

# Alcance de la relación facticia en la configuración de la responsabilidad penal y civil

(S. de 6 de febrero de 1958)

JUAN DEL ROSÁL

Catedrático de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.  
Abogado de los Ilustres Colegios de Madrid, Valladolid y otros.

SUMARIO: 1.º La relación de «hechos probados».—2.º Sentencia del Tribunal «a quo».—3.º Impugnación.—4.º Análisis de la decisión de la sala 2.ª del Tribunal Supremo.

## 1.º *La relación de «hechos probados».*

La relación circunstanciada de hechos probados es la siguiente: «Que girada una visita de inspección por la Jefatura Provincial del S. N. del T. al almacén o silo de M., como consecuencia de haber tenido conocimiento aquélla, de ciertas irregularidades en el mismo y con el fin de comprobar las existencias de trigo que debieran resultar del examen de la documentación y contabilidad oficial haciendo el repaso de las que realmente hubiera, y practicada visita, el día 30 de mayo de 1955, se apreció una diferencia de 145.645 kilos de aquel cereal, cuyo importe era de 514.630,34 pesetas a razón de 4,22 pesetas el kilo, valor de su precio oficial de venta. No consta que el procesado dispusiera para sí o para persona ajena de la referida cantidad de trigo, puesto que según diligencia de inspección ocular no era posible que dada la organización automática del silo puedan haberse efectuado salidas clandestinas de trigo y menos en la cuantía que arroja el descubierto obrante en autos. El procesado, desde que se conoció la diferencia entre la existencia en celdas y la real por el importe que antes se dice, se declaró civilmente responsable de las faltas y mermas existentes, que expresó ser ajenas a su voluntad, pero que como confiadas a su custodia, a nadie podía hacerse imputable las tales faltas, consignando y poniendo a disposición del juzgado la cifra de 614.630,34 pesetas, Hechos probados».

## 2.º *Sentencia del Tribunal «a quo».*

La Audiencia Provincial dictó la sentencia siguiente: Absolvió al procesado, del delito de malversación, declarando de oficio las costas, *debiendo* hacerse entrega definitiva al S. N. del T., de la cantidad de 614.630,34 pesetas, que tiene en calidad de depósito, según el talón correspondiente de fecha de 13 de junio de 1955, y se aprueba el auto de solvencia parcial que dictó y consulta el Juez Instructor, con las reservas que contiene.

### 3.º Impugnación.

A nombre del absuelto se formaliza en tiempo y forma el oportuno recurso de casación por infracción de ley, por inaplicación del artículo 19 del código penal, por cuanto la responsabilidad civil —se dice—, sigue a la penal como la sombra al cuerpo. De ahí que no existiendo —continúa alegando la parte— responsabilidad criminal, según el fallo recurrido, no debe pronunciarse el mismo en cuanto a la responsabilidad civil. La propia literalidad «sensu contrario», del artículo 19 que citamos —dice el recurrente— como infringido así lo ordena.

En su consecuencia, absuelto el recurrente del delito de malversación, la jurisdicción criminal invade la civil si ordena que la cantidad consignada por su representado pase al S. N. del T., por vía de responsabilidad civil.

En su día se instruyó el Ministerio fiscal, impugnando el recurso en el acto de vista.

### 4.º Análisis de la decisión de la Sala Segunda del T. S.

La parte dispositiva del fallo es confirmatorio del inferior; pero los razonamientos alegados revisten singular importancia, concretamente, proyectan su luz sobre tres extremos, amén de otros: a) En cuanto a la naturaleza de la malversación; b) En conexión con la responsabilidad civil; c) Y, finalmente, una ponderación especial de la fundamentación fáctica, o todavía más claro, cómo un Tribunal de Casación se pronuncia *exclusivamente* por una cuestión fáctica, exento de significación jurídicopenal; con lo cual abre una brecha de subidas resonancias. Veámoslas siquiera, sea telegráficamente.

a) La argumentación empleada por la Sala para llegar a la exculpación da a entender que la ausencia de entorpecimiento, de ánimo de lucro e igualmente la carencia de disposición de la cosa para sí o para otros convierte el comportamiento en *atípico*, con lo cual carece de trascendencia penal el hecho enjuiciado.

Esta decisión acentúa, por consiguiente, la realidad de la malversación en un delito contra la propiedad calificado por la condición especial que concurre en el sujeto pasivo.

Ahora bien: la regulación de la malversación en nuestro texto penal vigente, al igual que sucede en el grupo de delitos calificados por razón de sujeto activo —funcionarios— plantea a las claras en la debatida polémica —sobre todo en la dogmática del decenio de 1934 a 1944— del si en verdad el contenido del delito está integrado por la infracción de un bien jurídico o de un deber.

Y no cabe vuelta de hoja que en los supuestos que nos ocupa la fundamentación inculpativa especial proviene de los deberes que les incumben a los infractores. O dicho en otros términos: la calificación de *delictum proprium* justamente se enraiza en el cerco de los deberes exigibles al sujeto pasivo.

En la malversación este razonamiento resulta claro, habida cuenta de

la regulación del Código penal vigente, pues baste reparar en la figura penal, del artículo 398. Así, la objetividad jurídica infringida es simplemente un *deber de custodia*.

Ahora bien; en el caso de autos nos hallamos con que el propio procesado asume la responsabilidad por las irregularidades y mermas existentes, depositando una cantidad que sobrepasa la señalada. Y a la vista de esta resultancia cabría preguntar en primer lugar: ¿Qué tipo de malversación se ha aplicado aquí en orden al auto de procesamiento del párrafo primero del artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal? No es aducible otra figura, dada la relación fáctica nada más que la figura del artículo 395, la cual queda radicalmente excluida desde punto y hora que no se dan los supuestos objetivos requeridos por ella.

La narración de los hechos recalca del mejor modo posible que de resultas de la inspección ocular realizada se llegó a la conclusión que no había medio de extraer las cantidades que faltaban. Así, se elimina, de un lado, la pura descripción del tipo, del artículo 395, que imperativamente demanda que como consecuencia del «abandono» o de la «negligencia inexcusable» diere ocasión para que se efectuare por otra persona la distracción.

En segundo lugar, igualmente se descarta la actitud dolosa, sobre la que descansa el artículo 394 como el 395 con lo que se volatiliza la configuración de la malversación en el supuesto actual, habida cuenta de la relación fáctica y de las especies de malversación aplicables, pues aun cuando ésta, está adosada en el quebrantamiento de un deber, sin embargo, la condición objetiva del «daño o entorpecimiento», del 396 y las reducciones especiales de los 394 y 395 distancia el carácter *típico* de la actuación del hoy recurrente.

Sólo está en pie el artículo 397 del código penal vigente como un supuesto genuino de infracción de un deber, ya que no se perpetra con dar a los «caudales» o «efectos» una aplicación pública diferente, con el aditamento de la audición objetiva del daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignadas.

No consta en el «resultando» que se hubiere ocasionado el «daño o entorpecimiento del servicio», pero se consigna expresamente «como consecuencia de haber tenido conocimiento aquélla de ciertas *irregularidades en el mismo*»... las cuales, claro está, pueden implicar el denominado «entorpecimiento».

Ahora bien, planteado el problema penal de la malversación sobre la *falta* de apropiación para sí o para otra persona, como también de la culpa ya indicada, del artículo 395 y la ausencia, igualmente, de resalte del resultado, en la forma de «condición objetiva de punibilidad», cabría decir, no tiene vuelta de hoja que no concurren los elementos configurantes de los tipos de los artículos 394 y 395. Y únicamente cabría suscitar la adecuación típica del comportamiento en repercusión con el artículo 397. Pero, en fin, la concepción penal sostenida por esta sentencia, de centrar la incriminación, en los requisitos anteriores, sin subrayar la eficacia del deber, se colige que la delación circunstanciada de los hechos, en que no sólo la actitud del procesado, sino además la propia postura adoptada por la admi-

nistración pública, obliga a trasponer el problema en un estamento jurídico, de distinta índole.

Y a esto se debe que el primer «considerando» de la sentencia presente diga lo siguiente: «Que como consecuencia de visita de inspección girada en 30 de mayo de 1955, por el S. N. del T. al almacén o silo de M., confiado a la custodia del procesado recurrente, M. F. A., se comprobó la falta de una respetable cantidad de trigo, con valor de 614,630,34 pesetas, aun cuando erróneamente se hace constar en la primerda parte del resultando de hecho probado la cifra de 514.000 en vez de 614.000, cantidad que el referido procesado consignó a disposición del Juzgado de Instrucción de M., para entregar al S. N. del T., como así se hizo, por considerarse el F. A., civilmente responsable de las faltas y mermas existentes, con lo que la responsabilidad puramente administrativa derivada de esta visita y comprobada ha quedado económicamente solventada y sin perjuicio para la entidad encargada del S., por lo que la Sala de instancia al resolver sobre este extremo en la sentencia, no ha hecho más que ratificar un acuerdo del Juzgado instructor, consecuencia de petición del propio procesado según así consta de los autos correspondientes que han venido a este Tribunal, cumpliendo la norma procesal consignada en el artículo tercero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y obrando con arreglo a las facultades de competencia que le están atribuidas».

De esta suerte se contrae infracción al ámbito administrativo y, además, se da por satisfecha la entidad, en virtud del planteamiento de la cuestión prejudicial, del artículo 3.º de la Ley rituarial criminal, si bien el problema, comprobada la existencia de una infracción consistirá en saber hasta qué grado requiere alcanzar la infracción administrativa, para calificada de lugar al nacimiento de una infracción penal. O por mejor decir, habida cuenta de la responsabilidad administrativa que subyace en el delito de malversación, cuando aquélla conferirá elementos suficientes para el diseño de la responsabilidad criminal.

Sin duda dependerá de las dimensiones objetivas y subjetiva, estimable en la infracción administrativa, cifradas, valga ejemplo, en el daño, perjuicio o entorpecimiento y en la intensidad maliciosa del comportamiento o en la inexcusabilidad del abandono o en la mera negligencia. De todas formas, no se nos oculta que la relación facticia nos deparará la base para la ponderación de la acción, bien penal, ora administrativa, o cuando ésta compete a la puesta en práctica de aquélla.

Concretamente, por lo que se refiere al supuesto actual, la sentencia de la Sala Segunda del T. S. subraya la cuestión prejudicial, de naturaleza administrativa, subsistente en la llamada responsabilidad administrativa.

b) El segundo de los problemas que plantea entre otros, la meritada sentencia radica en la cuestión de la responsabilidad civil, es decir, si es apreciable o no. Motivo de impugnación por infracción del artículo 19 del Código penal vigente, que ha dado vida legal al recurso de casación presente.

En el «resultando» de hechos probados se nos dice textualmente lo siguiente: «Se declaró civilmente responsable de las faltas y mermas existentes», si bien debe pensarse que esta expresión carece de significación a

efectos de este recurso, puesto que —dígase lo que se quiera— la declaración formal de la responsabilidad compete exclusivamente al Tribunal competente.

También reviste extraordinario valor en punto a la significación penal el pasaje de los «hechos probados» en que se detalla que las «faltas y mermas» eran debidas a causas «ajenas a su voluntad», con lo cual la acción humana y posteriormente su remodelación culpable, a tenor de la malversación, queda exangüe de colaboración penal, ya que aparece aquí el límite de la culpabilidad jurídicopenal, cristalizada en un acontecimiento ni previsible ni evitable.

Ahora bien; el contraste pudiera aparecer en este pasaje con el siguiente, en que se concreta así: «pero que como confiadas a su custodia, a nadie podía hacerse imputable las tales faltas».

La asunción de una responsabilidad administrativa, concretada en la inspección e incluso asumida expresamente por el recurrente es innegable, ya que en atención a ella desembolsa la citada cantidad, puesto que se da el quebrantamiento de un deber de custodia, según se expone en el pasaje últimamente reseñado.

Planteado el problema de la responsabilidad administrativa, sobre una base objetiva, montada en la violación de un deber de custodia, pero sin suficiente rango y gravedad como para dar paso a la configuración de la malversación, ¿Qué sucede con la tesis impugnatoria de este recurso? ¿Cómo se justifica la no devolución de la cantidad consignada en depósito por el recurrente?

El «considerando» segundo, razona del modo siguiente: «Que esto sentado (se refiere al anterior «considerando»), es ocioso hablar de responsabilidad civil, que no ha podido surgir, desde el momento que el Tribunal sentenciador absuelve al procesado del delito de malversación que se le imputaba, por lo que la denunciada infracción del artículo 19 del Código penal que se cita como vulnerado y que apoya el recurso en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede prevalecer, porque si bien en el segundo considerando de la sentencia recurrida se hable impropriadamente del S. N. del T. como civilmente perjudicado, esta responsabilidad civil no puede hacer en caso como el debatido de una sentencia que absuelve del delito perseguido ni tampoco el Tribunal de instancia hace pronunciamiento sobre la indicada responsabilidad, al limitarse a declarar bien hecha una consignación de cantidad cuyo descubierto resultó de un expediente administrativo».

De esta forma queda radiada la supuesta responsabilidad civil, a cuyo amparo sería retenible la precitada cantidad, puesto que una vez más reitera el Tribunal el carácter administrativo del asunto, su falta de tono penal y, en consecuencia, la cantidad depositada en el S. N. del T. era a resultas de haber contraído una responsabilidad objetiva por tener a su guarda la custodia de la cosa; pero *jamás* perfilable en forma penal, por no darse ninguno de los grados de la culpabilidad.

c) La decisión judicial suprema se limita, pues, a confirmar la atipicidad del comportamiento del recurrente y, en consecuencia, igualmente la ausencia de responsabilidad civil. Y, sobre todo, a liberar de la imputación

penal al recurrente, habida cuenta de la significación administrativa de la relación circunstanciada. Pero, además, conviene señalar un extremo, de superlativa importancia, en esta sentencia, el cual versa sobre el alcance que en orden a la constatación de los hechos entraña la decisión del Supremo. Sobre todo, en una valoración, como la penal, en que la relación facticia es la clave y fundamento de la tipicidad o no del comportamiento humano.

Y de aquí el tercero de los «considerandos», preñado de contenido en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad criminal, en este determinado tipo penal, de malversación, y que, en buena medida, monta tanto aquella como éste en una concepción por demás sugerente. Veámoslo.

«Que si precisamente la conducta del procesado reintegra el importe del descubierto ha sido factor decisivo para que la pretendida responsabilidad penal de la distracción o aplicación de caudales a usos propios a ajenos dimana, haga desaparecer la figura del delito de malversación, reviviría esa responsabilidad, si la cantidad debida y voluntariamente consignada hubiera de ser devuelta a la persona que con su conducta originó la falta del trigo que fué apreciada en la visita de inspección antes indicada, por lo que el acuerdo del Tribunal sentenciador que ante la consignación realizada descartó la existencia de un ánimo de lucro y absolvió al procesado, resolvió una cuestión de lucro hecho referido por la Ley al mencionado Tribunal.»

La inculpabilidad se construye aquí a base de la ausencia de un comportamiento doloso, con lo que la forma culposa queda en desamparo, si bien el reconocimiento de la existencia de una falta administrativa y su reparación mediante la entrega consignada, constituye el ámbito polémico en que debe discurrir la decisión, que presenta caracteres ajenos a la valoración jurídicopenal. Y de aquí que el Supremo Tribunal penal se limite a la comprobación de una infracción, desnutrada de trascendencia penal, no ya en cuanto a la carencia de ánimo de lucro, sino también a la culpa, siendo de suyo atinada la observación de la Sala del Tribunal Supremo en el «considerando» transcripto, por cuanto el rescate del depósito de una lesión administrativa, maniobrando en la imperfección del lenguaje usado por la Sala Sentenciadora, que expresamente cita los vocablos responsabilidad civil, como los «hechos probados» origina la natural confusión, que ha dado lugar al actual recurso, cuya resolución presenta matices de interés en la comprensión de la malversación y sus conexiones con la esfera del ilícito administrativo y de sus deberes infringidos.