

«La aplicación pública de caudales a diferente destino, como delito de malversación»

(Estudio del artículo 397 del Código penal)

RAMON BLECUA

Profesor de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Consideraciones previas*.—II. *El artículo 397 del Código penal*: 1. Estructura del precepto: a) Sujeto activo. b) Caudales o efectos públicos. c) La acción: Aplicación pública diferente. 2. Culpabilidad y apreciación de eximentes. 3. Penalidad.—III. *Consideraciones finales (De lege ferenda)* 1. En torno a la despenalización del artículo 397. 2. Una nueva orientación del delito de malversación de caudales públicos.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El vigente Código penal, en el capítulo X del Título VII del Libro II, bajo la rúbrica «De la malversación de caudales públicos» (artículos 394 a 399) tipifica unas conductas criminales de diversa naturaleza, lo que dificulta la labor del intérprete para llegar a la formulación de un concepto general de delito de malversación de caudales, estimando acertada la expresión de Suárez Montes que califica a la regulación de nuestro Código de *polifórmica tipificación* (1), contrastando con la legislación penal extranjera que simplifica esta materia, como el Código penal de la República Federal Alemana, que le dedica un solo precepto (parágrafo 353).

El delito de malversación de caudales tiene su antecedente en el *peculatus* del Derecho romano (de *pecus*, sistema primitivo de transacciones), y se aplicó a la *pecunia sacra*, que requería el rito de la consagración pública, de manera que la ausencia de este requisito impedía la calificación de *peculatus* y se transformaba en hurto (2).

En el Digesto se define el *peculato* como hurto de dinero público, entendiéndose por tal el que pertenecía al pueblo romano, al Erario

(1) SUÁREZ MONTES, *El delito de malversación de caudales públicos*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», año 1966, pág. 831.

(2) FERRINI, *Diritto Penale Romano*, Bretschneider - Roma, año 1976, página 413.

Público, no el de los municipios. Las conductas podían consistir en: sustraer (*auferre*), destruir (*interficere*) o distraer (*vertere in rem suam*) el Erario Público.

Como advierte Ferrini, la evolución posterior enlaza este delito con el fraude —*populum fraudare*— que comete el funcionario encargado de la acuñación de moneda, empleando una aleación de inferior calidad y aprovechándose de la diferencia que le reporta esta manipulación. En este caso no podía hablarse de moneda falsa, sino genuina, y no era de aplicación la Ley Cornelia Nummaria (3).

Otra figura interesante era el *crimen residuorum*, que cometía el encargado de una misión oficial, que no justificaba los caudales recibidos mediante la rendición de cuentas.

La pena era pecuniaria del cuádruple de la estimación del objeto del delito, pudiendo procederse contra los herederos del culpable. En la época justiniana se castiga a los funcionarios públicos con la deportación, pudiendo llegar a la pena de muerte.

Durante mucho tiempo la usurpación del Erario Público se incluyó entre los delitos de lesa majestad. En el antiguo Régimen, los delitos de los funcionarios no gozaban de plena autonomía con respecto al crimen *Lesae Maistatis* y, gracias a la influencia del Iluminismo, se inicia la separación en algunos Estados europeos.

Entrando en la etapa codificadora española se perfila el delito en estudio como propio del funcionario público, que tiene a su cargo caudales o efectos públicos y este carácter del que está investido el sujeto activo destaca sobre el aspecto objetivo, basado en la tutela patrimonial, como advierte Olesa Muñido (4), de tal modo que no es un simple delito contra la propiedad, cualificado por el abuso de confianza en que puede incurrir el funcionario, sino, sobre todo, el incumplimiento de los deberes que ligan a éste con la Administración; de ahí que, tradicionalmente, se encuadre este delito dentro de los cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Sin embargo, ya a partir del Código de 1822 se advierte una ampliación por incluir también como sujetos activos a los particulares que hayan sido designados depositarios de bienes embargados, secuestrados o puestos en custodia o en administración por orden de autoridad legítima. Como reconoce la jurisprudencia, este precepto recurre a una doble ficción: la de conceder a los depositarios de bienes embargados la cualidad de funcionarios públicos, en virtud del nombramiento de la Autoridad, y la de considerar caudales públicos a los bienes embargados de los particulares, a través del acto de afectación judicial o administrativa (5). Pero se llega a desvirtuar aún más el concepto de malversación, a causa de la incorporación de otro precepto, relativo al in-

(3) FERRINI, *Ob. cit.*, pág. 413.

(4) OLESA MUÑIDO, *El delito de malversación por distracción de caudales o efectos públicos en el vigente Código penal español*, «Estudios jurídicos en honor del profesor Pérez Vitoria», tomo I, Barcelona, año 1983, pág. 632.

(5) Scias, 9 de julio 1982 (comentada en Código Penal de COLEX, 2.ª ed., Madrid, año 1984, pág. 185) y de 12 de noviembre de 1983.

cumplimiento de obligaciones propias de los depositarios de efectos públicos, como es la omisión del pago que debieran efectuar y la negativa a entregar la cosa puesta en su custodia o administración, cuando fueran requeridos por la autoridad competente (art 398). Tales conductas, más próximas al delito de desobediencia, previsto en el artículo 369, pueden estar ocultando una malversación, ya que la expresada actuación del funcionario no suele ser caprichosa sino motivada por una imposibilidad devenida de la falta de numerario o de los objetos puestos bajo su guarda, pero, a mi juicio, previamente habría que depurar su responsabilidad, a fin de probar la sustracción o distracción de los fondos públicos, mediante el oportuno expediente tramitado por el Tribunal de Cuentas.

De cuanto antecede, se advierte la deficiente regulación del delito de malversaciones de caudales en nuestro Código penal, por lo que estimo necesario su reconstrucción sobre nuevas bases, aportando una opinión al respecto en el último capítulo de este trabajo.

II .EL ARTICULO 397 DEL CODIGO PENAL

Considera malversación la conducta del funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a la que estuvieren destinados. La pena será la de inhabilitación especial y multa del 5 al 50 por 100 de la cantidad distraída, si resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados, sin que pueda bajar dicha multa de 30.000 pesetas y la de suspensión, si no resultare.

El precepto expuesto presenta dificultades de interpretación incrementadas por la escasa atención dedicada por parte de nuestra doctrina penal y por la ausencia de precepto similar en la legislación comparada de nuestro área cultural.

En cuanto a los antecedentes históricos, se introduce esta figura en el Código penal de 1848 (6), probablemente inspirándose en el Código napolitano, en cuyo artículo 217 se castigaba la sustracción o distracción de fondos públicos que no tiene por objeto un lucro ilícito, sino que consistiere en aplicar los caudales, efectos de crédito o mobiliario, sin autorización competente, a distinto uso de su primitivo destino.

La aparición de este precepto ha de buscarse en la evolución política y económica del Estado moderno, que se remonta a principios del pasado siglo, época en la que se hallaba en pleno apogeo la teoría de la división de poderes y la supremacía del legislativo sobre el eje-

(6) Curioso precedente constituye la Orden de Hacienda de 14 de junio de 1822, relativa al pago de sueldos al personal de la Armada Nacional, prohibiendo que las cantidades destinadas a este fin se apliquen a otros conceptos por los encargados de su distribución. Cfr. RAQUEJO ALONSO, *La Intervención General del Estado* (1808-1974), en la obra colectiva «Itinerario histórico de la Intervención General del Estado», Madrid, año 1976, pág. 245.

cutivo en cuanto al control de los ingresos y gastos de la Hacienda Pública; por ello, se otorga la máxima importancia al Presupuesto, definido como la expresión cifrada de los ingresos y gastos públicos, clasificándose los créditos con la debida especificación para atender al cumplimiento de las obligaciones que se reconozcan durante su período de vigencia (anual o bianual).

En nuestra Patria se alude al Presupuesto General de Gastos en la Constitución de 1812, que juntamente con el plan de contribuciones a imponer para satisfacer aquellos, había de presentar el Secretario de Despacho de Hacienda a las Cortes. Posteriormente los Secretarios de Despacho rendirán cuenta de los gastos hechos en sus respectivos Ramos. Por su parte, la Tesorería General debería rendir cuenta anual de todas las contribuciones y rentas y de su inversión. Las Cortes examinarán y aprobarán las cuentas de inversión de los caudales públicos, tanto las que rindan la Tesorería General, como las de los Secretarios de Despacho.

Aunque el protagonismo de las Cortes era evidente en las fases de aprobación del Presupuesto y en su liquidación, era preciso disponer de otros organismos de control durante el desarrollo del mismo, los cuales se denominaron: Contaduría Mayor de Cuentas (Antecedente del Tribunal de Cuentas) y las Contadurías de Valores y Distribución (antecedente de la Intervención General de la Administración del Estado).

Los Presupuestos Generales del Estado en su primera etapa expresaban gastos globales para cada Ministerio. El primer Presupuesto con estructura moderna es el correspondiente al año 1835, que se divide en dos grandes capítulos: De los gastos y de los recursos para cubrirlos, sustituyendo las cifras globales por partidas detalladas en cada Ministerio (7). En esta dirección se encuentran las leyes de Administración y Contabilidad, que sucesivamente se promulgaron en 20-2 1850, 25-6-1870 y 1.º de julio de 1911, y en el Reglamento de la Ordenación de Pagos de 24 de mayo de 1891, que atribuye a la Intervención General de la Administración del Estado la *publicación de los Presupuestos Generales del Estado con el detalle necesario para que al haber del Tesoro se le dé la inversión que determinen las Leyes*.

De acuerdo con lo expuesto, el ejecutivo tenía unas limitaciones que afectaban tanto a los ingresos públicos —respecto a la imposición y exacción de tributos, que han de ser aprobados por Ley— como a los gastos públicos, cuyas restricciones eran:

a) *Cuantitativas*: ya que no pueden sobrepasar los importes de consignaciones presupuestarias, consecuencia de la falta de crédito (7 bis).

(7) RAQUEJO ALONSO, *Ob. cit.*, pág. 243.

(7 bis) El art. 60 de la Ley General Presupuestaria acoge este principio cuando dispone que los créditos autorizados en el estado de gastos de los presupuestos tienen carácter limitativo y, por tanto, *no podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior a su importe*. Las consecuencias que se derivan de la infracción de este precepto son la nulidad de pleno derecho de los

b) *Cualitativas*: (el cómo y dónde) el gasto ha de efectuarse en las atenciones previstas y no en otras, según el principio que la doctrina francesa denominó *especialité des crédits*, que suponía un detalle pormenorizado de los créditos que se estimaban necesarios para atender el cumplimiento de las obligaciones públicas, con una distribución por secciones, capítulos, artículos y conceptos dentro de cada Departamento ministerial (7 ter).

El sistema de compartimentos estancos y rigidez —del que es muestra la Ley de Administración y Contabilidad de 1911, cuyo artículo 41 prohibía las transferencias entre capítulos, artículos y conceptos presupuestarios— presentó grandes dificultades prácticas, por lo que dicho precepto fue suspendido por Decreto-Ley de 8 de noviembre de 1957.

La Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 contiene normas más flexibles, por cuanto faculta al Gobierno para acordar transferencias en los créditos globales a los específicos de la misma naturaleza económica en las operaciones de capital (art. 67); autoriza al Ministro de Economía y Hacienda para efectuar transferencias dentro del mismo programa (art. 68) y a los Ministros para redistribuir los créditos entre las diferentes partidas de un mismo concepto presupuestario (art. 69).

La Ley que aprueba los Presupuestos Generales del Estado para 1985, de 30 de diciembre de 1984, faculta al Consejo de Ministros para autorizar la transferencia de créditos entre programas del mismo o diferentes Departamentos ministeriales, incluidos en distintas funciones. Asimismo se autoriza al Ministro de Economía y Hacienda para transferir créditos desde el programa de imprevistos y funciones no clasificadas a los conceptos y artículos respectivos de los distintos programas de gastos, con sujeción a las normas previstas en el artículo 9, llegando, aunque excepcionalmente, a permitir la habilitación de créditos, *mediante la creación de los conceptos pertinentes*, cuando en la ejecución del Presupuesto de Gastos se planteen necesidades no contempladas de forma directa en el mismo.

1. ESTRUCTURA DEL PRECEPTO

a) *Sujeto activo*

El concepto de funcionario público ha sido controvertido, y su indeterminación es particularmente grave en el ordenamiento jurídico-

actos administrativos y disposiciones con rango inferior a ley que pudieran haberse dictado y la exigencia de responsabilidades a la autoridad o funcionario que diere lugar al compromiso de los gastos.

(7 ter) El art. 59 de la Ley General Presupuestaria proclama que los créditos para gastos se *destinarán exclusivamente a la finalidad específica* para la que hayan sido autorizados por la Ley de Presupuestos o por las modificaciones aprobadas conforme a esta Ley.

penal en el que se construyen determinadas conductas con tal sujeto activo cualificado; así se advierte en nuestro Código penal de 1848 un intento de precisión en su artículo 322 «para los efectos de este título, se reputa empleado todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de Real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado», ya que en aquella época era costumbre la figura del comisionado del Gobierno, persona a la que por éste se encomendaba la contratación con empresas mercantiles sin pertenecer a la Administración.

Fue preciso esperar a la definición de funcionario público «a efectos penales», para evitar entrar en conflicto con otras disciplinas jurídicas, contenida en el actual artículo 119 y de la que, según Olesa Muñido (8) se deducen los elementos integrantes.

1.—Participación en el ejercicio de funciones públicas.

2.—Legitimación para su desempeño (Ley, elección, nombramiento y autoridad competente).

Pese a todo, no han quedado disipadas todas las dificultades, ya que subsisten las dudas en cuanto a la consideración que merece el funcionario de hecho. Así, Rodríguez Devesa distingue los siguientes supuestos (9):

— El que sin pertenecer a Cuerpo de la Administración asume por propia iniciativa una función pública y custodia caudales de tal naturaleza, pronunciándose en contra de su condición de funcionarios públicos, por carecer de los requisitos exigidos en el artículo 119. Por el contrario, si pese a su carácter privado es nombrado por la autoridad competente y ejerce de «facto» funciones públicas, habrá de responder como si fuera funcionario efectivo, mientras no se ponga término a tan anómala situación (Vd. S. de 26 febrero de 1971 respecto al cobrador al servicio de un Ayuntamiento).

En el caso del funcionario que ejerce las funciones que le son propias, pero ha de cesar por pase a la situación de jubilado, excedencia, etc., y continúa indebidamente en el cargo no comete malversación, sino un delito contra la propiedad de los tipificados en el Código penal como si fuera un particular, además de incurrir en el de prolongación de funciones públicas, previsto en el artículo 374 del Código.

Acotando el campo al estudio del precepto que se examina, se advierte que el sujeto activo ha de quedar limitado por la relación existente entre su función administradora y los caudales a su cargo. En este sentido ya el Código penal de 1822 se refería a los que tuvieran a su cargo la recaudación, administración, depósito, intervención o distribución de caudales pertenecientes al Estado o a la comunidad de una provincia o un pueblo (art. 463) como posibles sujetos activos del delito de malversación. Por consiguiente, la relación expresada nos lleva necesariamente a analizar el requisito de la competencia del funcionario por cuanto las atribuciones conferidas en materia de compromete-

(8) OLESA MUÑIDO, *Ob. cit.*, pág. 632.

(9) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal (Parte Especial)*, Madrid, 1975, página 977.

ter gastos, ordenar pagos, etc., ha de tener su correlativo contrapeso para que no abuse de su cargo desviando los caudales a diferentes atenciones de las que estuvieran destinados. En cualquier caso, el concepto de competencia del funcionario público que aquí interesa no es el propio del derecho administrativo, sino que ha de prevalecer un concepto penal más amplio —como puso de relieve la más reciente doctrina italiana— que ha de entenderse como la facultad de disponer material o jurídicamente de caudales públicos, pues de otro modo sería inviable que el sujeto les diere un destino distinto del ordenado, pudiendo distinguirse dos formas de actuación:

— Cuando el sujeto activo, en su calidad de autoridad administradora de recursos públicos, procura la realización de un suministro, obra o servicio con cargo a una imputación presupuestaria que no es la destinada a sufragar ese gasto concreto.

— Cuando la autoridad o funcionario que tiene en su poder fondos recibidos de una venta en pública subasta, de determinados servicios a particulares, etc., no dispone su ingreso en el Tesoro Público, sino que los aplica a cubrir otras pretendidas necesidades de carácter público. Esta conducta presenta mayor gravedad que la anterior, por cuanto sustrae las inversiones efectuadas al control del gasto público, tanto externo como interno, y al régimen de contabilidad pública, infringiendo así lo dispuesto en los artículos 107 y 123 de la Ley General Presupuestaria.

b) *Caudales o efectos públicos*

Es el objeto material sobre el que recae el delito que nos ocupa.

El legislador español, a diferencia del francés o el italiano, no efectúa una descripción que permita conocer sus elementos integrantes. Por ello, habrá que recurrir a otras disposiciones como la Ley General Presupuestaria, en cuyo artículo 106 indica que constituyen el Tesoro Público todos los recursos financieros, sean dinero, valores o créditos de la Administración del Estado y de los Organismos Autónomos.

Los caudales públicos estarán constituidos por la moneda metálica, billetes del Banco de España de curso legal, y las divisas extranjeras; acerca de estas últimas existe abundante jurisprudencia, derivada del procesamiento de funcionarios del I.E.M.E., condenados por malversación al falsear documentos oficiales que permitieron a los exportadores la apropiación de los mismos, cuando tenían la obligación de ceder una parte al Tesoro.

Se produce aquí un caso curioso, cual es la calificación como caudales públicos de la moneda extranjera en poder de particulares, con base en el compromiso contraído por éstos de efectuar la cesión parcial de lo recibido a consecuencia de las transacciones efectuadas en el mercado internacional. La jurisprudencia fundó su argumentación en el *derecho expectante* del Estado, desde el momento que autoriza la

operación y que se consolida cuando las divisas entran en el patrimonio del exportador, al que se califica de *mero detentador* (10) de las divisas.

La resistencia a la consideración de que la malversación pueda ser cometida por los particulares no investidos de funciones públicas (véase art. 399) ha llevado a los tribunales a condenar a los exportadores como autores de un delito de apropiación indebida, en unos casos, y de infracción de la legislación de control de cambios, en otros.

En cuanto al momento a partir del cual el dinero o los efectos procedentes de los contribuyentes merezcan la consideración de caudales públicos, ha de tenerse en cuenta que constantemente se está efectuando operaciones en las cajas del Tesoro y no sería lógico dejar al arbitrio del culpable la exclusión de la calificación como haber público por el simple mecanismo de no contabilizar oficialmente un ingreso, en este sentido la jurisprudencia ha estimado acertadamente que es la vocación o destino de los caudales lo que ha de valorarse a tales efectos, sin que influya el incumplimiento de ciertas formalidades contable administrativas.

c) *La acción: Aplicación pública diferente*

La conducta típica consiste en dar una aplicación pública a los caudales, diferente de aquella a que estuvieran destinados.

Es necesario precisar cuál es el momento que ha de considerarse relevante a efectos penales, dentro de la compleja tramitación de los expedientes de gastos, que se inician con la orden de proceder, dictada por la autoridad competente y concluyen con la orden de pago a favor del contratista que haya realizado la obra, servicio o suministro, de acuerdo con la legislación de contratos del Estado.

Durante esta actuación administrativa hay que distinguir las siguientes fases (11):

— *Gastos autorizados*: Es el acto en virtud del cual la autoridad competente acuerda la realización de un gasto, en forma cierta o aproximada.

— *Disposiciones realizadas*: Acto por el que decide llevar a cabo la obra, servicio o suministro, formalizando la reserva del crédito, que ha de ser necesariamente en condiciones y precio ciertos, mediante la tramitación adecuada.

— *Obligaciones contraídas*: Operación llevada a cabo por la Ordenación de Pagos competentes, consistente en la contracción en cuenta de los créditos exigibles contra el Estado.

— *Pagos ordenados*: Es la operación por la que el Ordenador de Pagos competente expide la correspondiente orden contra la Tesorería del Estado, como consecuencia de la obligación contraída.

(10) Cfr. SUÁREZ MONTES, *Ob. cit.*, pág. 836.

(11) Orden del Ministerio de Hacienda de 17 de mayo de 1974.

A mi modo de ver es el acto de disposición emanado de la Autoridad que administra los recursos públicos el decisivo para la exigencia de la responsabilidad penal a que se refiere el artículo 397, pues, como afirma Pascual García, el acto de disposición es el fundamental en la etapa de ordenación del gasto, interpretando el término compromiso, empleado en la Ley General Presupuestaria, como la afectación de un crédito al cumplimiento de una obligación, es decir, el mismo acto de disposición (12). Ahora bien, la responsabilidad que contrae la autoridad que dicta una resolución de tal naturaleza, infringiendo las disposiciones legales, tiene una significación especial, ya que con anterioridad han de emitirse los informes preceptivos, por parte de los funcionarios asesores y de control del gasto público. Destaca la función que corresponde a la Intervención General de la Administración del Estado, que tiene por objeto controlar todos los actos de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos, que den lugar al reconocimiento de derechos y obligaciones de contenido económico, así como de los ingresos y pagos que de ellos se deriven, y de la recaudación, inversión o *aplicación en general de los caudales públicos*, con el fin de asegurar que la Administración de la Hacienda Pública se *ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso* (art. 16 de la Ley citada).

El texto transcrito se refiere claramente al control de legalidad que, entre otros, compete a la Intervención y ha de realizarse precisamente cuando el expediente del gasto se encuentre integrado con la documentación preceptiva y en condiciones de que se dicte el acuerdo de disposición, según expresa el artículo 27 del Reglamento de 3 de marzo de 1925.

La fiscalización previa es un acto de máxima importancia dentro del procedimiento de ejecución del gasto público, como expone Sempere Miquel (13) y que podría evitar —por el momento en que se formula— una actuación con vicio de nulidad y causante de graves quebrantos al Erario Público.

El informe fiscal comprende los siguientes aspectos, según Pascual García (14):

a') *Examen de la legalidad financiera*, principalmente de la existencia de crédito adecuado y suficiente.

b') *Examen de la legalidad formal*, en cuanto al cumplimiento de

(12) PASCUAL GARCÍA, *El procedimiento de ejecución del gasto público*, INAP, Madrid, 1984, tomo II, pág. 312.

(13) SEMPERE MIQUEL, *El control interno de legalidad (de lege ferenda)*, en la obra colectiva «Control del Sector Público», Madrid, 1981, pág. 721. Aconseja este autor que se amplíe el control de legalidad con carácter previo y preceptivo a todos los proyectos de disposiciones administrativas, incluidas las de rango de Decreto, susceptibles de producir derechos u obligaciones de contenido económico, o de dar nacimiento a relaciones jurídicas que pudieran minorar los ingresos del Estado, o aumentar sus gastos, sin perjuicio de la reserva de Ley por razón de la materia, conforme a la Constitución y a las leyes.

(14) PASCUAL GARCÍA, *Ob. cit.*, tomo II, pág. 441.

las normas de competencia y procedimiento, así como la emisión de los informes preceptivos.

c') *Examen de la legalidad sustantiva*, respecto a las disposiciones de general y especial aplicación.

d') *Examen de los posibles perjuicios* a la Hacienda Pública o a los particulares.

La Intervención que aprecie el incumplimiento de trámites o requisitos esenciales, grave infracción de las leyes presupuestarias o perjuicio a la Hacienda Pública, formulará reparo por escrito, en que fundamentará su oposición al gasto propuesto y tendrá efecto suspensivo en la tramitación del expediente, hasta que se proceda a su correcta solvencia (art. 97 de la Ley General Presupuestaria).

En el supuesto de por dolo, culpa o negligencia inexcusables los interventores hubieran despachado de conformidad los expedientes a los que se hace referencia en el párrafo anterior, incurrirán en la responsabilidad a que hubiere lugar.

2. CULPABILIDAD

Se plantea la cuestión de su comisión dolosa, para lo cual ha de concurrir en el culpable el elemento cognoscitivo y volitivo que se ha de reflejar, por una parte en el conocimiento de la ilegalidad de la acción, en cuanto a la disposición física o jurídica de los recursos que administrare, dándole un destino público diferente al que estuviere destinado por la leyes presupuestarias.

En este sentido se expresa Suárez Montes cuando argumenta que la ordenación legal de las inversiones públicas es estrictamente vinculante, salvo que se hubiera dejado a la discrecionalidad administrativa, y, en consecuencia, no se puede cambiar el destino de los bienes, ni aun cuando de hacerlo resultase un beneficio para la causa pública (15).

La jurisprudencia parece aludir a esta actitud del sujeto activo, calificándola de rebeldía, por su oposición a las leyes que regulan la actividad económica del Estado (Vid. Sentencia de 13 de diciembre de 1963).

En cuanto a la posible estimación del estado de necesidad, el T. S. la rechaza en sentencia de 17 de enero de 1961, basándose en que para el funcionario público no cabe otra norma de conducta que la derivada de sus deberes oficiales. Ferrer Sama se muestra contrario a la denegación en todo caso de esta eximente, sobre todo cuando fue estimada por el T. S. en el más grave delito de malversación (art. 394) (16).

Por su parte Olesa Muñido, en su trabajo, limitado al estudio del artículo 394, alude incidentalmente al tema de la no exigibilidad de la conducta del funcionario que en situación de accidente, calamidad pública o de desgracia, se haya visto obligado a quebrantar las asig-

(15) SUÁREZ MONTES, *Ob. cit.*, pág. 861.

(16) FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, tomo 4.º (2.ª parte).

naciones específicas de recursos públicos, puestos a su cargo por razón de sus funciones. «No corresponde a imagen retórica —afirma el citado autor— sino a vivencia real el forzamiento, por un médico de la Cruz Roja en el Hospital a su cargo y ante la necesidad de atender a las víctimas de una catastrófica explosión, del depósito en que se hallaban guardados a buen recaudo «intangibles reservas» de medicamentos y apósitos; la voladura de un puente por el funcionario de Obras Públicas que tenía «a cargo» su conservación para dar, con la destrucción de la obra, más fácil salida a las aguas de un río desbordado; o, finalmente, la entrega por parte del Delegado de la Comisaría de Abastecimientos y Transportes, a la población hambrienta, de los víveres almacenados en el depósito «a su cargo», con ocasión de haber quedado, a consecuencia de una inundación, incomunicada aquella localidad» (17).

La exigencia de obediencia debida fue estimada en Sentencia de 7 de mayo de 1885, por cuanto el gobernador de la provincia exigió a un alcalde el abono inmediato de los sueldos que se debían a unos maestros y, por falta de fondos, se hubo de recurrir a la fianza puesta por un contratista del citado Ayuntamiento, depositada en las arcas municipales.

3. PENALIDAD

La sanción penal que se reserva para quienes cometen la infracción criminal que estamos estudiando, depende de un elemento objetivo, que es el resultado dañoso o entorpecimiento del servicio al que estuvieran consignados los bienes. Por tanto, el legislador pretendió matizar la pena en razón a la producción o no de un menoscabo y detrimento del normal funcionamiento de los servicios públicos concretos, que se ven afectados por la minoración en los créditos asignados en el presupuesto correspondiente, en virtud del acto de transferencia de fondos en favor de otro servicio. Esta afectación pública constituye el elemento diferenciador de la conducta prevista en el artículo 396, que supone una distracción temporal de fondos hacia usos particulares, lo que revela una mayor gravedad y así se reconoce por nuestra doctrina penal, sin embargo, nuestro Código incurre en el error de sancionar con menor severidad esta conducta, porque a la producción de un daño o entorpecimiento del servicio tanto el artículo 396 como el artículo 397 se aplica la pena de inhabilitación especial del funcionario culpable, pero en este último precepto se agrega la imposición de una multa del 5 al 50 por 100 de la cantidad distraída (cuando mejor que esta palabra sería la de inversión pública ilegal).

No establece el código vigente la exigencia de cierta entidad del daño o entorpecimiento causado al servicio de la Administración Pública, deficiencia que se trata de subsanar en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, que requiere la nota de grave.

(17) OLESA MUÑOZ, *Ob. cit.*, pág. 659.

En cuanto a la captación por el agente del resultado dañoso, estima Suárez Montes, que no es preciso sea abarcado por su ánimo (18).

Las sanciones penales previstas en el artículo 397 para el funcionario culpable de este delito son las siguientes:

— Inhabilitación especial y multa del 5 al 50 por 100 de la cantidad distraída, si se apreciase daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados los efectos públicos.

— Suspensión, cuando no se produjere tal resultado.

a) *La inhabilitación especial* es una de las penas calificadas como graves en el artículo 27 del C. p. y comprende: privación de cargo o empleo público (art. 36), privación del derecho de sufragio, activo y pasivo (art. 37) y privación de profesión u oficio. Además, de la pérdida de los derechos expresados, conlleva la imposibilidad de obtener empleo público o profesión durante el tiempo de duración de la condena (art. 36).

Pese a la genérica redacción del texto legal, la inhabilitación especial no ha de considerarse una pena única con tres efectos diferentes —como advierte Octavio de Toledo— sino tres penas independientes (18 bis). En consecuencia, los Tribunales habrán de precisar en la sentencia no sólo la clase de inhabilitación especial que corresponda, sino también el empleo público del que ha de ser privado el condenado y que, desde luego, ha de recaer sobre el cargo desempeñado en relación con la infracción cometida, y no puede ampliarse a otros que pudiera tener el sujeto. Es posible, y así lo reconoce la Ley número 30/1984, de 2 de agosto, para la Reforma de la Función Pública, que un funcionario pertenezca a varios Cuerpos de la Administración Pública, si bien sólo podrá permanecer en activo en un solo puesto, y quedaría en la situación de excedencia en los restantes Cuerpos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29, apdo. 3, letra a) de la citada Ley (19), por lo que no existiría reparo legal si el funcionario inhabilitado solicita el reingreso en uno de los Cuerpos en los que se hallare en situación de excedencia. En esto se diferencia la inhabilitación especial de la absoluta, pues ésta priva al condenado de cualquier función pública, sin excepción, durante el tiempo de la condena.

Con respecto a la duración de la pena de inhabilitación especial se observan posiciones doctrinales contrapuestas: Córdoba Roda sostiene que el término *privación* del empleo público, utilizado en el artículo 35 del C. p. ha de entenderse como perpetua extinción de la relación de empleo, aunque no deja de reconocer la contradicción que se produciría entre el citado precepto penal y las disposiciones que otorgan el derecho a rehabilitación del funcionario, como ocurre con los pertenecientes a la Administración Local (art. 66 de su Reglamen-

(18) SUÁREZ MONTES, *Ob. cit.*, pág. 860.

(18 bis) OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, año 1980, pág. 441.

(19) Véase la Ley núm. 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

to) (20). Octavio de Toledo, por el contrario, considera que la palabra *privación* no encierra un efecto ilimitado en el tiempo, pronunciándose decididamente a favor de la temporalidad de la pena, con base en lo dispuesto en el artículo 30 del C. p., entre otros argumentos (21). Estimo acertada la tesis expuesta por este autor, que se armoniza con las normas sobre rehabilitación del funcionario, una vez cumplida la condena, y permite establecer la diferencia entre la pena de inhabilitación estudiada con la sanción disciplinaria de separación del servicio, que implica la pérdida definitiva de la condición de funcionario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38.3 de la Ley de Funcionarios Civiles de la Administración del Estado.

b) *La pena de suspensión* para cargo público supone la privación del ejercicio del mismo durante el tiempo de la condena. Así lo reconoce el artículo 50.3 de la Ley de Funcionarios Civiles, según el cual el funcionario suspenso queda privado de todos los derechos inherentes a su condición, aunque permanece inalterable su carácter de funcionario, lo que diferencia esta pena de la inhabilitación, según se ha expuesto. Prueba de ello que el artículo 40 de la Ley de Funcionarios Civiles de la Administración del Estado contempla entre las posibles situaciones administrativas del funcionario la de suspensión, que se caracteriza por su temporalidad, ya que se cesa en ésta una vez cumplida la condena, para pasar al servicio activo, reintegrándose al puesto que le corresponda.

c) *La pena de multa* se aplica junto con la de inhabilitación especial, como se indicó, en una cuantía dineraria que habrá de fijarse por el Tribunal aplicando un porcentaje, comprendido entre el 5 y el 50 por 100 de la cantidad distraída. Entiendo que este término debería de ser sustituido por el de cantidad indebidamente aplicada, ya que la distracción parece hacer referencia más bien a las apropiaciones de carácter temporal que describe el artículo 396 del C. p.

La incorporación de la pena pecuniaria a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, aunque no tengan relación con la consecución de ventajas económicas, como es este caso, proviene de su consideración como infracciones administrativas criminalizadas, pues como afirma Roldán Barbero la multa constituyó desde antiguo la sanción fundamental en el ámbito disciplinario (22).

Teniendo en cuenta que el sistema proporcional indicado impide conocer «a priori» su importe, el legislador ha fijado un tope mínimo, pues la multa en ningún caso puede bajar de treinta mil pesetas, lo que permite calificarla de grave, a tenor de lo dispuesto en el artículo 28 del C. p. y en coordinación con lo establecido en el artículo 6 del mismo cuerpo legal.

(20) CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal* (en colaboración con los profesores Rodríguez Mourullo, Del Toro Marzal y Casabó Ruiz), tomo II, año 1976, págs. 168 y 169.

(21) OCTAVIO DE TOLEDO, *Ob. cit.*, pág. 454.

(22) ROLDÁN BARBERO, *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*. (Un estudio histórico de la moderna pena de multa), Madrid, año 1983, pág. 28.

III. CONSIDERACIONES FINALES («DE LEGE FERENDA»)

1. EN TORNO A LA DESPENALIZACIÓN DEL ART. 397

Procede ahora a modo de recapitulación final, plantearse la cuestión de la procedencia de mantener en el catálogo de infracciones criminales de malversación la figura descrita en el artículo 397, sobre todo cuando el proyecto del Código penal de 1980 y la propuesta de Anteproyecto de 1983 sostienen posiciones contrapuestas: el primero opta por la supresión del precepto, mientras la segunda conserva la redacción del Código vigente con la variante de que el diferente destino público dado a los caudales sólo sería punible si se causare daño o entorpecimiento grave a la función a la que tuvieren destinado.

La toma de postura en cuanto a la posible despenalización de la conducta que se examina, propuesta por el PCP-80 y seguida por la legislación comparada, requiere la formulación de algunas consideraciones:

No puede desconocerse la importancia que se deriva de la comisión de un acto como el de no ajustarse a la imputación que se ha detallado en los presupuestos de gastos, de acuerdo con el principio de especialidad de crédito, fundamental para el derecho presupuestario, ni se trata de dejar sin sanción tal conducta, sino de examinar si bastaría con las normas administrativas sobre la materia, sin necesidad de acudir al Derecho penal, que ha de estimarse como la última «ratio» basada en los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario (23).

En la Ley General Presupuestaria se contiene unas normas que estimo de interés referir: El artículo 140 exige responsabilidad a las Autoridades y funcionarios que por dolo, culpa o negligencia graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta ley, y estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria, que les pudiera corresponder (art. 140).

Según el mencionado precepto existe una triple responsabilidad: civil, disciplinaria y penal.

— La responsabilidad civil será exigible al funcionario que haya ocasionado daños o perjuicios a la Hacienda Pública, mediante la instrucción de diligencias previas por parte de los Jefes de los presuntos responsables, que adoptarán las medidas necesarias para asegurar los derechos de la Hacienda Pública. La incoación del expediente administrativo se llevará a cabo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley General Presupuestaria, y concluirá con la declaración sobre la obligación de indemnizar en su caso, con expresión de la cuantía y plazo.

(23) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal (Parte General)*, Madrid, año 1977, págs. 20 y 22.

La obligación de indemnizar se extiende no sólo a las personas que realizaron el acto, sino también a los ordenadores de pagos e interventores que obraren con dolo, culpa, negligencia o ignorancia inexcusables, salvo que hayan salvado su actuación mediante observación escrita, acerca de la improcedencia o ilegalidad del acto o resolución (art. 142).

— La responsabilidad disciplinaria dimana del poder sancionador de la Administración Pública en su esfera interna, como consecuencia de su organización jerárquica, por el que exige a sus miembros condiciones de competencia, eficacia y honestidad, indispensables para el cumplimiento de los fines que la Constitución asigna a la Administración (24).

El régimen disciplinario de los funcionarios civiles fue aprobado por Decreto de 16 de agosto de 1969 y entre las faltas muy graves se encontraba la emisión de informes o adopción de acuerdos manifiestamente ilegales, como sería la aplicación pública de caudales que administrasen a diferente destino, al que estaban destinados (25).

En cuanto al personal militar habrá de tenerse en cuenta el Reglamento aprobado por R. D. de 22 de febrero de 1979, que regula los procedimientos que se sustancien para determinar la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia, utilización y mantenimiento del material y efecto a su cargo, entre los que indudablemente se hallan el metálico y efectos públicos, a los que se puede dar un destino público diferente del legalmente asignado.

El expediente administrativo se tramitará sólo en los supuestos en los que se aprecien en el sujeto negligencia simple, si fuera grave, se castigaría con arreglo a lo dispuesto en el Código de Justicia Militar.

— La responsabilidad penal podía exigirse en el supuesto de que la autoridad o funcionario cometiese el delito de malversación de caudales, si bien interesa destacar que según la Ley General Presupuestaria no constituye tal delito la aplicación pública diferente de aquella a que estuviera designados por parte de los funcionarios que lo administran. En efecto, el artículo 141 de la Ley General Presupuestaria, al enumerar las infracciones que pueden cometer los funcionarios y autoridades en materia económica, señala en su apartado a) haber incurrido en el alcance o malversación en la Administración de fondos públicos, mientras en el apartado c) se refiere a comprometer gastos y ordenar pagos sin créditos suficientes para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la presente Ley o en la Ley de Presupuestos que sea aplicable; en este segundo entiendo que ha de incluirse la aplicación pública diferente de los caudales que se administran.

(24) En este sentido pueden verse los arts. 103 y 104 de la Constitución Española.

(25) El art. 31, apartado d) de la Ley, núm. 30/1984, citada, considera como falta muy grave la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales, que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos. Ha de entenderse derogado el art. 6 del Decreto de 15 de agosto de 1969, al que sustituye el art. 31 de la Ley 30/1984.

Tal conclusión se desprende de la relación entre el apartado c) del artículo 141, citado con el apartado a) del artículo 97 de la misma Ley General Presupuestaria, que otorga similar consideración —en cuanto a los efectos suspensivos del reparo formulado por la Intervención— cuando afectando a la disposición del gasto... se basa en la insuficiencia de crédito o en que el *propuesto no se considere adecuado*, es decir, una aplicación presupuestaria diferente a la que correspondería, dada la naturaleza del gasto que se propone.

La malversación de caudales en el sentido que lo emplea la Ley General Presupuestaria tiene íntima relación con el alcance, de decir, el déficit en los fondos públicos, surgido como consecuencia de la rendición de cuentas, controles o arqueos exigidos por la inspección correspondiente, diferente, por tanto, del compromiso de gastos sin crédito legislativo o aplicación distinta a la consignada en el Presupuesto.

Lo expuesto tiene su reflejo en el diferente tratamiento procedimental que prescribe la Ley General Presupuestaria:

— En los supuestos de malversación o alcance habrá de instruir expediente el Tribunal de Cuentas, según dispone el artículo 143 de la citada ley. Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas núm. 2/1982, de 12 de mayo, en su artículo 15, establece que la jurisdicción contable se extiende a los alcances de caudales y efectos públicos, sin perjuicio de remitir las actuaciones a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria si los hechos revisten los caracteres de delito.

— Restantes casos que describe el artículo 141 de la Ley General Presupuestaria como infracciones: a) Administrar los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro, b) comprometer gastos y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en esta ley o en la de Presupuestos que sea aplicable; c) dar lugar a pagos indebidos al liquidar las obligaciones o al expedir documentos en virtud de funciones encomendadas; d) no rendir las cuentas reglamentariamente exigidas o presentarlas con graves defectos; e) no justificar la inversión de fondos a que se refiere el artículo 79 y 80 de esta Ley, y f) cualquier otro acto o resolución con infracción de la presente ley. Se instruirá expediente administrativo y corresponderá el acuerdo de incoación, la designación de juez instructor y la resolución del expediente al Gobierno, si se trata de personas que tengan la condición de autoridad, en otro supuesto, será competencia del Ministro de Economía y Hacienda (art. 144 de la Ley General Presupuestaria).

Por lo expuesto, parece conveniente proponer la supresión del artículo 397, acogiendo la tesis sustentada ya hace tiempo por Groizard que no hallaba justificado el castigo penal para el funcionario que actúa sin ánimo de lucro, ni de ocasionar perjuicios al Estado, dando

a los fondos a su cargo una aplicación pública distinta de aquella para la cual estaban consignados (26).

En el mismo sentido se expresaron Ferrer Sama (27) y Quintano Ripollés (28), aunque Suárez Montes mantuviera la posición contraria, que apoya en la voluntaria oposición a las leyes presupuestarias (29). Argumento que no parece suficientemente sólido si se tiene en cuenta que todavía más grave es contraer obligaciones sin disponer del correspondiente crédito legislativo y esta conducta no está tipificada como delictiva (30).

La propuesta formulada responde a los criterios sustentados por el movimiento despenalizador, propugnado, entre otros autores, por Jescheck (31) y Bricola (32), cuyo objetivo es la revisión cuidadosa de los preceptos penales para situar «extra muros» del Código penal aquellas conductas que no constituyan ataques intolerables a bienes jurídicos considerados fundamentales para la comunidad.

Peris Riera, en un interesante estudio, advierte la importancia de la reducción del área del ilícito penal, desbordado actualmente en algunos aspectos (33).

Se pueden citar como causas determinantes del proceso despenalizador:

— La escasa entidad de ciertas infracciones, sobre todo faltas, a las que procedería sancionar con medidas administrativas.

— Las innovaciones que responden a un cambio en las valoraciones de la sociedad.

— Las derivadas de la nueva organización política y de la Constitución .

Sáinz Cantero ha mostrado su preocupación por el movimiento de reforma penal y en su estudio sobre el Proyecto de Código penal de

(26) GROIZARD, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo IV Salamanca, año 1891, pág. 288.

(27) FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, tomo IV (2.ª parte), Murcia, 1949, pág. 6.

(28) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, año 1966, pág. 725.

(29) SUÁREZ MONTES, *Ob. cit.*, pág. 861.

(30) ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, *Gastos públicos sin crédito legislativo*, en «Civitas - Revista Española de Derecho Financiero», año 1976, págs. 785 y ss.

Por otra parte, el art. 19 del Reglamento General de contratación del Estado, aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1975, exige, entre otros requisitos, la previa consignación presupuestaria, cuyo incumplimiento acarrearía la anulabilidad del acto administrativo, a tenor de lo dispuesto en el art. 44 del citado Reglamento.

(31) JESCHECK, *Linee direttive del Movimento Internazionale di Riforma Penale*, en «L'Indice Penale», año 1979, págs. 188 y ss.

(32) BRICOLA, *Teoria Generale del Reato*, en «Novissimo Digesto Italiano», año 1974, págs. 14 y ss.

(33) PERIS RIERA, *El proceso despenalizador*, Universidad de Valencia, año 1983, pág. 25.

1980 se lamentaba de la timidez con la que se había abordado el proceso despenalizador, pese a que, como ya indicamos, se suprimió del texto del Proyecto el actual artículo 397 (34).

En conclusión, considero que las disposiciones citadas, de carácter administrativo, son adecuadas y suficientes para sancionar las conductas que se podían calificar como *infracciones presupuestarias*.

2. UNA NUEVA ORIENTACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

El delito de malversación de caudales debería concebirse como una conducta de sustracción definitiva o distracción temporal de fondos públicos, realizada con ánimo de lucro por parte de quienes sean detentadores de tales bienes, tuvieren o no la condición de funcionarios públicos, sin perjuicio de la agravación que ha de aplicarse a quienes ostenten cargo público.

Se produciría así un cambio importante en la concepción de este delito al trasladar el elemento esencial que por el momento es el funcionario público, hacia el objeto material: los caudales y efectos públicos. Para ello sería conveniente la supresión del título «*De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*» que acertadamente ha sido suprimido tanto en el proyecto de Código penal de 1980, como en la propuesta de anteproyecto de 1983.

Considero que la ubicación más adecuada para el delito de malversación sería bajo el título «*De los delitos de la Hacienda Pública*», rúbrica que se introduce por primera vez en nuestro código en virtud de la Ley Orgánica número 2/1985, de 29 de abril, integrado por el delito fiscal y por el fraude de subvenciones públicas; es decir, que por primera vez se incluyen conductas que afectan tanto al presupuesto de ingresos, como al presupuesto de gastos, ya que las subvenciones públicas se encuadran en este grupo, como acertadamente advierte Rodríguez Bereijo (35). Es importante señalar que a la Hacienda Pública no se le perjudica sólo con la defraudación derivada del incumplimiento de las obligaciones tributarias en cuanto implican una minoración en los ingresos públicos, sino también por el despilfarrío doloso de los recursos públicos, teniendo en cuenta que la enorme masa dineraria con la que el Estado y sus Organismos Autónomos han de sufragar las necesidades sociales, se canaliza principalmente a través de la contratación administrativa y la concesión de subvenciones. Con respecto a éstas considero un acierto la calificación que al fraude de

(34) SÁINZ CANTERO, *El Proyecto de Código Penal a la luz del Movimiento Mundial de Reforma de las leyes penales*, en «La Reforma Penal y Penitenciaria», Universidad de Santiago de Compostela, año 1980, págs. 172 y ss.

(35) RODRÍGUEZ BEREIJO entiende que la figura de la subvención se enmarca en el cuadro del gasto público (Cfr. su obra *El Presupuesto del Estado*, Madrid, año 1970, pág. 207).

subvenciones públicas otorga el preámbulo de la Ley Orgánica número 2/1965, citada, como *malversación o distracción de fondos públicos que perciben los particulares*.

Una visión integradora de la Hacienda Pública, y lógicamente también de las conductas punibles que le afecten, se puede comprobar en las tesis mantenidas por los principales especialistas de Derecho financiero.

Así en la definición que nos ofrece Sáinz de Bujanda (36), en la tesis de Martínez Lafuente, para quienes el tributo se legitima en cuanto supone una cobertura de las necesidades generales (37); en la afirmación de Vivente-Arche Domingo «el tributo no puede ser entendido jurídicamente, a partir de la norma constitucional en estudio, más que en relación con los gastos públicos» (38).

Entre los penalistas, ya manifestado en el mismo sentido Rodríguez Mourullo, cuando relaciona el delito fiscal con el control democrático de gastos públicos y la información transparente sobre el mismo, de manera que el contribuyente sepa que la aportación que él hace al Erario Público revierte íntegramente en beneficio de la comunidad y no se invierte mal (39).

Finalmente y como resumen de cuanto antecede, se propone bajo la rúbrica *Delitos contra las Haciendas del Sector Público*, más correcto que el actual y acogiendo el criterio subjetivo que prevaleció en la vigente Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, núm. 82/1982, de 12 de mayo, (art. 4) (40), que comprendería dos secciones:

Primera Sección: el delito fiscal, el delito de contrabando y los relativos al control de cambio.

Segunda Sección: Delito de malversación de caudales públicos (dentro del que se incluiría el fraude de subvenciones públicas a particulares) y la infracción fraudulenta de determinadas normas sobre contratación administrativa.

(36) SÁINZ DE BUJANDA, *Sistema de Derecho Financiero*, Madrid, año 1977, pág. 476.

(37) MARTÍNEZ LAFUENTE, *El Tribunal de Cuentas y el control de los ingresos públicos*, en la obra colectiva «El Tribunal de Cuentas en España», Madrid, año 1982, pág. 878.

(38) VICENTE - ARCHE DOMINGO, *Apuntes sobre el tributo con especial referencia al Derecho español*, en «Revista Española de Derecho Financiero», año 1975, págs. 443 y ss.

(39) RODRÍGUEZ MOURULLO, *El nuevo delito fiscal*, en «Civitas - Revista Española de Derecho Financiero» (núm. 15-16), pág. 734.

(40) Cfr. RAMALLO MASSANET, *El control de la Hacienda no estatal por el Tribunal de Cuentas*, en la obra colectiva «El Tribunal de Cuentas en España», año 1982, págs. 2227 y ss.

