434 CP, que “si la conducta típica es la utilización indebida, pues no es otra cosa que la aplicación indebida del bien, el ánimo de lucro, sí tendrá que ser aquí la obtención de una ventaja económica de cualquier clase (p. ej., no tener que comprarse un vehículo propio)”; MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *comentarios*, p. 1975, quienes comprenden el ánimo de lucro en el art. 434 CP como una “obtención de cualquier clase de ventaja económica, directamente, a través de la utilización continua de los bienes”; ORTS BÉRENGUER, *Comentarios*, p. 1859, para quien “sería factible interpretar de manera diferente el ánimo de lucro en cada uno de los repetidos artículos: en el 432 como indicativo del *animus rem sibi habendi*, en el 434 como equivalente a la intención de obtener otra clase de ventajas económicas; ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos*, p. 104, subraya que el ánimo de lucro debe ser entendido como sinónimo de apropiación en el delito de hurto y en el hurto de uso “se le entiende entonces como el propósito de obtener cualquier tipo de provecho, utilidad o ventaja”. OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 298, defiende que el ánimo de lucro en el seno del art. 434 CP debe ser entendido como “algún tipo de utilidad o beneficio” exactamente por el hecho de que esta nueva modalidad de malversación es un ejemplo de la distinción entre dicho ánimo y el *animus rem sibi habendi*; MIR PUIG, C., *Delitos*, p. 320, según el cual el ánimo de lucro en el art. 434 CP debe ser “entendido como propósito de obtener ventajas económicas de la cosa”; FERRÉ OLIVÉ, *Corrupción*, p. 23: “como peculiaridad hay que entender en este precepto el ánimo de lucro como ánimo de obtener cualquier ventaja económica, no como ánimo apropiatorio (utilización continua de los bienes), dado que el funcionario corrupto no quiere apropiarse sino simplemente utilizar los bienes.

acuerdo con la posición aquí compartida, será suficiente que el dolo del funcionario omitente abarque la voluntad apropiatoria del *extraneus*, puesto que el ánimo de lucro no es otra cosa sino eso.

Por fin, hay que entender que también se hace necesario el ánimo de lucro en los supuestos del art. 435 CP, dado la remisión a las anteriores modalidades de malversación. Como en la malversación impropia es posible que el propio dueño del bien pueda ser nombrado depositario, no se configuraría tal delito en el caso de que el ánimo de lucro fuese entendido como elemento diferenciado del ánimo de apropiación⁹⁷⁶.

11.3. Conclusiones provisionales

La malversación sólo es punible a título de dolo, que según la doctrina mayoritaria consiste en conocer y querer los elementos objetivos del tipo. Con todo, en la línea del sector minoritario, hay que revalorar el elemento intelectual del dolo y relativizar el elemento volitivo: éste debe agotarse en querer realizar una determinada acción o omisión, de manera que la imputación subjetiva dependa sólo si el autor tiene o no información suficiente sobre la lesividad de su comportamiento.

La intención debe ser rechazada en la omisión puesto que la dirección final efectiva además de no ser esencial ni siquiera es posible en ella. Y como no son propias de la omisión ni la causalidad ni la finalidad humana, no hace falta que el garante se haya representado la posibilidad de salvación para la configuración del dolo en la comisión por omisión.

La inclusión del ánimo de lucro en el art. 432 CP no despliega mayores consecuencias que el beneficio derivado de la apropiación misma, esto es, se identifica con

⁹⁷⁶ Como visto arriba, el Tribunal Supremo secunda el criterio *amplio*, entendiendo que por ánimo de lucro debe comprenderse cualquier utilidad o provecho, incluso de índole no patrimonial, que pueda recibir el propio autor del delito o un tercero. En relación con la malversación impropia, en la Sentencia 121/2007, de 14-02-2007 (RJ 2007/1605), entendió el Alto Tribunal que tanto en la malversación propia como en la impropia el verbo nuclear es la sustracción o consentimiento que un tercero sustraiga, “teniendo ambos un ánimo de lucro”. Con todo, en la Sentencia 79/2007, de 07-02-2007 (RJ 2007/1814), había estimado por la “irrelevancia de la falta de ánimo de lucro en quien consiente” al afirmar que “la acción típica de sustraer exige la concurrencia del ánimo de lucro en el sujeto activo de la conducta depredatoria. La acción típica de consentir la sustracción por un tercero requiere el ánimo de lucro de éste, no del que consiente, de manera que en este caso, el elemento subjetivo del injusto se satisface respecto al consentidor del ilícito apoderamiento con el conocimiento del hecho y la libre decisión de tolerarlo”.

el *animus rem sibi habendi*, no exigiendo necesariamente enriquecimiento a la configuración del delito. Ya en el seno del art. 434 CP el ánimo de lucro ha de estar referido y concretado a los beneficios que comporta el uso transitorio de la cosa, es decir, como designio de obtener una ventaja patrimonial para sí o para tercero, ya que es una modalidad de uso y no apropiatoria.

12. La malversación omisiva

Atendiendo a las demandas de un sector de la doctrina, el legislador del Código penal de 1995 introdujo en el art. 11 una cláusula que regula la comisión por omisión, a fin de colmar las exigencias del principio de legalidad⁹⁷⁷. Rechazó, por lo tanto, el sistema de incriminación específica o de *numerus clasus* en cada tipo penal, optando por instituir una cláusula genérica que fija los criterios que configuran a la misma. O sea, con carácter de excepción y a través de una cláusula de extensión de la pena, se determina *ex lege* las omisiones punibles, cifradas en la vulneración de un compromiso adquirido de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos que afectan una esfera jurídica ajena, aunque no es el sujeto omitente quien ejecute el riesgo al bien jurídico.

El art. 11 CP exige que la no-evitación del resultado deba responder a la infracción de un especial deber jurídico del autor, que excluye los deberes jurídicos generales de actuar, los cuales no permiten la imputación del resultado a título de comisión por omisión. Efectivamente, a menos que haga ley disponiéndolo, la omisión no es punible sin la posición de garante⁹⁷⁸, es decir, sólo puede ser penada si se presenta un deber especial de evitar el resultado (situaciones de solidaridad intensificada por la concurrencia de deberes cualificados). La posición de garantía es, en los delitos de resultado, requisito necesario de la equiparación de la omisión con la comisión activa: se le hace responsable en comisión por omisión simplemente a quien no impide la producción de tal resultado⁹⁷⁹.

⁹⁷⁷ Para un sector de la doctrina, con todo, la introducción de una cláusula como la del art. 11 CP acabará teniendo en España efectos ampliatorios de la responsabilidad penal en comisión por omisión, cumpliendo en nuestro Derecho la función contraria a la que siempre se asignó a tales cláusulas legales en otros países. En este sentido: SILVA SÁNCHEZ, *Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión*, p. 167; el mismo, *La regulación de la "comisión por omisión"*, p. 593, en que pone de manifiesto que "los únicos supuestos de comisión por omisión son, precisamente, los que resultan inscribibles en los tipos de la Parte Especial por ser <estructuralmente idénticos> (naturalmente en el plano normativo de las estructuras de imputación) a los supuestos de realización activa de los mismos".

⁹⁷⁸ ROXIN, *La teoría del delito*, p. 548.

⁹⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aspectos de la comisión por omisión*, p. 369; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 298: "los delitos de *omisión impropia* (omisión referida a resultado y comisión por

Con ello se restringe el círculo de autores a quienes tienen el deber jurídico de intervenir en razón de una especial relación previa establecida con el bien jurídico.

Ahora bien, la infracción de un especial deber jurídico especial será condición necesaria pero no suficiente de la equivalencia. Es *communis opinio* que en los delitos de omisión impropia se trata de la cuestión de la <equiparación>: se trata de establecer criterios que determinan las condiciones que permiten establecer cuándo no evitar el resultado equivale a la producción activa del mismo⁹⁸⁰. De acuerdo con la <cláusula de correspondencia> la posición de garante significa que sólo puede haber una omisión de impedir el resultado equivalente a la acción de causarlo cuando el agente no cumple un deber jurídico de cierta intensidad. De cualquier suerte, la infracción de un especial deber jurídico no implica de per se la equivalencia en el sentido de la ley. Ello, como pone de relieve la doctrina especializada, será condición necesaria, pero no suficiente, para la entrada en juego de una comisión por omisión⁹⁸¹. Es preciso, además, que por medio de una operación valorativa se concluya que de la posición de garante se corresponda con las

omisión) encuentran su simetría en los delitos de resultado material en el ámbito de la acción positiva, eso sí, con la importante *particularidad* de que en la omisión no existe causación física”. En contra: ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho penal*, p. 576, según los cuales lo decisivo no es la producción de un resultado material, sino la equiparación a la conducta que viola la norma prohibitiva

⁹⁸⁰ En este sentido SILVA SÁNCHEZ, *Aspectos de la comisión por omisión*, p. 376; el mismo, *La regulación de la “comisión por omisión”*, p. 598, según el cual “sólo concurren los presupuestos de la <equivalencia según el sentido del texto de la ley> cuándo se ha asumido de un modo efectivo el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos determinados”. La Sentencia del Tribunal Supremo de 24-10-90 declara que “esta equivalencia, que tiene carácter esencial para la configuración de una comisión por omisión, o un delito impropio de omisión, se debe apreciar cuando la omisión se corresponde valorativamente con el hecho positivo y posee un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo. En los delitos de resultado dicha equivalencia no ofrece dificultades, pues no se requiere, por regla, una acción de cualidades específicas, siendo suficiente con la aptitud causal del comportamiento”. Una opinión minoritaria, con todo, pone en entredicho el punto de partida tradicional según el cual el omitente debe ser concebido con base a los criterios existentes para el autor activo. Se trata de las <teorías negativas de la acción>, en las cuales se ha planteado la cuestión de la posición de garante como un elemento común de los delitos activos y omisivos, relativizando considerablemente la distinción entre delitos de comisión y omisión. En este sentido es la tesis de HERZBERG, *El delito*, p. 197, para quien no hay un delito comisivo sin el correspondiente delito omisivo, o en sus palabras, “en el delito doloso comisivo consumado se realiza conjuntamente *sin excepción* el correspondiente delito de omisión impropia”.

⁹⁸¹ En este sentido: VIVES ANTÓN, *Comentarios*, p. 86: “el especial deber jurídico no hace pues sino delimitar el ámbito en que puede aparecer la equivalencia material, a la que ha de añadirse la textual o lingüística para que pueda aplicarse el precepto”; SILVA SÁNCHEZ, *Comentarios*, p. 460-464, para quien sólo concurren sus presupuestos cuando se ha asumido de un modo efectivo el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos determinados. “La combinación de este compromiso con su posterior incumplimiento hace surgir un *dominio del riesgo típico* normativamente idéntico al que se obtiene por la vía del movimiento corporal que pone en marcha un curso causal. Sólo así se produce una efectiva injerencia en la esfera de organización ajena que justifica la imputación del resultado lesivo”; el mismo, *Clases de omisiones*, p. 407; GIMBERNAT ORDEIG, *Distinción*, p. 60: “por mucha posición de garantía que tenga el omitente no existirá comisión por omisión si la inactividad de ese garante no es equiparable a la producción del resultado mediante un comportamiento positivo; CONDE PUMPIDO-FERREIRO, *El delito de omisión*, p. 319.

modalidades de la conducta típica activa. Equivalencia que debe ser resuelta conforme a pautas normativas (de sentido) y no desde la perspectiva naturalística, pues lo importante es si se realiza significativamente el tipo en el nivel de las estructuras normativas. En definitiva, serán necesarios dos juicios: un centrado en la infracción del deber y el otro, adicional, en la concreta equivalencia según el sentido del texto de la ley, cuya idea se convierte en criterio rector de todo el art. 11 CP⁹⁸².

Pues bien. Rechazada la <solución causal> y la <tesis de la identidad> (desde el punto de vista causal no es lo mismo causar que no impedir) el problema fue reemplazado al ámbito de la antijuridicidad. Así, según la teoría <formal de las fuentes de deber>, la equivalencia entre impedir el resultado y causarlo proviene de la ley, contrato o injerencia. Criticada por ser demasiado <estrecha>, la teoría formal, con todo, tuvo que ser ampliada para posibilitar soluciones adecuadas al sentido de justicia. La solución encontrada fue la <posición de garante ante el orden jurídico>: el omitente debe ocupar una posición de protección y vigilancia de un bien jurídico contra todos los ataques que pueda sufrir, cualquiera que sea el origen o fuente de peligro. Los fundamentos de la posición de garante, según la teoría de las funciones de ARMIN KAUFMANN⁹⁸³, deben ser determinados de acuerdo con puntos de vistas materiales, distinguiéndose entre deberes de garante que desarrollan una función de protección para un bien jurídico determinado (deberes de custodia) y aquellos otros que obligan al garante a la supervisión o vigilancia de una fuente de peligro (deberes de aseguramiento o de dominio).

Aunque una teoría de las funciones, más moderna, ordena los deberes de garante de acuerdo con su contenido⁹⁸⁴, el art. 11 del Código Penal español adoptó el modelo de la teoría funcional de la posición de garante, ya que establece como primer requisito el deber jurídico de evitar el resultado, agregando que tal infracción debe ser equivalente <según el sentido de la ley>. Sin embargo, en el párrafo segundo estipula las fuentes de

⁹⁸² En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 23-10-96: “Esta equivalencia, como lo venía destacando la jurisprudencia y ahora lo establece el art. 11 CP, depende de dos criterios: por un lado, el omitente debe ocupar una posición de garante, consistente en el desempeño de función de protección de un bien jurídico frente a los peligros que pueden acecharlo o en el cuidado de una fuente de peligros. Por otro lado, como lo señala el texto del actual art. 11 CP, recogiendo algo que ya se había puesto de manifiesto en la Jurisprudencia (p. ej., cuando se negaba que el delito de prevaricación pudiera ser cometido por omisión), la omisión debe ser “equivalente, según el sentido del texto de la ley, a su acusación”, es decir, debe tener un contenido de ilicitud similar a la realización activa del tipo”.

⁹⁸³ ARMIN KAUFMANN, *Delitos de omisión*, p. 279 y ss.

⁹⁸⁴ JAKOBS, *Derecho penal*, p. 969.

deber de acuerdo con la teoría formal (ley, contrato y hecho anterior). Este problema hermenéutico, según BACIGALUPO⁹⁸⁵, pierde gran parte de sus dificultades “si se tiene en cuenta que actualmente la interpretación del modelo legislativo de la teoría de las fuentes formales del deber ha conducido a resultados idénticos”. En consecuencia, la imputación de un delito activo fundada en la omisión de evitar el resultado del mismo dependerá de los siguientes elementos: a) la producción de un resultado.; b) la calificación del autor (en supuestos de delitos especiales y de infracción de deber); c) la capacidad del omitente de realizar la acción: se trata sólo de que el autor podría haber llevado a cabo la acción salvadora con sólo querer realizarla⁹⁸⁶; d) La causalidad hipotética de la acción omitida respecto de la evitación del resultado, por la cual se exige la comprobación de que si el autor hubiera realizado la acción el resultado no se habría producido con una probabilidad rayana en la certeza⁹⁸⁷.

En el ámbito del art. 432 CP la omisión está legalmente determinada, puesto que el propio legislador anticipó la posibilidad del injusto realizarse mediante omisión

⁹⁸⁵ BACIGALUPO, *Principios*, p. 402-404.

⁹⁸⁶ JAKOBS, *Derecho penal*, p. 956; JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 664. El Tribunal Supremo declara la existencia de capacidad de acción en aquellos supuestos en los que existe, al menos, la posibilidad de realizar un intento serio de cumplir con el deber, de manera que cuando no se comprueba el menor esfuerzo en ese sentido la omisión será típica. (STS de 23-04-92 y 22-07-92). En la Sentencia de 04-10-93 el Alto Tribunal declara que la capacidad de acción “sólo falta cuando el omitente carecía completamente de conciencia de las circunstancias que generan su deber de actuar o cuando les es totalmente imposible realizar el movimiento corporal requerido”.

⁹⁸⁷ En este sentido: BACIGALUPO, *Principios*, p. 403; SILVA SÁNCHEZ, *La regulación de la “comisión por omisión”*, p. 580, quien afirma que en la comisión por omisión “sólo es factible hablar de una causalidad en sentido jurídico”; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *La omisión*, p. 398. En la jurisprudencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12-06-92 declara tajantemente que “en los delitos de omisión sólo cabe requerir una causalidad hipotética, es decir, la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una seguridad rayana en la probabilidad”. Según PEÑARANDA RAMOS, *Problemas*, p. 938, esta fórmula presenta los mismos inconvenientes en el plano de la comisión por omisión que en el de la comisión activa, donde tampoco puede ser aplicada sin excepciones, sino a riesgo de incurrir en graves errores de enjuiciamiento. Así, a juicio del referido autor, “lo que se debe exigir, más bien, es que la omisión del sujeto (o dicho en otros términos, la no realización de la conducta debida) se incluya entre los factores que explican la producción del resultado”. GIMBERNAT ORDEIG, *El delito de omisión impropia*, p. 540, objeta que fórmula de la <probabilidad rayana en la certeza> no pasa de ser un recurso retórico, pues si para la imputación del resultado en los delitos de acción no basta una probabilidad, sino que, por el contrario, se exige seguridad, entonces no se comprende cómo una omisión en la que bastarían sólo probabilidades por muy altas que éstas se quieran establecer. Referido autor tampoco está de acuerdo con la <teoría de la disminución del riesgo>, defendida principalmente por RUDOLPHI y STRATENWERTH, ya que ella “lesiona el principio in dubio pro reo y convierte los delitos de resultado en delitos de peligro”. Según GIMBERNAT, “únicamente existe una comisión por omisión dolosa cuando el encargado de vigilar un foco de peligro preexistente, mediante la ausencia de una medida de precaución que le incumbe, lo desestabiliza intencionalmente condicionando dicho foco *con toda seguridad* el resultado típico”. Pero, como pone de manifiesto JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 657, “en la omisión no es imaginable algo que supere a un juicio de probabilidad en la evitación del resultado, y la idea de <la probabilidad rayana en la seguridad> presenta el más alto grado de certeza que puede alcanzarse por el conocimiento humano en los juicios hipotéticos”.

(equiparación entre la acción de sustraer caudales públicos y tolerar que otros los sustraigan). De acuerdo con un sector de la doctrina, esta forma de tipificar la omisión podía tener justificación en el Código derogado, pero carece de razón de ser en el actual que contiene la previsión del artículo 11. O sea, se trataría de una omisión impropia expresamente tipificada⁹⁸⁸ en la cual, de todos modos, ha de cumplirse con lo establecido en la cláusula general de los delitos de comisión por omisión: la inactividad (consentimiento) no fundamenta por sí sola la comisión por omisión, sino que hay que verificar si además ella equivale o no, en el sentido de la ley, a la causación del resultado⁹⁸⁹. Con todo, hay que dar la razón al sector de la doctrina que ve en el art. 432 un ejemplo prototípico de una expresa equiparación de omisión a la modalidad comisiva, sin necesidad de recurrir a cláusula del art. 11 CP⁹⁹⁰. Actuar y omitir constituyen un ídem normativo, se equivalen expresamente. En palabras de JAKOBS⁹⁹¹, “la omisión es una modalidad delictiva con la medida y género de injusto de la modalidad de acción”, razón por la cual el art. 11 CP resulta desplazado por la regulación específica de la Parte Especial. La *voluntas legis* es evitar que gran parte de las conductas que se verifican en la práctica queden sometidas a las reglas generales de la participación, con un régimen

⁹⁸⁸ En este sentido: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 432; FERRÉ OLIVÉ, *Corrupción*, p. 21, para quien “se trata de un delito de comisión por omisión expresamente tipificado, en el que el papel del funcionario como garante de los bienes que gestiona lo coloca en una peculiar situación”; CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 224-225; SUÁREZ MONTES, *Malversación*, p. 850; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 182-183; ENTRENA FABRÉ, *Malversación*, p. 69; JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 666.

⁹⁸⁹ En este sentido: SILVA SÁNCHEZ, *La regulación de la “comisión por omisión”*, p. 599, según el cual “el art. 11 no sólo es aplicable en los casos en los que el término omisión (u otros con el mismo sentido) no aparece mencionado explícitamente como forma de realización típica del correspondiente precepto de la Parte Especial (o de las formas de participación e imperfecta realización conectadas con el mismo). Además, debe aplicarse como criterio rector de la interpretación de los preceptos que sí prevén la modalidad omisiva de realización típica (por ej. “consintiere”: art. 432), pues también es éstos la sanción requiere la constatación explícita de una <identidad estructural y material en el plano normativo> entre la modalidad omisiva concreta con la modalidad de comisión activa”. Para esta dirección doctrinal lo decisivo para distinguir a las omisiones impropias de las propias no sería el punto de vista formal (si la conducta está o no expresamente descrita por la ley) sino el material, en lo cual la línea divisoria se establece entre la omisión del garante (impropia) y la del no garante (propia), independientemente de si el comportamiento pasivo del garante está o no expresamente tipificado por la ley. GIMBERNAT ORDEIG, *Distinción*, p. 75-76, defiende el < criterio ecléctico >, que trata de recoger lo que de válido tienen cada uno de los criterios formal y material, de manera que a las omisiones impropias expresamente tipificadas, “como el legislador ha descrito explícitamente sus características, no les es aplicable el art. 11, y su estudio es objeto, en consecuencia, no de la Parte General, sino únicamente de la Especial”.

⁹⁹⁰ En este sentido: KAUFMANN, *Delitos de omisión*, p. 319, según el cual “sólo cabe calificar de <impropia> esta infracción de mandato de garante en la medida en que no está tipificada por la ley”; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, p. 300, según el cual se trata de una omisión referida a resultado con equivalencia comisiva legalmente determinada; VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, *Delitos*, p. 404, para quien “la equiparación punitiva a que se someten ambas formas comisivas invita a considerar, efectivamente, que el legislador tiene en mente una realización omisiva estructural y materialmente idéntica a la comisiva, pues de lo contrario asistiríamos a una contravención de la exigencia – de justicia material y teleológico-valorativa – de que los delitos activos reciban una mayor punición que los de omisión pura”.

punitivo más favorable. Pero, desde la óptica de los delitos de infracción de deber la equivalencia entre el actuar y el omitir es explicable bajo la perspectiva de la peculiar posición de garante que ocupa el sujeto cualificado: se trata de penalizar una lesión de la solidaridad cualificada o más intensa. Efectivamente, al funcionario competente, que se encuentra en una relación especial de sometimiento (deber de solidaridad cualificada o de mayor intensidad que los de mera solidaridad general), le corresponde un deber de evitación que le impone no sólo omitir los propios ataques al patrimonio público sino que se extiende también a combatir los peligros a dicho bien jurídico.

Ya en los artículos 433 y 434 el legislador no estableció expresamente la omisión semejante a la comisión, razón por la cual el intérprete tiene que hacer un esfuerzo exegético para determinar si el simple hecho del funcionario competente permanecer inmóvil corresponde con la realización del tipo legal por medio de una acción. Como se ha visto, la problemática fundamental de los delitos impropios de omisión consiste en establecer cuándo no evitar el resultado es punible, pues equivale a la producción activa del mismo. La doctrina especializada, en general, suele omitir esta cuestión cuando tratan de las presentes modalidades. En cuanto al art. 433 CP, los autores que han abordado el problema entienden posible la apreciación omisiva en tal figura típica, cuando el funcionario omitente (garante del adecuado uso de los bienes que le son confiados) posibilita con la omisión la utilización por terceros de los caudales o efectos que se encuentran bajo su custodia⁹⁹². Incluso con relación a la modalidad delictiva del art. 434 CP, aunque alguien piense de forma distinta⁹⁹³, la posición mayoritaria se inclina por la

⁹⁹¹ JAKOBS, *Derecho penal*, p. 944.

⁹⁹² En este sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 322-323, según el cual “la configuración de la conducta típica en torno al verbo <destinare>, parece querer indicar que el sujeto no haya de ser él mismo quien necesariamente realice el uso de forma efectiva, sino que se puede decir igualmente que ha <destinado> el bien a un uso distinto del asignado, quien ha <permitido> tal utilización ajena a la función pública; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*(2), p 979: “los usos a los que se apliquen los caudales o efectos públicos pueden ser propios o ajenos, pero en todo caso diferentes a los de la función pública, con lo que también se incluye en este tipo la conducta del funcionario que consiente que un extraño utilice los efectos públicos aunque a diferencia de lo que sucede en el art. 432 no se mencione expresamente la conducta omisiva”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, p. 252-256; OLIVEROS ROSELLÓ, *Malversación*, p. 282-283, para quien “habría que interpretar la expresión <destinare>, en el sentido de entender incluida en la misma la modalidad de conducta omisiva, pues destinar implica alterar su régimen de uso público respecto del que el funcionario está en posición de garante, debiendo evitar el uso ajeno a la función pública por el particular; MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1962-1963, para quienes “no parecen existir excesivos problemas para la subsunción de estos supuestos a través del peculado de distracción (433) aplicando los criterios de atribución omisiva perfilados en el art. 11 CP, pues el funcionario público que tiene los caudales o efectos a su disposición por razón de sus funciones, queda obligado (...) a garantizar su utilización dentro del marco presupuestario”.

⁹⁹³ En este sentido: CASTRO MORENO, *Malversación*, p. 323, según el cual el verbo empleado en el artículo 434 CP (<aplicare>) parece exigir que el sujeto utilice él, personalmente, el caudal o efecto; LÓPEZ

posibilidad de haber la comisión por omisión, en virtud de que el funcionario también aquí es garante por exigírsele una relación específica con el objeto material y ser dicho precepto un delito de resultado⁹⁹⁴.

Para rechazar la posibilidad de comisión por omisión se podría pensar que el tenor literal de los artículos 433 (destinar) y 434 (aplicar) excluiría la realización de la modalidad omisiva. Sucede que los verbos típicos de los preceptos de la Parte Especial del CP no deben entenderse como verbos descriptivos de procesos físicos de causación (quedando por ello vedados en principio la omisión, en la que falta un movimiento corporal causal) sino con un significado *adscriptivo* (de atribución de responsabilidad). Por tanto, con tales expresiones (destinar y aplicar) se pretende, ante todo, significar al funcionario encargado de la custodia de los caudales a quien se le pueda *adscribir* como propio el proceso de producción del resultado. O sea, las conductas de riesgo para el patrimonio público podrían adquirir una configuración doble: por un lado, la de creación por medio de un movimiento corporal (de causalidad eficiente) de este riesgo (comisión activa); por otro, la de asunción del compromiso material de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos que amenazan una esfera jurídica ajena, unida a la vulneración del compromiso adquirido⁹⁹⁵.

Una vez resuelto el problema normológico en sentido afirmativo, esto es, afirmada la posibilidad lógica de encuadrar algunas omisiones en los arts. 433 y 434 del CP, se plantea a continuación si los aspectos dogmático-estructural y valorativo autorizan que una versión omisiva equivalga con la descripción de la acción. Se trata de delimitar los

BARJA DE QUIROGA, *Código penal*, p. 4104-4107, por estimar que en el art. 434 CP estamos frente a supuestos de funcionarios no garantes, ya que no se exige del funcionario una relación concreta con los bienes; MORALES GARCÍA, *Malversación*, p. 287-288, para quien debe quedar impune la conducta del *intraeus* que induce a un no cualificado doloso para que utilice con fines privados un bien mueble o inmueble de titularidad pública, lo que halaría su razón de ser en el dato de que los únicos comportamientos que pueden perjudicar la eficacia y eficiencia en la persecución del interés general – ratio de la disciplina penal de la malversación – serían los perpetrados directamente por los gestores del patrimonio público, cuando no actúan <conforme a la dinámica constitucional de los poderes públicos>.

⁹⁹⁴Es la opinión de ETEXEBARRÍA ZARRABEITIA, *Malversación*, p. 201, “el artículo 434 puede permitir la incriminación de la conducta permisiva del funcionario”; ROCA AGAPITO, *Malversación*, 274, al admitir que cabe la comisión por omisión en esta modalidad debido a las mismas razones de la modalidad distractora; MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, *Comentarios*, p. 1257, según los cuales es posible que alguno de los supuestos de participación del *intraeus* se resolviera mediante el recurso al expediente de la autoría por comisión por omisión; MIR PUIG, C., *Delitos*, p.321: “cabe la autoría, en comisión por omisión del funcionario público, si se dan los requisitos legales del art. 11 CP”.

⁹⁹⁵SILVA SÁNCHEZ, *La regulación de la “comisión por omisión”*, p. 590.

casos en los cuales realmente se puede afirmar una auténtica igualdad en el plano de lo normativo (y no simplemente una mera correspondencia o equivalencia aproximada).

La equivalencia no es operativa en todos los tipos penales sino más bien en los que estén formulados de manera que el verbo rector admita en las conductas que lo cumplen tanto las activas como las omisivas. La expresión <consistan> en la producción de un resultado del art. 11 del CP convida al intérprete excluir los delitos que radiquen en algo más que un resultado, esto es, que no se hallen circunscritos a formas de actuación positiva, lo que se suele denominar delitos de medios determinados. Como ha llamado la atención SILVA SÁNCHEZ⁹⁹⁶, resulta muy difícil – sino imposible – que una omisión pueda mostrarse equivalente según el sentido del texto de la ley – esto es, en nuestra terminología, normativamente idéntica - con un delito de medios determinados o bien con un delito de mera actividad⁹⁹⁷.

Los arts. 433 y 434 no son delitos de medios determinados. En razón de ello también se podría estimar que la comisión por omisión es una vía adecuada para atribuir responsabilidad penal a aquellos funcionarios que en el ejercicio de una concreta situación de competencia específica (que los obliga a controlar todos los factores de peligro derivados de la misma) no eviten el hecho delictivo por parte de los *intraanei*.

Ocurre que el art. 11 reduce el ámbito de la comisión por omisión a la esfera de los delitos o faltas <que consistan en la producción de un resultado>. Sobre el término <resultado>, un sector estima que partiendo de que en principio en ningún delito de comisión cabe excluir la posibilidad de una comisión por omisión, el mismo debe entenderse en un sentido jurídico o amplio (lesión o puesta en peligro), comprensivo de los

⁹⁹⁶ SILVA SÁNCHEZ, *La regulación de la “comisión por omisión”*, p. 605-606; el mismo, *Clases de omisiones*, p. 439-440.

⁹⁹⁷ En el mismo sentido: VIVES ANTÓN, *Comentarios*, p. 85: “cuando el tipo consiste en la realización de determinadas acciones, son éstas las que han de realizarse para poder apreciarlo, sin que entonces tenga virtualidad la fórmula genérica”. En sentido contrario: JESCHECK-WEIGEND, *Tratado*, p. 678, según los cuales en las infracciones penales comisivas en los que la producción del resultado debe acontecer de una forma y manera determinada la no evitación sólo puede corresponderse con el hacer positivo “si el resultado se realiza aproximadamente como exige el tipo o de una forma que pueda equiparse valorativamente”; JAKOBS, *Derecho penal*, p. 955, para quien “en estos delitos vinculados a determinado comportamiento, la complementación con una versión omisiva debe llevarse a cabo también en correspondencia con la descripción en la acción”.

delitos de mera actividad y peligro abstracto⁹⁹⁸. La razón, con todo, parece estar con quienes excluyen la interpretación en clave jurídica, pues si el juicio de equivalencia del art. 11 se realiza entre una <no evitación> (del resultado) y su <causación>, todo parece abonar una restricción del ámbito del precepto a los delitos de *resultado material*⁹⁹⁹, los cuales, eso sí, pueden aparecer como delitos de peligro (concreto) o de lesión. En efecto, la ley penal castiga siempre y únicamente lesiones efectivas de bienes jurídicos o su puesta en peligro. Y el peligro es también un resultado en cuanto que consiste en la producción de una situación de riesgo¹⁰⁰⁰.

Así, como el art. 433 del CP no presupone un resultado típico sino que se agota con la realización de una simple actividad (aplicar), la conclusión no puede ser otra sino de que dicho delito no puede ser cometido mediante omisión. En efecto, el advenimiento del resultado típico pertenece al momento consumativo del delito de omisión impropia y si el tipo no lo exige no cabe la imputación a tal título, por más que el bien jurídico amenazado le está confiado directamente al funcionario competente y su integridad depende de él

⁹⁹⁸ En este sentido: GIMBERNAT ORDEIG, *La omisión impropia*, p. 404, según el cual el art. 11.1 es plenamente aplicable a los delitos de peligro y de actividad, porque éstos también tienen un <resultado>, y lo único que quiere decir ese precepto con su referencia expresa al <resultado> “es que quedan excluidos de la omisión impropia los hechos punibles que no consisten en la mera acusación de un resultado, sino que exigen una *determinada forma activa de comisión*, tal como sucede en la prevaricación, donde la lesión del bien jurídico <correcto ejercicio de la función pública> ha de causarse precisamente mediante la acción positiva de <dictar una resolución>, y tal como sucede en la <violación> de <acceso carnal vaginal> del art. 179, donde la lesión de la libertad sexual se produce a través del movimiento corporal de la penetración”; Para JAKOBS, *Derecho penal*, p. 951, también en los delitos de mera actividad se da resultado, siempre que – como ocurre por lo general – la actividad se describa como intervención activa sobre un objeto (conducir *un automóvil*); la intervención cabe separarla, como resultado, de la acción.

⁹⁹⁹ El ámbito de proyección de la fórmula genérica de la comisión por omisión viene delimitada por los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado, que según la posición mayoritaria debe interpretarse como *resultado material* de lesión o de peligro. En este sentido: SILVA SÁNCHEZ, *Comentarios*, p. 482, el mismo, *La regulación de la “comisión por omisión”*, p. 605; MORALES PRATS, *Comentarios*, p. 93; VIVES ANTÓN, *Comentarios*, p. 85, según el cual “allí donde el tipo consista en una acusación, en el sentido natural del término, podrá, no obstante, cometerse por omisión, si concurren los demás requisitos del precepto”; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *El delito de omisión*, p. 310, quien, al referirse a las características de la omisión impropia señala: “en cuanto al resultado, consistir en una mutación del mundo exterior: la lesión o peligro para un bien jurídico”. En sentido contrario: GIMBERNAT ORDEIG, *Distinción*, p. 43, para quien no existen delitos sin resultados, aunque sí que existen delitos sin lesión.

¹⁰⁰⁰ GIMBERNAT ORDEIG, *La omisión impropia*, p. 315-316, quien observa que “tradicionalmente, a los delitos de lesión, por contraposición a los de peligro, se les llama también de resultado. Pero esta denominación es poco rigurosa, porque los delitos de peligro también tienen un resultado, a saber: el peligro. Es más preciso llamar delitos de lesión (y no de resultado) a aquellos en los que se daña efectivamente el bien jurídico protegido y de peligro a aquellos otros en los que sólo se crea un riesgo para dicho bien”. En sentido contrario: BACIGALUPO, *Principios*, p. 392, para quien los delitos impropios de omisión requieren evitar la producción de un resultado, esto es, “son la contrapartida de los delitos de comisión de resultado de lesión”.

personalmente. Es la estructura de dicho delito, pues, que impide que por medio de una inactividad el sujeto activo realice la conducta equivalente a de un hacer positivo.

Contrariamente, el art. 434 exige que deba sobrevenir un resultado en el sentido de un efecto externo diferenciable espacio-temporalmente, cual sea <el grave perjuicio a la causa pública>. De manera que el acaecimiento de dicho resultado típico frente al deber de garante *equivale* a un hacer positivo si el funcionario competente no lo evita, pues resulta verdaderamente indiferente para el bien jurídico que su vulneración tenga lugar de una u otra manera. Al no impedir el resultado el funcionario competente infringe el deber especial de custodiar el patrimonio público, que constituye la columna vertebral del tipo penal del art. 434. La idea básica es que el sujeto activo está llamado de un modo especial a la protección del objeto del bien jurídico puesto en peligro y que se puede confiar en su intervención activa. La consumación se producirá cuando la realización de la acción debida se torna objetivamente innecesaria, esto es, en el momento en el que ya no es condición para evitar la lesión del bien jurídico¹⁰⁰¹.

En resumen, en los delitos de omisión impropia se trata de la cuestión de la <equiparación>: se trata de establecer criterios que determinan las condiciones que permiten establecer cuándo no evitar el resultado *equivale* a la producción activa del mismo. Para ello serán necesarios dos juicios: un centrado en la infracción del deber y el otro, adicional, en la concreta equivalencia según el sentido del texto de la ley, cuya idea se convierte en criterio rector de todo el art. 11 CP.

El término <resultado> del art. 11 CP es restricto a los delitos de *resultado material*, los cuales pueden aparecer como delitos de peligro (concreto) o de lesión. Así, como el art. 433 del CP se agota con la realización de una simple actividad (aplicar), no puede ser cometido mediante omisión. Diferentemente, el art. 434 exige que sobrevenga un resultado en el sentido de un efecto externo diferenciable espacio-temporalmente, cual sea <el grave perjuicio a la causa pública>, razón por la cual el acaecimiento de dicho resultado típico frente al deber de garante *equivale* a un hacer positivo si el funcionario competente pudiendo no lo evita. Ya en el ámbito del art. 432 CP la omisión está

¹⁰⁰¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *La omisión*, p. 440.

legalmente determinada, esto es, actuar y omitir constituyen un *ídem* normativo, se equivalen expresamente. Sin necesidad, por tanto, de recurrir a cláusula del art. 11 CP.

13. Conclusiones

I – Los delitos de funcionarios son delitos de infracción de deber, dado que los funcionarios del Estado detentan deberes especiales que no posee todo el ciudadano. Son deberes positivos de cuidado y fomento basados en una solidaridad estatal. Así, el fundamento del injusto en la malversación y peculado no se encuentra en el básico *neminem laedere* sino en la posición de garante que los funcionarios detienen en relación con el bien jurídico: en la malversación no basta que prevalezca la función pública, es menester que el sujeto infrinja un específico deber de custodia - deber de garante - con relación a los caudales o efectos que le son confiados. Existe, por tanto, una relación funcional entre el funcionario y el bien jurídico protegido por la cual se le exige del funcionario una <dedicación> de proteger dicho bien jurídico. Y ello porque los funcionarios son quienes mueven el engranaje administrativo y por lo tanto quienes ostentan lo que en Derecho penal se suele denominar <ámbito de dominio del bien jurídico>, ya que de su actuación <desde dentro> depende la preservación o el perjuicio de ese bien jurídico.

II – En el presente trabajo se comparte de la tesis de los delitos de infracción de deber, inicialmente desarrollado por ROXIN. En tal categoría de delitos lo único decisivo a efectos de caracterizar la autoría es que el sujeto infrinja su deber específico, resultando indiferente la mayor o menor entidad de la aportación que lleve a cabo materialmente. Siempre que un funcionario quebranta su deber responde como autor. Pero, desde una perspectiva material, el fundamento de la definición de un delito como infracción de deber no reside en los deberes extrapenales, sino más bien en los deberes especiales de solidaridad en beneficio de otro ámbito de organización (en nuestro caso la Administración Pública), como ha puesto en tela de juicio FEIJOO SÁNCHEZ. Tales deberes especiales o más intensos de solidaridad que exceden el *neminem laedere* están definidos de forma positiva y generan una vinculación positiva institucionalizada. Ahora bien, los delitos de infracción de deber no se diferencian los delitos de dominio porque protejan deberes y no bienes jurídicos; sucede que en tal categoría los bienes jurídicos son protegidos por normas penales con un fundamento normativo distinto.

Con relación al partícipe no cualificado, su punibilidad debe realizarse según el delito principal, esto es, *sin la ruptura del título de imputación*. Sin embargo, la aplicación de una pena atenuada es lógica, pues de lo contrario resultaría igual participar en un delito de infracción de deber que en un delito común (de dominio). Así lo estima correctamente el Tribunal Supremo, quien, basado en el principio de proporcionalidad y a través de la aplicación analógica del art. 65 CP, viene amenizando la responsabilidad del *extraneus*, por entenderla excesivamente grave en estos supuestos, puesto que es un imperativo de aquel principio que la individualización de la pena debe adecuarse a la gravedad de lo ilícito y de la culpabilidad y, esta última, como es comúnmente admitido, es menor cuanto menor es la entidad del ilícito.

III – Asimismo se comparte el pensamiento de la doctrina que defiende una concepción dualista del bien jurídico, dado que la modernización del Derecho penal en el sentido de su adaptación a la evolución y al cambio de la sociedad exige el reconocimiento de los bienes jurídicos universales por la política criminal. Así, dentro de los bienes jurídicos protegidos son individuales aquellos que sirven a los intereses de una persona o de un determinado grupo de personas; ya aquellos que sirven a los intereses de muchas personas – de la generalidad – se les puede denominar de *bienes jurídicos colectivos o universales*.

IV – Con carácter general lo que se busca proteger con la tipicidad de los delitos contra la Administración Pública es su correcto funcionamiento, finalidad cuya concreción debe realizarse a la hora de ocuparse individualizadamente de los distintos delitos contra la Administración a través del bien jurídico específico. La protección del correcto funcionamiento de la Administración por el Derecho penal se justifica porque es una función básica y permanente del Estado. De cualquier suerte, aunque sólo la reiteración o la frecuencia de determinados actos es lo que conduce a una perversión importante de las funciones que la Administración debe cumplir, hay que rechazar, con base en el principio de la responsabilidad personal, los denominados <delitos cumulativos>, puesto que una fundamentación del injusto en esta línea no significaría otra cosa que una sanción *ex iniuria terti*, dependiente de hipotéticos comportamientos de terceros que puede que nunca se lleguen a dar. Las estructuras cumulativas constituyen más bien un método de

imputación estadístico y por ello un proceso ilegítimo de <administrativización> del Derecho penal.

V - El bien jurídico específico protegido en la malversación española es el patrimonio público. Su contenido es netamente patrimonial, cualificado por la condición del sujeto activo y la naturaleza pública del objeto material. Esto ya ha quedado bien aclarado tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, entre otros aspectos, por el cambio de rúbrica del Título (ahora “De los delitos contra la Administración pública”) y con la despenalización de las conductas de malversación imprudente, aplicación pública de caudales a diferentes destino (art. 397 del antiguo CP) y de retención indebida de fondos (art. 398 del anterior CP), que encuentran mejor definición en el Derecho administrativo sancionador. Pero la referencia al patrimonio público como bien jurídico no nos permite explicar la totalidad del injusto en los delitos de malversación. Para ello es preciso además que el funcionario infrinja los deberes propios de su cargo, ya que se trata de un sujeto que tiene el especial deber de preservar el patrimonio público (deber positivo que excede el *neminem laedere*) para que cumpla sus funciones públicas.

Asimismo con relación a los dos primeros supuestos de la *malversación impropia* se puede afirmar que es la Administración, o más concretamente el patrimonio público, lo que se busca proteger, dado el carácter público del objeto material. La excepción es el supuesto del n.º 3 del artículo 435 CP, en el cual el objeto de protección son las expectativas de terceros a realizar el derecho que reclaman, pues en ello se encuentra la razón de ser del embargo, como medida cautelar que es. Por eso, la doctrina ha señalado con razón que este precepto rompe la unidad sistemática que ha conseguido este Capítulo VII en relación con la regulación anterior, porque no tiene en cuenta a la Administración pública como objeto de protección.

Ya en el ordenamiento jurídico brasileño el bien jurídico protegido por el delito de peculado es pluriofensivo: se protege tanto el patrimonio público como el deber de fidelidad del funcionario para con la Administración y para con la propia sociedad. Y ello básicamente porque, a diferencia de la legislación española, la legislación brasileña protege tanto el patrimonio público como privado y establece la modalidad imprudente de peculado. Ahora bien, se debe dar siempre preeminencia en el caso concreto a la dimensión

patrimonial, de cara a excluir la tipicidad de las conductas de exigua lesividad (apropiaciones o desvíos de escasa significación).

VI - La posibilidad de consentimiento en los delitos de funcionarios no puede ser ignorada sin más: depende de un análisis del correspondiente tipo en particular, sobre todo en relación con aquellas figuras contra la colectividad cuyas consecuencias afectan igualmente a personas individuales. Sin embargo y siguiendo el pensamiento de AMELUNG, es posible afirmar que el consentimiento del ofendido no es viable en la malversación o peculado, dado que la protección penal especial de la malversación o peculado en ninguna hipótesis se justifica exclusivamente en su trascendencia para la protección de intereses individuales.

VII – El concepto de patrimonio que mayor seguridad jurídica ofrece es el mixto o *jurídico-económico*, el cual abarca sólo aquellos bienes patrimoniales que tienen valor económico y que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica. El perjuicio, así, es concebido como una disminución patrimonial no compensada económicamente y de forma contable, no estando presente cuando simplemente se merma la utilidad objetiva como sostiene la concepción funcional del patrimonio.

VIII - En cuanto a los requisitos para la condición de funcionario, en primer lugar cabe destacar la necesidad de una *real participación en el ejercicio de las funciones públicas*, no exigiéndose la efectiva incorporación o adscripción a la organización de la Administración Pública. Y para que el fenómeno de la huida hacia el derecho privado no constituya también la desprotección penal de la actividad estatal, es más aconsejable renunciar al concepto tradicional de funciones públicas, de forma que la cobertura penal pueda alcanzar a fenómenos de actividad materialmente administrativa encubierta bajo formas societarias mercantiles. Ahora bien, es preciso diferenciar las sociedades comerciales y las que gestionan la prestación de servicios públicos en su dimensión de técnica de organización, pues sólo éstas abarcan el personal sujeto a la noción penal de funcionario público. Conjuntamente, es indispensable el título. De modo que *título y participación efectiva* son los elementos constitutivos del concepto penal de funcionario. Uno sin el otro no atribuye la cualidad de funcionario a nadie. El art. 24 Código penal español contiene tres títulos de incorporación: ley, elección y nombramiento, los cuales expresan los orígenes inmediatos de investidura del funcionario.

IX – El objeto material tanto de la malversación como del peculado lo constituyen los *bienes muebles* (con excepción del artículo 434 del Código penal español). El criterio de la *pertenencia* es el que mejor explica el carácter público del objeto material, pero en un ámbito más amplio, que no se circunscribe sólo al derecho de propiedad sino más bien a aquellos caudales o efectos que ingresan en el circuito público y que se encuentran bajo *custodia* de la Administración, es decir, aquellos que son gestionados o administrados por la misma. La pertenencia, pues, comienza desde que haya un *derecho expectante* de la Administración sobre los caudales o efectos, esto es, con la sola *percepción* por parte del funcionario, independientemente del cumplimiento de los trámites y formalidades.

X - La relación que requieren los delitos de malversación y peculado entre el sujeto activo y el objeto material debe ser interpretada en sentido *estricto*. O sea, la expresión <por razón de sus funciones> debe ser entendida como *vinculación* o *competencia específica* de la función que desempeña el funcionario por caer dentro del ámbito de las atribuciones propias del cargo. Esto es lo que da sentido a la contemplación del delito de malversación de forma diferenciada de los delitos patrimoniales clásicos, pues de lo contrario no se podría fundamentar la diferenciación entre la malversación y la apropiación indebida de funcionario público (artículo 438 del Código penal español). A pesar de que el art. 434 del Código penal español no exija expresamente que la tenencia derive de una *competencia específica*, una interpretación sistemática y coherente con los preceptos anteriores conduce al entendimiento de que la no contemplación es fruto de olvido del legislador y, por consiguiente, se encuentra contenida implícitamente.

XI – El término <sustracción> en el art. 432 del Código penal español debe interpretarse como <apropiación>, ya que el funcionario tiene la previa posesión o disponibilidad sobre los caudales>. Ello, sin embargo, teniendo en cuenta que el sujeto no se puede apropiar *jurídicamente* de la cosa, dado que el ordenamiento jurídico declara nula tal conducta, pero sí lo hace <de hecho>.

En el ámbito del art. 432 CP el propio legislador anticipó la posibilidad de que el injusto se pudiera realizar mediante una omisión. Se trata, pues, de un caso prototipo de expresa equiparación entre acción y omisión, en la cual no se incluye el *animus rem sibi*

habendi, dado que el omitente no se apropia de objeto alguno. Y como no son propias de la omisión ni la causalidad ni la finalidad humana, no hace falta que el garante se haya representado la posibilidad de salvación para la configuración del dolo en la omisión impropia. Pero, con relación a la *intención*, debe ser ella rechazada en la omisión, puesto que “la dirección final efectiva no es esencial para la omisión y ni siquiera es posible en ella” (ARMIN KAUFMANN).

Hay consenso de que en los delitos de omisión impropia se trata de la cuestión de la <equiparación>: se trata de establecer criterios que determinan las condiciones que permiten establecer cuándo no evitar el resultado *equivale* a la producción activa del mismo. Ello significa que sólo puede haber una omisión de impedir el resultado equivalente a la acción de causarlo cuando el agente *no cumple un deber jurídico de cierta intensidad*, y además es preciso que por medio de una operación valorativa se concluya que de la posición de garante se *corresponda con las modalidades de la conducta típica activa*. Y los fundamentos de la posición de garante deben ser determinados de acuerdo con puntos de vistas *materiales*. Así, el art. 11 CP exige que la *no evitación* del resultado deba responder a la infracción de un *especial deber jurídico del autor*, que excluye los deberes jurídicos generales de actuar, los cuales no permiten la imputación del resultado a título de comisión por omisión.

XII – A diferencia de la legislación española, la legislación brasileña no castiga el denominado peculado de uso. Los artículos 433 y 434 del Código penal español constituyen excepciones a la regla de que el uso temporal e ilegal de un bien ajeno no debe estar conminado con pena. Esta excepción obedece tanto a la naturaleza pública del objeto como a la condición de garante del sujeto activo. Y más que un simple olvido del legislador, hay que entender que la adjetivación no hacía falta en el art. 433 CP como en ningún precepto de la malversación, dado que su fundamento gravita precisamente en el carácter público del objeto.

XIII – El art. 433 del Código penal español es identificable con la simple *utilización temporal del objeto material*. Y el tenor literal del referido artículo no deja margen de duda de que el precepto abarca ahora sólo los supuestos que *no tengan* correlación con la función pública, esto es, las conductas que consistan en una desviación del destino público a uno privado.

La equiparación punitiva en virtud del reintegro en el artículo 433 CP se asienta en razones *utilitarias*, como un estímulo a la reversión de lo distraído, produciéndose un reenvío penológico al art. 432 CP sin que cambie la naturaleza de la infracción. Y como el precepto se refiere a que “el culpable no reintegrare el *importe* de lo distraído”, es suficiente la devolución de lo *equivalente* económico de la cosa mueble malversada. Ahora bien, el reintegro no se convierte en una atenuación automática de toda malversación cuando queda demostrado el evidente propósito de apropiación definitiva. Tampoco el no reintegro constituye una presunción del propósito de apoderamiento definitivo, por lo que su no concurrencia no modifica la naturaleza de la infracción sino que es simplemente un estímulo de política criminal con vistas a evitar perjuicios definitivos a la Hacienda Pública.

XIV - El artículo 434 del Código penal español es asimismo una modalidad de malversación de uso de los bienes muebles o inmuebles fuera del destino asignado para ellos. Y en cuanto a la exigencia del grave perjuicio a la causa pública, debe ser interpretada en un sentido *funcional*, pues sólo cuando el buen funcionamiento de la Administración se ve quebrantado por la conducta del funcionario es que se infiere un perjuicio que sobresaale al que ella en sí misma conlleva. O sea, la gravedad se verifica por la intensificación de la alteración que sufren los servicios prestados por la Administración, de modo que el daño al ente afectado ha de trascender al servicio prestado por el funcionario malversador.

XV – En lo que se refiere a la delimitación de las figuras típicas, el dolo del agente se erige en el elemento clave para determinar el tipo aplicable: para la configuración del art. 432 del Código penal español es necesaria la constatación del inicial *animus rem sibi habendi*, mientras que en los artículos 433 y 434 se caracteriza porque el autor actúa con un simple *animus utendi*.

Más espinosa, sin embargo, es la tarea para delimitar las conductas típicas de los arts. 433 y 434 del Código penal español. A mi juicio, dos son los criterios distintivos: el primero consiste en la exigencia de que en el art. 434 la aplicación produzca un <grave perjuicio para la causa pública> y el segundo en la exigencia del <ánimo de lucro>. De modo que el artículo 434 será aplicable cuando la desviación tenga finalidad lucrativa y

cause grave perjuicio al cometido <prestacional> de la Administración y, fuera de tales casos, tendrá lugar la aplicación subsidiaria del art. 433. El art. 434, por consiguiente, funcionaría como una especie de tipo agravado en relación con el art. 433. Al argumento de que en ocasiones la conducta virtualmente sin perjuicio (art. 433.II y 432) puede llegar a ser más sancionada de que cuando el mismo se produzca (art.434), hay que objetarle que en tales supuestos el perjuicio es presumido en razón del tiempo transcurrido, y cuando ocurran ambos - el grave perjuicio para la causa pública y el no reintegro – se deberá aplicar el precepto más grave, conforme la regla del art. 74.1 CP español. Evidentemente, sin olvidar que la aplicación privada de inmuebles sigue encontrando cabida únicamente en el art. 434.

XVI – Una interpretación sistemática nos lleva a identificar el ánimo de lucro del artículo 432 del Código penal español con el propósito de apropiación, puesto que en los delitos contra el patrimonio no viene siendo interpretado como elemento que despliegue función distinta (ventaja patrimonial desgajada de la incorporación). Tal entendimiento es corroborado por el hecho de que en el art. 244 CP el legislador, para excluir el ánimo de lucro en la conducta de apoderamiento, hizo constar expresamente que la sustracción del vehículo debe operarse “sin ánimo de apropiación”. En consecuencia, éste es un delito en el que no existe ánimo de lucro en sentido propio y para cuya concurrencia basta que el sujeto quiera sustraer temporalmente el vehículo o ciclomotor. Diversamente, en el seno del art. 434 CP español el ánimo de lucro ha de estar referido y concretado a los beneficios que comporta al uso transitorio de la cosa, es decir, como ánimo de enriquecimiento, de obtener una ventaja patrimonial para sí o para tercero.

Bibliografía*

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*. Barcelona: Atelier, 2003.
- _____. *La protección del futuro y los daños cumulativos*. En “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, Granada, n. 04-08, p. 1:1-1:18, 2002. Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/reCPc>>. Acceso en: 19 out. 2007.
- ALONSO PÉREZ, Francisco. *Malversación*. En “Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo código penal”. Madrid: Dykinson, 2000, p. 249-258.
- _____. *Concepto penal de funcionario público: requisitos*. En “Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo código penal”. Madrid: Dykinson, 2000, p. 34-38.
- AMELUNG, Knut. *El concepto <bien jurídico> en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos*. Traducción de Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno. En “La teoría del bien jurídico” (Ed.: Roland Hefendehl). Madrid: Marcial Pons, 2007, p 227-264.
- ASÚA BATARRITA, Adela. *La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria*. En “Delitos contra la administración pública”. Bilbao: Boan, 1997, p. 13-55.
- _____. *El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones). La teoría de la frustración del fin*. En “Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales”, Tomo XLVI, fascículo I, enero-abril de 1993, Madrid, p. 81-163.
- BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y Participación en delitos de infracción de deber: una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de Derecho penal- parte general*. 4ª ed. Madrid: Akal, 1997.
- _____. *La reforma de los delitos de funcionarios*. En “Estudios sobre la parte especial del derecho penal”. Madrid: Akal Iuri, 1991, p. 347-352.
- _____. *Derecho penal- parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BLECUA FRAGA, Ramón. *Aplicación pública de caudales a diferente destino como delito de malversación*. En “Anuario de Derecho penal y ciencias penales”, 1985, tomo XXXVIII, fascículo III, p. 747-765.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal*. En “Indret Revista para el Análisis del Derecho” n.º 03, Barcelona, Julio de 2008. Disponible en internet: www.indret.com. Acceso en 10/10/2008.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal económico*. Madrid: Areces, 2001.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. ; LOZANO MIRALLES, José. *La realización arbitraria del propio derecho*, p. 141-153.

* Las palabras que aparecen en los títulos subrayadas corresponden a la cita abreviada.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- BATTOCHIO CASOLATO, Roberto Wagner. *A doutrina, a jurisprudência e o art. 327, do código penal*. “Revista Brasileira de Ciências Criminais”, ano 6, n.º 22, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho de 1998, p. 89-104.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traducción: Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Mª Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1988.
- BENÍTEZ MERINO, Luis. *Malversación*. En “Curso de Derecho penal económico”. Dir. por Enrique Bacigalupo Zapater. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 387-394.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: volume 4*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BÖSE, Martín. *Derechos fundamentales y Derecho penal como <derecho coactivo>*. Traducción de María Martín Lorenzo y Margarita Valle Mariscal de Gante. En “La Teoría del Bien Jurídico” (Roland Hefendehl Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 137-146.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal– parte general*. 4ª ed., aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée. Barcelona: PPU, 1994, p. 108-121.
- _____. *Control Social y sistema penal*. Barcelona: PPU, 1987.
- _____. *Los bienes jurídicos colectivos*. En “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense”. Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Madrid: Universidad Complutense, 1986, p. 147-164.
- CALDERÓN CERESO, Ángel; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho penal– parte especial, adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal*. Tomo II. Madrid: Colex, p. 1049-1088.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal – parte especial*. Vol. 3. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1999.
- CASTRO FELICIANO, Antonio. *Estudios y aplicación práctica del Código penal de 1995*. Tomo II, parte especial. Madrid: Colex, 1997, p. 445-467.
- CASTRO MORENO, Abraham.
- _____. *La distinción entre las modalidades de malversación de uso: análisis crítico de los distintos criterios*. En “Actualidad Penal”, Editorial La Ley n. 2, Doctrina-II, 2001, p. 23-46.

- _____. *La malversación de caudales en el código penal de 1995*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.
- _____. *Apropiación indebida por funcionarios y malversación impropia: criterios de delimitación*. En “Revista de Derecho y Proceso Penal”. Navarra: Editorial Arazandi, 2000, p. 23-34.
- CATALÁN SENDER, Jesús. *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo código penal*. Barcelona: Editorial Bayer Hnos, 1999.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *La atenuación de la pena del partícipe en delito especial propio*. En “Actualidad Penal” n.º 8/20, de 26 de febrero de 1995, p. 95-104.
- CLIMENT DURÁN, Carlos. *Código penal con jurisprudencia sistematizada y extractada y legislación complementaria*. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.
- COBO DEL ROSAL, Manuel. *Examen crítico del párrafo 3.º Del artículo 119 del código penal español*. En “RGLJ”, n.º 212, 1962, p. 213-255.
- COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal– parte general*. 4ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 1996.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Conde. *El delito de omisión. Clases. La cláusula del artículo 11. Contestaciones de Derecho penal al programa de judicatura*. 2ª ed., Madrid: Colex, 1999, p. 305-325.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *Direito penal: curso completo*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CRESPO BARQUERO, Pedro. *Código penal de 1995 – comentarios y jurisprudencia*. Granada: Comares, 1999, p.1713-1732.
- _____. *Malversación de caudales públicos*. En “Delitos y Cuestiones Penales en el Ámbito Empresarial”. Manual, VII, Madrid: Garrigues & Andersen, 1997, p. 767-787.
- CUARESMA TERÁN, Sergio. *Malversación de caudales públicos propia e impropia. Comentario a la STS (Sala 2ª) de 9 de julio de 1991*. En “La Ley”, 1992-1, p. 438-443.
- CUERDA RIEZU, Antonio. *Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español*. En “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, Tomo XLV, Fascículo I, Enero-abril de 1992, p. 491-514.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *La participación del funcionario público en delitos comunes y especiales. Autoría y cooperación. Toma de decisiones en órganos colegiados*. En “Delitos contra la Administración Pública”, Bilbao: Boan, 1997, p. 95-115.
- _____. *Los delitos de malversación*. En “Revista Aragonesa de Administración Pública”, n.º 11, 1997, p. 431-461.
- _____. *El concepto de patrimonio y de daño patrimonial en el delito de estafa: el delito de estafa en los países miembros de la UE*. En “Fraude y Corrupción en el Derecho penal

económico Europeo”. Coordinadores: Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, p. 205-230.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.; DE LA MATA BARRANCO, Ignacio. *La figura de la autorización en la lesión de bienes jurídico-penales de carácter supraindividual*. Dogmática y Ley Penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 483-504.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.; ETXEBARRÍA ZARRABETIA, Xavier. *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación, por funcionario, de caudales públicos*. Barcelona: Bosch, 1995.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *El nuevo tratamiento penal de la participación del extraneus en delitos especiales*. Diario “La Ley”, n.º 6297, 18-07-2005, p. 01-15.

DELMANTO, Celso, *et alii*. *Código penal comentado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la administración pública*. En “Fraude y Corrupción en la Administración Pública”. Vol. III. Organizador: Ferré Olivé Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2003, p. 173-191.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*. En “Revista Brasileira de Ciências Criminais”, n.º 33, ano 9, jan.-mar. De 2001, São Paulo: Editora RT, p. 39-65.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel:

_____. *Autoridad y funcionario a efectos penales*. En “Enciclopedia Jurídica Básica”, v. I. Madrid: Civitas, 1995, p. 710-711.

_____. *Cohecho y malversación*. En “Enciclopedia Jurídica Básica”, v. I. Madrid: Civitas, 1995, p. 1089-1092.

_____. *Inducción o autoría mediata en malversación impropia*. En “La Ley”, 1986-4, p. 521-531.

_____. *La malversación por aplicación privada de bienes muebles o inmuebles de organismos públicos (art. 434 CP). Un tipo desafortunado*. “Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos – in memoriam”. VVAA, Vol. II, Dirigido por Luis. A. Zapatero y Ignacio Verdugo Gómez de la Torre. Cuenca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, p. 79-117.

DÍAZ PALOS, Fernando. *Malversación de caudales públicos*. En “Nueva Enciclopedia Jurídica Seix”, T. XV. Barcelona: Seix Barral, 1974, p. 816-824.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *De la seguridad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*. En “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, 2005, numero 07, p. 01:1 – 01:37. Disponible en internet: <http://crimenet.ugr.es/reCPc/07/reCPc07-01.pdf>.

- DRUMMOND, J. de Magalhães. *Comentários ao código penal*. Vol. IX, Arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1944.
- ENTRENA FABRÉ, Rafael. *El delito de malversación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. Marin de. *La atenuación de la pena al partícipe no cualificado en delitos especiales (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1994 y 24 de junio de 1994)*. En “Actualidad Penal”, n.º 2/8, de 14 de enero de 1996, p.19-23.
- ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, Xabier. *Malversación de caudales públicos*. En “Delitos contra la Administración Pública”. Bilbao: Boan, 1997, p. 179-203.
- FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro comentado*. 2ª ed. Volume VII. Rio de Janeiro: Record, 1959.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Corrupção no poder público: peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação*. São Paulo: Atlas, 2002.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Delitos contra la administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas*. En “La Ley”, 1997, n.º 4250 y 4251, p. 1678- 1694.
- _____. *Comentarios al código penal*. VVAA, Dirigido por G. Rodríguez Mourullo. Madrid: Civitas, 1997, p.1148-1160.
- _____. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*. Madrid: Colex, 1997.
- _____. *Bien jurídico y delitos socioeconómicos*.
- _____. *Sobre la <<administrativización>> del Derecho penal en la <<sociedad del riesgo>>: un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI*. En DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (edit.). “Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI”. *Liber amicorum* en homenaje al Profesor Antonio Gonzalez-Cuellar García. Madrid: Editorial Colex, 2006.
- _____. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus, 2007.
- _____. *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. Buenos Aires: IBdeF, 2007.
- _____. *El dolo eventual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- _____. *Límites de la participación criminal. ¿Existe una <<prohibición de regreso>> como límite general del tipo en derecho penal?* En “Imputación Objetiva en Derecho Penal”. Lima: Grijley, 2002, p. 339-437.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Crimes contra a administração – atualização e reforma penal*. En “Revista Brasileira de Ciências Criminais” n.º 32, ano 8, out-dez de 2000, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 55-93.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Corrupción y delitos contra la administración pública*. In “Fraude y Corrupción en la Administración Pública”. Vol. III. Organizador: Ferré Olivé Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2003, p. 13-25.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: Faira Editor, 2004.

- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial, volume II*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal*. Traducción de Ricardo Robles Planas. En “La teoría del bien jurídico” (Roland Hefendehl Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 309-339.
- GAEDE, Karsten; MÜHLBAUER, Tilo. *Informe sobre las discusiones. Segunda sesión. Protección de bienes jurídicos y problemas de imputación*. Traducción de Rafael Alcácer Guirao. In “La teoría del bien jurídico” (Roland Hefendehl Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 425-432.
- GARCIA, Basileu. *Dos crimes contra a administração pública*. In Revista de Direito Administrativo, vol. VIII, Rio de Janeiro: Renovar, abril-junho de 1947, p. 395-415.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*. Barcelona: Bosch, 1999.
- _____. *Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular*. En “InDret – Revista para el Análisis del Derecho”. Disponible en internet: www.indret.com. Acceso en 07.10.2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 7ª ed., Madrid: Civitas, 1995.
- _____. *Democracia, jueces y control de la administración*. 40 ed. Madrid, 1998.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal*. 4ª ed. Madrid: Editorial Universitaria, 2006.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Madrid: Ed. Universidad de Madrid, 1966.
- _____. *Comentarios al código penal*. T. I, VVAA, Dirigido por Manuel Cobo del Rosal. Madrid: Edersa, 1999, p. 409-439.
- _____. *Causalidad, omisión e imprudencia*. En “Revista Brasileira de Ciências Criminais” n.º 17, ano 5, jan.-mar, 1997, São Paulo: Editora RT, p. 32-74.
- _____. *La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)*. En “Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología” n.º 04, año 2, Madrid: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, p. 27-86.
- _____. *La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición*. En “Revista Peruana de Ciencias Penales”, año V, n.º 09, Lima: 1999, p. 311-425.
- _____. *El delito de omisión impropia*. En “Revista de Derecho penal y Criminología”, n.º 04, Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 525-553.
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Derecho penal: parte general*. Madrid, Civitas, 1984.
- GÓMEZ GUILLAMÓN, Rogelio. *Código penal – comentarios y jurisprudencia*. VVAA, 5ª Ed., Colex, Madrid, 2000, p. 820-834.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el código penal de 1995: la prevaricación*. En “Los delitos de los funcionarios públicos en el código penal de 1995”. Cuadernos de Derecho Judicial, t. XXX. Madrid: CGPJ, 1996, p. 11-49.
- GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en derecho penal*. I, “Teoría General”. Zaragoza, 1985.
- GRECO, Luís. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. “Revista Brasileira de Ciências Criminais”, n.º 49, jul.-ago/2004, São Paulo: Editora RT, p. 89-147.
- GÜNTHER, Klaus. *De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿ Un <<cambio de paradigma>> en el derecho penal?* En “La insostenible situación del derecho penal”. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 489-505.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al Derecho penal de hoy*. Traducción de Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- _____. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*. Traducción: Beatriz Spínola Tártalo. In “La teoría del bien jurídico”. Roland Hefendehl (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 95- 104.
- _____. *Fundamentos del derecho penal*. Traducción: Francisco Muñoz Conde y Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch-Casa Editorial, 1984.
- _____. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. Traducción de P. S. Ziffer. In Doctrina penal, año 12, abr.-sep., 1989, p. 275-285.
- HEFENDEHL, Roland. *¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?* En “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, Granada, n. 04-14, p. 1:1-1:13, 2002. Disponible em: <<http://criminet.ugr.es/reCPC>>. Acesso em: 14 mai. 2007.
- _____. *El bien jurídico como eje material de la norma penal*. Traducción: María Martín Lorenzo. In “La teoría del bien jurídico”. Ed.: Roland Hefendehl. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 179-196.
- _____. *De largo aliento: el concepto de bien jurídico - o qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico*. Traducción: Gonzalo Medina Schulz. En “La teoría del bien jurídico” (Roland Hefendehl Ed.). Madrid: Marcial Pons, 459-475.
- HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Roberto. *Malversación*. En *La Ley*, 4004, 1996, p.1451-1455.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en derecho penal*. Granada: Comares, 1996.

- HERZBERG, Rolf Dietrich. *El delito comisivo doloso consumado como un delito cualificado respecto del delito omisivo, imprudente y en tentativa*. Traducción de Teresa Rodríguez Montañes. En “Revista Brasileira de Ciências Criminais”, n.º 52, jan.-fev. 2005, São Paulo: Editora RT, p. 177-202.
- HIRSCH, Andrew von. *El concepto de bien jurídico y el <principio del daño>*. Traducción: Rafael Alcácer Guirao. En “La teoría del bien jurídico”. Roland Hefendehl (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 37-52.
- HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa*. Traducción de Beatriz Spínola Tártalo. En “La teoría del bien jurídico” (Roland Hefendehl Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 285-308.
- HIRSCH, Hans Joachim. *Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha*. Tradução de Luis Greco. “Revista Brasileira de Ciências Criminais”, n.º 58, jan.-fev. de 2006, São Paulo: Editora RT, p. 64-84.
- HORMAZÁBAL MALARARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. Santiago: Editorial Conosur, 1992.
- HÖRNLE, Tatjana. *La protección de sentimientos en el código penal alemán*. Traducción de María Martín Lorenzo. En “La teoría del bien jurídico” (Roland Hefendehl Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 383-399.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- JAVIER RIGGI, Eduardo; ROBLES PLANAS, Ricardo. *El extraño artículo 65.3 del Código penal: un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación*. En “InDret – Revista para el análisis del Derecho”. Disponible en internet: www.indret.com. Acceso en 07.10.2008.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal– parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª ed. Granada: Comares, 2002.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J. *Los organismos autónomos en el derecho público español: tipología y régimen jurídico*. Madrid: INAP, 1997.
- JESÚS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- KAHLO, Michael. *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal*. Traducción de Rafael Alcácer Guirao. En “La teoría del bien jurídico” (Roland Hefendehl Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 53-68.

- KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- KINDHÄUSER, Urs. *Cuestiones fundamentales de la coautoría*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Bogotá-Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- KLITGAARD, Robert. *La corrupción y la promoción de la ética en el servicio público*. In Anti-corrupción artículos. Disponible en Internet: www.respondanet.com. Acceso en 0/07/2007.
- LESCH, Heiko H. *Intervención delictiva y imputación objetiva*. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. En “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, vol 09, fascículo 15, Buenos Aires, mayo de 2003, p. 87-158.
- LIMA CORREIA, Merolino R. de Lima. *Peculato*. “Revista Forense”, vol. 141, ano 49, Rio de Janeiro: Forense, maio-junho de 1952, p. 535-537.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Código penal – doctrina y jurisprudencia*. VVAA, Dirigido por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, t. III. Madrid: Trivium, 1997, p. 4062- 4129.
- _____. *La omisión en la jurisprudencia del tribunal supremo*. En “Dogmática y Ley Penal”. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I. Coordinadores: Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 381-449.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Delitos contra la administración pública*. En “El código penal de 1995 y la voluntad del legislador”. Madrid: Clonas, 1996, p. 176-186.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- LUZÓN CÁNOVAS, Alejandro. *Los caudales de las empresas públicas como posible objeto del delito de malversación*. En “Actualidad Jurídica Arazandi”, año VI, n.º 276, 1997, p. 1-6.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de derecho penal: parte general*. vol. I. Madrid: Universitas, 1996.
- MALEM SEÑA. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2002.
- MANES, Vittorio. *Bien jurídico y reforma de los delitos contra la administración pública*. En “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, Granada, n. 02-01, p. 1:1-1:10, 2000. Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/reCPc>>. Acceso em: 19 out. 2007.
- MANTECA VALDELANDE, Victor. *Falsedades en la administración pública*. En “Actualidad Jurídica Arazandi” núm. 683/2005, Parte Comentario. Pamplona: Arazandi, 2005, p. 01-06.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.
- _____. *Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del <big crunch> y la selección de bienes jurídico-penales*. En “La Política Criminal en Europa”. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dir.) y Victor Gómez Martín (Coord.). Barcelona: Atelier, 2004, p. 91-106.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Editorial Comares, 1997.
- MAZA MARTÍN, José Manuel. *Delito de malversación de caudales públicos por director general de un ente público. Animo de apropiación como elemento esencial de la conducta típica. Error de prohibición*. En “Revista General de Derecho”, año XLIX, n.ºs 580-581, enero-febrero, 1993, p. 121-146.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo*. En “La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto”. Cándido Agra, José Luis Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens (Eds). Barcelona: Atelier, 20003, p. 67-89.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MIR PUIG, Carlos. *De la malversación de caudales públicos: propuesta de una nueva interpretación del artículo 397 del código penal*. En *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, p. 75-89.
- _____. *Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal*. Barcelona: Bosch, 2000.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal– parte general*. 5ª ed. Barcelona: Tecfoto, 1998.
- _____. *Nombramientos ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función*. En “Cuadernos de Derecho Judicial”, 1996, XXX, p.307-333.
- MOCCIA, Sergio. *El Derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teleológica*. Traducción de Antonio Bonanno. Buenos Aires, Editorial BdeF, 2003.
- MORALES GARCÍA, Oscar. *Los delitos de malversación*. Navarra: Aranzadi, 1999.
- _____. *Fondos reservados, revelación de secretos y denegación de auxilio*. En “Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José ramón Casabó Ruiz”. Valencia: Universidad de Valencia - Instituto de Criminología, 1997, p. 429-473.
- MORALES PRATS, Fermín. *Comentarios al nuevo código penal*. VVAA, Dirigido por Gonzalo Quintero Olivares. Pamplona: Arazandi, 2001, p. 91-96.
- MORALES PRATS, Fermín; MORALES GARCÍA, Oscar. *Comentarios al nuevo código penal*. VVAA, Dirigido por Gonzalo Quintero Olivares. Pamplona: Arazandi, 2001, p. 1959-1979.

- MORALES PRATS, Fermín; RODRIGUES PUERTA, M. J. *Comentarios al nuevo Código penal*. VVAA. Gonzalo Quintero Olivares (Dir.). Pamplona: Arazandi, 2001.
- MORRILLAS CUEVA, Lorenzo. *Delitos contra la administración pública (VII). Malversación*. En *Compendio de Derecho penal español – parte especial*. VVAA, Dir. Manuel Cobo del Rosal. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 825-832.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal– parte especial*. 13ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 966-973.
- _____. *Derecho penal (2) – parte especial*. 14ª ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2002, p. 974-981.
- _____. *Introducción al derecho penal*. 2ª ed. Buenos Aires, Editorial BdeF, 2001.
- MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier. *El delito de malversación*. En *La Ley*, n.º 4146, de 17-10-1996-5, p. 1570-1573.
- _____. *Comentarios a la STS de 30 de abril de 1988*. En “La Ley”, 1988-4, p. 313 y ss.
- _____. *Interpretación de la especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento del servicio público en el delito de malversación*. En “Repertorio de Jurisprudencia” núm. 12/2007. Parte Comentario. Pamplona: Editorial Arazandi, 2007.
- _____. *Malversación impropia: depositario que pierde parte de los bienes embargados en incendio, haciendo suya la cantidad recibida por el seguro, no poniéndola a disposición del embargante*. En “Repertorio de Jurisprudencia” núm. 10/2005. Parte Comentario. Pamplona: Editorial Arazandi, 2005.
- MÜSSIG, Bernd. *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del jurídico crítica hacia el sistema*. Traducción de Manuel Canción Meliá y Enrique Peñaranda Ramos. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- NIETO, Alejandro. *Corrupción en la España democrática*. Barcelona: Ariel, 1997.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal, vol. 4*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos*. En “La Ley”, n.º 4139, de 08-10-96, p. 1513-1528.
- _____. *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. En “ADPCP”, I, 1990, p. 05-27.
- OLAIZOLA FUENTES, Inés. *Concepto de funcionario público a efectos penales*. En “Delitos contra la administración pública”. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, p. 77-84.
- 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 del profesor Pérez Vitoria”, T. I. Barcelona: Bosch, 1983, p. 621-674.

- OLIVEIRA LIMA, Rubem de. *Dos crimes contra a administração pública*. “Revista de Informação Legislativa”, ano 15, n.º 58, Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, abril-junho de 1978, p. 237-258.
- OLIVEROS ROSELLÓ, José. *La malversación en el código penal de 1995*. En “Cuadernos de Derecho Judicial”, T. XXX, 1996, p. 257-304.
- ORTS BERENGUER, Enrique. *Derecho penal*– parte especial. VVAA. Valencia: Tirant lo blanch, 1993, p. 480-490.
- _____. *Comentarios al código penal de 1995*. VVAA, Dirigido por Tomás S. Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 1851-1861.
- PAGLIARO, Antonio; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Dos crimes contra a administração pública*. 3ª ed. São Paulo: Perfil, 2006.
- PALAU MAS, Vicente S. *El ánimo de haber la cosa como propia (animus rem sibi habendi) en los robos y hurtos; el simple ánimo de uso (animus utendi) en la utilización ilegítima de vehículo de motor, así como en la malversación impropia de caudales públicos; la ausencia de ánimo de lucro ilícito en la realización arbitraria del propio Derecho; y la falta de alienidad en el llamado furtum possessionis*. En “Revista General de Derecho”, año XLV, n.ºs 538-539, julio-agosto de 1989, p. 4485-4489.
- PAVIA CARDELL. Juan. *Responsabilidad penal del particular por uso indebido de bienes públicos (a propósito de la SAP de Sevilla de 3-3-1995 y de la STS 24-10-1996 en el <caso Guerra> por la utilización de un despacho)*. En “Actualidad Penal”, n.º 21. Madrid: La Ley, 19-25 de mayo de 1997, p. 461-477.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*. Madrid: Tecnos, 1990.
- _____. *Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber*. Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat . Tomo II. Madrid: Edisofer, 2008, p. 1419-1452.
- _____. *Problemas de la responsabilidad por omisión de hechos delictivos cometidos en el marco de la empresa*. En Estudios del Ministerio Fiscal. Cursos de Formación. Num I. Madrid: Ministério de Justicia e Interior, 1995, p. 925-938.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Compendio de Derecho penal – parte especial*. V. II. VVAA, Dirigido por Miguel Bajo Fernández. Madrid: Areces, 1998, p.352-429.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Delitos contra la administración pública. Malversación de caudales públicos*. En “Curso de Derecho penal español - parte especial – II”. Dir. por Manuel Cobo de Rosal. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 401-415.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*. “Cuadernos de Política Criminal”, n.º 39. Madrid: Edersa, 1989, p. 723-748.

- PRITTWITZ, Cornilius. *O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. “Revista Brasileira de Ciências Criminais”, n.º 47, Editora RT, março-abril de 2004, p. 31-45.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Joseph. *El concepto penal de funcionario público*. En “Cuadernos de Política Criminal”, 1985, p. 477-407.
 _____. *Derecho penal español – parte especial*. 3ª ed. Barcelona: Bosch, 1996, p. 665-677.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *-Los delitos especiales y la teoría de la participación*. Barcelona: CYMYS, 1974.
 _____. *Comentarios al nuevo código penal*. VVAA, Dirigido por Gonzalo Quintero Olivares. Pamplona: Arazandi, 2001, p. 293-297 y 1107-1119.
- RAMOS GIL, Rafael. *La Malversación*. En “Cuadernos de la Guardia Civil”, año 16, n.º 15, p. 383-391.
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista Editores, 2004.
- REBOLLO VARGAS, R. *Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, L. II del código penal español (delitos contra la administración pública)*. En el “Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos – in memoriam”. VVAA, Vol. II, Dirigido por Luis. A. Zapatero y Ignacio Verdugo Gómez de la Torre. Cuenca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.
- REGIS PRADO, Luiz. *Curso de direito penal brasileiro, volume 4: parte especial: arts. 289 a 359*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- ROCA AGAPITO, Luis. *El delito de malversación de caudales públicos*. Barcelona: Bosch, 1999.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro. *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*. VLex: VLEX-QU588, Sección Sumario, Administración y Derecho penal, noviembre de 2006, p. 01-78.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro; SOBRINO MARTÍNEZ, Ana I. *Delitos contra la administración pública*. Barcelona: Bosch, 2008.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho penal español – parte especial*. 18ª ed., Madrid: Dykinson, 1995, p.1181-1189.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Dolo y error en un delito de malversación impropia*. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, sala 2ª, de 22 de septiembre de 1989). En “La ley”, 1990-2, p. 1074-1078.
- ROLDAN BARBERO, Horacio. *El delito de malversación*. En el cuadernillo “Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal”, Junta de Andalucía, Sevilla, 1996.

- ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Límites de los delitos de comisión por omisión*. En “Omisión e imputación objetiva en derecho penal”. Enrique Gimbbernat Ordeig, Bernd Schünemann y Jürgen Wolter (Edit.). Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1994, p. 33-49.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal– parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2001.
- _____. *Los delitos de infracción de deber*. En “Autoría y dominio del hecho en derecho penal”. Séptima edición. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 385-434.
- _____. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?* Traducción: Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno. In “La teoría del bien jurídico” (Roland Hefendehl Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 443-458.
- _____. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde. 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.
- _____. *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública*. En “Revista Peruana de Ciencias Penales”, n.º 12, Año VII-VIII. Lima: Idemsa, p. 419-455.
- RUDOLPHI, Hans Joachim. *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*. Trad. De Enrique Bacigalupo. “Nuevo Pensamiento Penal”, año 4, n.º 5 a 8, 1975, Buenos Aires: Depalma, p. 329-347.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- _____. *Delitos de funcionarios. Aproximación a su parte general*. En “Revista Canaria de Ciencias Penales”, n.º 3. Canarias: IIPCDPC, julio de 1999, p. 07-29.
- _____. *Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en derecho penal*. En “Cuadernos de Política Criminal” n.º 68. Madrid: Edersa, 1999, p. 347-379.
- _____. *Delito de infracción de deber*. En “El funcionalismo en derecho penal”. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Eduardo Montealegre Lynett (coordinador). Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 271-288.
- _____. *Delitos contra la administración pública en el código penal colombiano*. En “El funcionalismo en derecho penal”. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. Eduardo Montealegre Lynett (coordinador). Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 463-491.
- SANTANA VEGA, Dulce María. *Disponibilidad versus consentimiento en Derecho penal (sobre la modificación del ámbito de protección jurídico-penal originario)*. In *Memoriam Alexandri Baratta*. Fernando Pérez Álvarez (Ed.). Salamanca: CISE Universidad Salamanca, 2004, p. 1137-1159.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998.

- _____. *Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania*. Traducción de Silvina Bacigalupo. En “Omisión e imputación objetiva en derecho penal”. Enrique Gimbernat Ordeig, Bernd Schünemann y Jürgen Wolter (Edit.). Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1994, p. 11-24.
- _____. *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*. Traducción: María Martín Lorenzo y Mirja Feldmann. En “La teoría del bien jurídico”. Ed. Roland Hefendehl. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 197-226.
- _____. *O direito penal é a ultima ratio de proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal*. Tradução: Luís Greco. En “Revista Brasileira de Ciências Criminais”, n.º 53, mar./abr. de 2005, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 09-37.
- SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*. Traducción: Rafael Alcácer Guirao. En “La teoría del bien jurídico” (Roland Hefendehl Ed.). Madrid: Marcial Pons, 69-92.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho penal*– parte especial. 7ª Ed. Madrid: Dykinson, 2002, p. 798-805.
- SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*. Volume II. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Comentarios al código penal*. T. I, VVAA, Dirigido por Manuel Cobo del Rosal. Madrid: Edersa, 1999, p. 441-488.
- _____. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001.
- _____. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.
- _____. *El Derecho penal ante la globalización y la integración supranacional*. “Revista Brasileira de Ciências Criminais”, ano 6, n.º 24, out.-dez de 1998, São Paulo: Editora RT, p. 65-78.
- _____. *Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario*. En “Cuadernos de Política Criminal”, n.º 38, Madrid: Edersa, 1989, p. 367-404.
- _____. *Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del código penal*. En “Problemas específicos de la aplicación del código penal”. Manuales de Formación Continuada 4. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 153-172.
- _____. *La regulación de la “comisión por omisión” en el nuevo código penal español (artículo 11)*. En “Revista Peruana de Ciencias Penales” n.º 7/8, Año IV, Lima, 1999, p. 575-609.
- _____. *Clases de omisiones*. En “El delito de omisión. Concepto y sistema”. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Ibddef, 2003, p. 350-480.
- SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. Tomo V. Buenos Aires: TEA, 1953.
- SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Editorial Comares, 2003.

- SOTO NIETO, Francisco. *La malversación impropia y sus elementos*. Editorial La Ley 1716/2003, n.º 5880, año XXIV, 28-10-2003, Ref. D-238, p. 01-04.
- . *Delitos de malversación impropia y alzamiento de bienes*. Editorial La Ley 1257/2005, n.º 6252, 13-05-2005, Ref. D-114, p. 01-04.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*. Traducción: Ortiz de Urbina Gienmo. En “La teoría del bien jurídico” (Roland Hefendehl Ed.). Madri: Marcial Pons, 105-127.
- STOCO, Rui, *et alli*. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial – volume 2*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Thomson Civitas, 2005.
- . *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. Traducción: Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Margarita Valle Mariscal de Gante. En “La teoría del bien jurídico”. Roland Hefendehl (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 365-372.
- STRUENSEE, Eberhard. *Actuar y omitir: delitos de comisión y de omisión*. Traducción de Patricia S. Ziffer. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio. *El delito de malversación de caudales públicos*. En *RGLJ*, 1966, p. 831-879.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TOURINHO, Demetrio Cyriaco Ferreira. *Do peculato*. 2ª ed. Salvador, Editora Progresso, 1954.
- VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y <personas que desempeñan una función pública>*. En “Cuadernos de Política Criminal”, 1997, p. 435-498.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Nuevo código penal comentado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, p.577-582.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *El consentimiento del ofendido en los delitos contra la administración pública: sobre el bien jurídico protegido en los delitos “del cargo”*. En “Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología”, Granada, n. 03-02, p. 1:1-1:23, 2001. Disponible em: <<http://criminet.ugr.es/reCPc>>. Acceso em: 14 mai. 2007.
- . *Los delitos contra la administración pública: teoría general*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2003.
- . *La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público del culpable (art. 22.7ª CP) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. En “Repertorio de Jurisprudencia” núm. 9/2001. Parte Estudio. Pamplona: Editorial Arazandi, 2001, p. 01-39.

- VIVES ANTÓN, Tomás S. *Comentarios al código penal*. T. I, VVAA, Dirigido por Manuel Cobo del Rosal. Madrid: Edersa, 1999, p. 489-531.
- _____. *Comentarios al código penal de 1995*. Vol. I (arts. 1 a 235). VVAA, Coordinador: Tomás S. Vives Antón. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p. 83-88.
- WOHLERS, Wolfgang. *Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico*. Traducción de Margarita Valle Mariscal de Gante. En “La teoría del bien jurídico” (Roland Hefendehl Ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 403-408.
- ZABALEGUI MUÑOZ, María del Carmen. *La malversación de caudales públicos*. En “Cuadernos de Derecho Judicial”, T. IV, 1994, p. 153-200.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal—parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*. Madrid: Akal, 1988.
- _____. *La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios e improprios (análisis del art. 65, 3 del Código Penal)*. En “Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal”, vLex, Sección Estudios, enero de 2005, p. 965-972.