

EL DELITO DE FRAUDE (*)

por Antonio CANTOS GUERRERO

Abogado Fiscal del Tribunal Supremo

Como el fraude es delito de funcionario público contra la Administración, creemos obligado referirnos, bien que sea de paso, a ambos conceptos.

Más que definir el concepto "Administración", que sería ardua labor y que damos por supuesta, queremos delimitar la esfera de gestión donde se puede producir este delito. Aparte de lo legislativo, que aunque actividad del Estado no es propiamente de Administración, hay que descartar todo lo relativo a la Administración de Justicia, que tiene sus delitos peculiares y aún de la acción propiamente de gobierno todo lo que concierne a la actividad política; pues el fraude, como delito económico, se instala en la esfera de las realizaciones concretas que suponen la movilización de los recursos adecuados, propios del Estado, unos, en vía de integración, otros, y algunos pertenecientes a los administrados

En el aspecto subjetivo, la Administración es un conjunto de órganos afectos al cumplimiento de unos objetivos de carácter público.

CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO

El Estado, como personalidad jurídica, tiene que valerse de órganos "personas instrumentos" que actúan en su nombre; a estas

(*) El presente artículo es el texto de una conferencia pronunciada por su autor en el Salón de Actos del Consejo Supremo de Justicia Militar el día 8 de mayo de 1964, en el ciclo de conferencias organizado por la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército.

personas se las llama funcionarios. La doctrina más moderna afirma, que el funcionario, cuando actúa, no lo hace en representación del Estado, sino que actúa el Estado mismo, y esta afirmación tiene mucha importancia porque cuando el particular se relaciona con el funcionario, lo hace con el propio Estado, que asume las consecuencias íntegras del acto.

Al lado de los funcionarios públicos propiamente dichos, o sea, de las personas que ponen su actividad de forma permanente al servicio del Estado o de otra entidad pública, mediante una retribución, existen otros muy interesantes para el Derecho penal, que son aquellos que “ocasionalmente ejercen funciones públicas” en forma, a veces, además de eventual, gratuita. Creemos que, a efectos penales, estas personas, mientras ejercen la función, han de ser consideradas como funcionarios. En este caso están: 1.º Los profesionales habilitados por el Estado para el ejercicio continuado de una profesión que los particulares necesitan: abogados, procuradores, médicos, etc. 2.º Los particulares adscritos provisionalmente al ejercicio de una función de interés general: peritos, empleados de organismos sindicales, vocales de empresa, etcétera. Esto nos lleva de la mano a una afirmación que queremos dejar bien sentada, y es la de que no siempre coinciden el concepto administrativo y el concepto penal del funcionario; o sea, que el concepto penal del funcionario no está vinculado al concepto administrativo del mismo. Lo esencial, desde el punto de vista de la responsabilidad penal, es “el ejercicio de una función pública”, entendiéndolo como tal “toda actividad del Estado en orden al cumplimiento de sus fines” sin que importe al respecto la permanencia o transitoriedad del servicio, su trascendencia o insignificancia, ni la forma de retribución. Basta con que exista un título deferido en una de las formas que determina el art. 119 del Código penal común. En cuanto a los militares, el art. 13 del Código de Justicia Militar da una enumeración exhaustiva de ellos.

El art. 119 del Código penal común que figura hoy en la parte general, figuraba en la legislación anterior entre los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, que es donde más concreta aplicación tiene y tenemos que poner de relieve que en él no se dice “son funcionarios públicos...”, sino “se re-

putarán funcionarios públicos a efectos penales” todos los que ... previo legal nombramiento, “participen en el ejercicio de funciones públicas”.

El criterio de la desvinculación de los conceptos penal y administrativo, lo marcan de una manera tajante, aplicando el artículo que venimos mencionando, las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1955 y la de 10 de diciembre de 1960; dice la primera: “La calidad de funcionario público, a efectos penales, no se rige por la declaración que, en el ámbito de su competencia, hagan magistraturas distintas de la penal”, y en la segunda: “En el orden penal, lo que se ha de tener en cuenta para la atribución de la condición de funcionario público, ha de ser la naturaleza de la función y la oficialidad del órgano”.

Abundando en esta tendencia se han aplicado penas como funcionarios a personas que administrativamente nunca lo fueron; enumeraremos a manera de muestra: la de 9 de marzo de 1908, que considera como tal al rector de un seminario. La de 7 de agosto de 1909, referente a un cura párroco como administrador de fondos asignados para reparación de una iglesia. La de 25 de enero de 1888, que se refiere a oficiales de una escribanía. La de 17 de agosto de 1910, condena como funcionarios a unos médicos titulares y así, a notarios la de 28 de diciembre de 1932; empleados de organizaciones sindicales, 20 de diciembre de 1955; administradores de lotería, 19 de noviembre de 1954; empleados de la R. E. N. F. E., y las numerosas de última hora referentes a empleados del I. E. M. E., entidad autónoma dependiente del Ministerio de Comercio.

Pero hay más, y es que el concepto administrativo cada vez se va plegando más al concepto penal. La ley de Régimen jurídico de las entidades autónomas de 26 de diciembre de 1958, dice en su preámbulo: “se sienta —en esta ley— el claro e importante principio de que se trata de funcionarios públicos (se refiere a los empleados de dichas entidades), por lo que al mismo tiempo que se da de ellos una definición exacta, se declara que prestan sus servicios en régimen de Derecho administrativo, *declaración necesaria*, de una parte, para evitar disparidad de trato de unos y otros organismos, como ocurre en la actualidad, y de otra, porque no otra calificación que la de funcionario merecen

quienes se consagran de lleno con los requisitos que la ley determina, a servir intereses públicos en los organismos autónomos, instrumentos personificados del Estado”.

CONCEPTO DE LA ACCIÓN FINALISTA. REPROCHABILIDAD
Y ANTIJURIDICIDAD

Antes de entrar en el estudio concreto del delito de “fraude”, queremos detenernos en unas consideraciones generales que han de informar nuestro punto de vista.

El acto humano llamado a ser juzgado por el Derecho penal, es siempre finalista. El ser humano, en nuestro caso el funcionario público, está capacitado para prever las consecuencias de su actuar, estando en su mano dirigir el devenir causal a la consecución de objetivos anticipados por su inteligencia. Este “actuar” puede manifestarse de dos formas: o de forma activa, configurando los factores causales a su alcance; o de forma pasiva, dejando transcurrir las fuerzas naturales hacia un resultado que, con su intervención, pudo evitar. Cuando la finalidad pretendida es antisocial, o sea, cuando al actuar en razón de ella se violan los principios “ético-sociales” elementales (verdad, lealtad, probidad, etcétera) se incurre en un delito indudablemente descrito en la doctrina y por regla general también recogido en los tipos seleccionados en cada legislación positiva.

MEZGER admitió que en determinados delitos los factores subjetivos eran indispensables para configurar el tipo, el “ánimo de lucro”, por ejemplo, en los delitos contra la propiedad.

Creemos con WELSSEL, que es absolutamente imposible construir un “tipo” penal con factores meramente objetivos, como imposible es construir la “culpabilidad” a base de factores exclusivamente subjetivos, y es así porque en el hecho enjuiciable ambos se confunden; o el hecho es provocado, dirigido o querido en sus consecuencias por el agente o en caso contrario es meramente causal y como tal indiferente al Derecho penal. Ahora bien: la “finalidad pretendida”, por este hecho pletórico de factores objetivos y subjetivos, será la base para el juicio objetivo de reprochabilidad, juicio valorativo de su contenido antisocial.

Otro concepto que deseamos aclarar es el de la "antijuridicidad"; por regla general empujamos el problema al tratarlo en relación con la norma positiva. Un hecho es antijurídico cuando contradice el orden jurídico; pero el orden jurídico trascendental, el orden jurídico "válido", como dice WELSEL, como transcrito de aquel a que se refería SANTO TOMÁS, "promulgado en el hombre por medio de su inteligencia racional".

Creemos que estos dos puntos que venimos rápidamente de tratar nos ayudarán a resolver dos problemas de la dogmática de fraude: uno, el de *la reprochabilidad*, no obstante la normal apariencia objetiva que a veces presenta, reproche que nace de la "finalidad antisocial" pretendida o lograda del propio lucro, con conciencia del perjuicio para el Estado o con indiferencia ante él; otro problema que resuelve es el de la pretendida exclusividad de la falta administrativa, como si en el orden "jurídico válido" no estuviera incluida la obligación de *fidelidad* al Estado a quien se sirve. por encima de toda consideración de orden material, de si existió perjuicio o dejó de existir.

HISTORIA

A través de la Historia, el delito de fraude es de contextura reciente.

En Roma se verán mezclados los delitos de los funcionarios y aquéllos cometidos contra ellos; pero tomaron cuerpo como figuras principales: la prevaricación, el peculado y la concusión. La pena fijada a la prevaricación llegó, en ocasiones, a ser la de muerte, el concepto se amplió más tarde a la corrupción por precio. En el peculado, actual malversación, se incluía el sacrilegio, cuando lo sustraído era cosa sagrada, y el "crimen de residuo" o cambio en el destino de los bienes públicos. La "concusión" aludía a la "extorsión" de dinero a los particulares por el funcionario valiéndose de amenazas. En el camino hacia la perfección de los tipos penales perseguibles, se esbozó el fraude en aquellas figuras que nacían del hecho de interesarse el funcionario en negocios relacionados con su cometido. Se prohibió, por ejemplo, a los decuriones ocuparse de la recaudación de impuestos, y

a los funcionarios de las provincias comprar y administrar bienes dentro de ellas.

En los códigos extranjeros, sobre todo en los de inspiración germánica, en general domina el principio de la no especificación sino de la inclusión de una agravante, la de ser funcionario público, al delito definido de "infidelidad", tipo que no existe por lo general en las de origen latino ni en la nuestra.

En el Código italiano se comprenden estos delitos bajo la rúbrica de "Abuso de funciones en casos no previstos especialmente en la ley".

CARRARA hace una sutil distinción dentro del abuso de autoridad. La palabra abuso de autoridad —dice— tiene dos sentidos; uno, ontológico, y otro, jurídico. En sentido ontológico se abusa siempre que se emplea el cargo público en un sentido diverso del de su destino natural. En sentido jurídico se abusa del cargo si se utiliza con fines ilícitos. Esta distinción tiene importancia en cuanto a la exención por obediencia debida. Cuando se trata de un abuso de sentido jurídico, el inferior queda eximido; pues no ha de reclamarse a la jerarquía la razón de su proceder. En cambio, no queda exento de responsabilidad cuando el superior actúa fuera de la esfera de su competencia, aunque lo haga prevaliéndose del cargo.

El elemento subjetivo de injusto en el abuso de autoridad es "la infidelidad", hasta el punto que —continúa diciendo el autor citado— cuando no es "la codicia", sino el odio o la venganza lo que impulsa, se podrán aplicar otros tipos penales, pero *no este* del que nos venimos ocupando.

Desde los albores de nuestra Codificación están instalados los delitos de fraude en nuestros Códigos penales.

En el Código de 1822 estaban dedicados al fraude dos capítulos, el V y el XII, del título VI. El primero se encabezaba con el rótulo "De los funcionarios públicos que ejercen negociaciones o contraen obligaciones incompatibles con sus destinos", y el segundo "De los delitos de los asentistas, proveedores y empleados públicos que suministran, venden, compran y administran algunas cosas por cuenta del Gobierno"; como se ve por el enunciado, en el segundo capítulo se mezclaban dos delitos completamente dis-

tintos: uno, el de los particulares, y otro, el de los funcionarios.

En los Códigos del 70 y del 32 se instauró, caso de forma inalterable, la fórmula del vigente.

EL FRAUDE EN EL CÓDIGO PENAL

El Código penal español incluye el fraude en el capítulo que lleva por divisa: "Fraudes y exacciones ilegales", en el cual se comprende, además de los enumerados, el de "Estafa de los funcionarios". GROIZARD critica la heterogeneidad del capítulo y la duplicidad de figuras delictivas que se consignan en él, en relación con otros tipos delictivos definidos en el Código, pues según él, en el art. 400 se define un cohecho y en el 401 una "negociación prohibida al funcionario". QUINTANO dice que los delitos comprendidos en este capítulo constituyen grados imperfectos de ejecución de figuras delictivas comprendidos en otros del Código. RODRÍGUEZ MUÑOZ cree que aunque la sistemática legal no es irreprochable, es indudable que, entre todos los delitos comprendidos en este capítulo, existen unas notas comunes que explican su agrupación; en todos se dan la "infidelidad" del funcionario, y en todos se persigue más que una lesión efectiva un peligro de lesión y todos tienen como denominador común el abuso de autoridad.

El más leve de los delitos a los que el Código da el nombre de fraude es el comprendido en el art. 401, que alude "al funcionario público que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba de intervenir por razón de su cargo". En idénticos términos —por ello los estudiaremos en paralelo— se expresa el párrafo tercero del art. 403 del Código de Justicia Militar, único de los dedicados al fraude militar, como después veremos, que doctrinalmente responde al título. El segundo párrafo del art. 401 se refiere a funcionarios ocasionales, "peritos, árbitros, contadores-partidores, tutores o albaceas", que momentáneamente y sin título oficial desempeñan funciones públicas.

Podemos decir que son requisitos típicos de este delito: 1.º Que el sujeto activo sea funcionario público o militar en el sentido del art. 119 del Código penal común o del 13 del de Justicia

Militar. 2.º Que el funcionario o militar tenga que intervenir por razón de su cargo en el negocio jurídico determinado. Según la sentencia de 13 de diciembre de 1963 no es preciso que la intervención tenga que ser personal, basta que tenga que intervenir el organismo en que presta sus servicios; y 3.º Que *se interese* directa o indirectamente en el negocio jurídico cuya gestión esté encomendada al organismo en que sirve.

Como vemos, para nada se habla de perjuicio irrogado, ni siquiera intentado. Se trata de un delito de simple actividad. No se persigue un daño inmediato; se definen conductas que siendo normales y correctas para el particular, están vedadas para el funcionario, porque lo colocan en postura de perder su imparcialidad. CARRARA dice: "El solo hecho de colocarse en postura de poder perjudicar los intereses confiados, ya es por sí sólo constitutivo de delito". En la sentencia a que anteriormente aludimos, se dice con frase feliz, que lo que se persigue en el delito definido en el art. 401 es el "ilícito tráfico de influencia".

No obstante ser irrelevante el perjuicio material, no hemos de perder de vista que el fraude que venimos de describir es un delito económico y que, en definitiva, el bien jurídico protegido es el patrimonio del Estado genéricamente considerado, apartando al funcionario o militar de todo interés particular en la gestión confiada para que pueda proceder con plena objetividad.

En el tipo de fraude definido en el art. 400, la conducta del funcionario contraria a deber se cumple, bien concertándose con los interesados o especuladores, o bien usando de cualquier otro artificio dirigido a producir defraudación.

En este artículo se sancionan conductas reprobables del funcionario por la finalidad pretendida que es el propio beneficio, con indiferencia ante el perjuicio que tal conducta pueda acarrear a los intereses confiados. Nos interesa subrayar que no es indispensable que el perjuicio se produzca de una manera efectiva, pues este delito se consuma por el mero "concierto", abstracción hecha de las consecuencias; la palabra defraudar, en este caso, no es sinónima de perjudicar, sino que está empleada en el sentido de violar la confianza depositada.

Como caso de coincidencia del fraude con la ausencia de perjuicio, se suele poner el caso de que la gestión en "concierto"

coincida con el mejor logro. Si meditamos serenamente sobre el caso, veremos que cuando el negocio jurídico se consuma, al menos existe el perjuicio relativo, pues el logro pudo ser mejor aún beneficiándose el Estado de la participación que se detrajo para el funcionario. En nuestro sentir, cuando el negocio jurídico se consuma, se da la deslealtad del funcionario y el perjuicio patrimonial; lo que pasa es que el fraude se consuma por el "mero concierto" sin necesidad de que el negocio jurídico subsiguiente se lleve a efecto, y entonces, sí se da la figura del fraude sin perjuicio patrimonial efectivo.

Un problema interesante relacionado con este delito es el de la responsabilidad del tercero, no funcionario concurrente y aún beneficiario. CARRARA opta por la incriminación del particular en el delito económico del funcionario, pero excepciona el caso del fraude.

En primer lugar a CARRARA no le ata el argumento tan repetido, de la indivisibilidad del título; él no ve imposibilidad legal de que un solo acto, el privar de la vida a un ser humano, por ejemplo, sea asesinato para el que premeditó o se prevaleció, y homicidio para el que intervino casualmente. Más respeto le merece el argumento que funda la unidad de delito en el hecho de que "la cualidad personal del autor principal haya servido de medio al delito con pleno conocimiento y adhesión del partícipe", por eso no duda que el partícipe con el siervo ladrón, deba de incriminarse en el "famulato". Esta misma opinión mantuvimos hace unos meses en una conferencia pronunciada en el Instituto de Estudios Jurídicos en cuanto a la intervención del particular en la malversación. Otro es el caso del fraude, en el cual se da el supuesto de un hecho que es legítimo para todos e ilegítimo para el funcionario. La técnica a aplicar, según CARRARA, es totalmente distinta de la que venimos de exponer para los otros delitos económicos. En "estos casos —y son palabras suyas—, toda la objetividad jurídica del delito, reside en la violación de un deber especial que el oficio impone y, por tanto, se trata siempre de violaciones, dentro de una relación meramente personal, entre el empleado y el Estado". Desde este punto de vista, repugna la incriminación del particular y debe estimarse el delito como de "propia mano", y no es que el particular cometa otra clase de

delito al participar de los beneficios del fraude, sino que no delinque.

Dentro de nuestro sistema penal, esto lo vemos con claridad meridiana en el fraude menor del art. 401; nadie acusaría a los miembros de una sociedad por admitir como socio o como empleado a un funcionario de organismo del que dependa. Tenemos que confesar que no se ve tan claro en el del art. 400 y son muchos los que sostienen la opinión contraria. En los hechos tipificados en este artículo tenemos que dividir la finalidad pretendida: el funcionario realiza el hecho impulsado por una finalidad de lucro ilícito; el particular persigue un lucro lícito, parte del cual sacrifica, otorgando beneficios al funcionario para obtener la concesión. Lo que confunde es que, con estos hechos, suele ir intercalado un cohecho; difícil distinción que confundió a GROIZARD hasta el extremo de decir que en el art. 400 se describía un delito de cohecho.

Nosotros creemos que cuando existe la dávida se dará la figura del cohecho que eliminará al fraude e inculpará al particular en un cohecho activo; pero cuando el ánimo del funcionario se incline en favor de una operación determinada por un concierto de voluntades previo o por consideraciones interesadas distintas de la dávida, entonces, al no existir cohecho, surgirá la figura del fraude que sancionará sólo la violación del deber de *fidelidad específica* del funcionario, fidelidad a la que no está obligado el particular, que si se menciona en el enunciado del artículo, es a efectos meramente descriptivos del tipo. Esta es la tendencia seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según tendremos en seguida ocasión de ver.

Otro problema para delimitar el fraude es el del ámbito de las disposiciones administrativas sobre incompatibilidades.

CARNELUTTI da de mano maestra un toque a esta cuestión aclarándola, creemos que de forma definitiva; dice, haciendo la distinción entre el delito común o falta administrativa: "El delito administrativo ha de limitarse a lo que inmediatamente afecte al cumplimiento del mandato... y no ha de extenderse a aquello que afecte a la "actividad administrativa" que cuida el cumplimiento del mandato". Si transcribimos esta afirmación a un ejemplo diremos que una cosa es el "delito de contrabando", incumplien-

to del mandato que cometerá el particular al no pagar impuestos de fronteras y otra cosa la infidelidad, delito común, del funcionario de aduana que por móvil interesado lo fomenta o lo consienta.

Existe una orden, en teoría vigente, la de 29 de marzo de 1947 (conjunta de los departamentos de Asuntos Exteriores e Industria y Comercio) que declara incompatible el ejercicio de la función oficial de sus empleados, con el ejercicio de actividades económicas o profesionales de cualquier carácter, sea a título gratuito o retribuido, trátase de funciones ejecutivas o simplemente asesoras, ya sean ejecutadas directamente o por representación, y fija unas sanciones.

El problema se podría plantear con mayor justeza en relación con el art. 404 "Negociaciones prohibidas a los funcionarios"; pero ni con este artículo, ni con los de fraude hay caso. En primer lugar no habría nunca conflicto de leyes entre disposiciones de tan distinto rango; en segundo lugar, las sanciones son perfectamente compatibles, y en tercer lugar, y sobre todo, lo que interesa es si el hecho concreto cumple los requisitos típicos del delito; pues siguiendo a CARNELUTTI, diremos que una cosa es el incumplimiento del mandato (aceptar un cargo incompatible) y otra cosa distinta, tomar interés y perder la imparcialidad en un caso concreto en relación con la actividad administrativa confiada. Cuando este supuesto se produzca, entonces se cubrirán las exigencias del tipo.

EL FRAUDE DEL ART. 400 DEL CÓDIGO PENAL ANTE LA JURISDICCIÓN MILITAR

El antiguo Código penal militar definía en su art. 214 la figura delictiva del 401 del penal común y en el 213 se refería "al militar que interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contratas, ajustes o liquidaciones de efectos o haberes pertenecientes al Ejército, se concertase con los interesados o especuladores o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado". El Código penal de la Marina de Guerra en su art. 290 contenía un precepto idéntico y ambos eran transcripción casi literal del art. 400 del penal común. Al desaparecer

este precepto del nuevo Código de Justicia Militar, algún autor se pregunta si el "concierto" de que hablaban dichos artículos ha de estimarse comprendido en el "interés" de que habla el párrafo 3.º del 403, o, por el contrario, ha de pensarse recurriendo como supletorio, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2.º del 257 al art. 400 del penal común. Creemos que hay que recurrir al Código penal por no estar previsto; y el asunto es de verdadera trascendencia, pues de aplicarse el penal común había de ser en las condiciones de agravación que fija el art. 194 del Código de Justicia Militar, o sea, en su grado máximo o en el mínimo o medio de la inmediata superior, lo que no ocurrirá de aplicarse el Código militar. Ciertamente la redacción del art. 194 se presta a dudas sobre si al mencionar el fraude en su apartado 4.º comprende el delito definido en el núm. 3.º del 403. Creemos que no, que sólo se refiere a los calificados por el penal común; pues no tendría sentido fijar una pena en un artículo y agravarla en otro para todos los casos.

JURISPRUDENCIA

Existen escasísimas concreciones jurisprudenciales del delito de fraude; decir que los funcionarios españoles durante siglo y medio se han abstenido de abusar de su poder, es decir algo que para conceptuarlo de ingenuo no es preciso ser audaz. La explicación de haberse planteado la cuestión pocas veces ante los Tribunales, puede estar de una parte en un "mal entendido", espíritu de cuerpo que ampara a los infractores, y de otra parte, una gran tolerancia gubernamental que prefiere el silencio al escándalo en estos casos límites en los que sólo aquilatando la doctrina cabe hablar de delitos. El camino a seguir por los administrados es arduo cuando se trata de obtener justicia contra los administradores. En el terreno de la persecución oficial, rara vez se cuenta con la colaboración del organismo a que pertenece el funcionario, rara vez se encuentra un perseguidor tan poco contemporalizador que se enfrente contra el ambiente de indolencia que le rodea, y si se encuentra, es posible que tropiece con dificultades para llegar a todas las metas. Por eso existe tan poca

jurisprudencia sobre estos casos; pero entre las sentencias de última mano encontramos las siguientes, que *llenan indudables vacíos de incertidumbre*: la sentencia de 1.º de febrero de 1958, bajo la ponencia del magistrado de la Sala 2.ª, hoy jubilado, don Francisco de la Rosa, lleva al fraude del art. 400 al jefe de almacén del Servicio Nacional del Trigo, que compra trigo del que llevan los agricultores al Servicio, pagándolo de su dinero al precio oficial, pretextando que no existen impresos de negociables y luego lo vende por su cuenta. Notemos que el perjuicio del Estado es mínimo, pues tratándose de un servicio público, el Estado percibe una pequeña diferencia entre el precio a que compra y aquél a que vende, que es la única que se frustra en este caso.

Han sido varias las sentencias dictadas por fraude por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo en el caso de determinadas irregularidades cometidas por funcionarios del Ministerio de Comercio, en relación a licencias de importación; creemos ejemplar a este respecto la de 19 de noviembre de 1963. Se trata de una licencia de importación obtenida al amparo de una declaración (no importa si falsa, factor que sirve sólo para calificar el delito concurrente) de valores extranjeros hecha por la hija de un alto empleado del pertinente negociado del I. E. M. E. Esa licencia se tramita sin cumplir el condicionado del previo pago del impuesto de retorno, gracias a la intervención del padre de la beneficiada, que es condenado por fraude del art. 400. A la hija, beneficiaria al fin, se la exime de toda responsabilidad.

Idéntica es la tesis de hecho de las sentencias de 25 de marzo, 5 de octubre, 24 y 26 de diciembre de 1963, en las que la Sala de instancia condena por fraude, y la de casación no desmiente la tesis de derecho, si bien estima prescrito el delito.

En la de 18 de mayo de 1963 se trata el caso de un funcionario de la misma entidad autónoma, que aplica a la moneda entregada por un pariente un cambio más favorable del que realmente le corresponde.

Pero no queremos terminar este examen de jurisprudencia sin hacer una referencia a la sentencia de 13 de diciembre de 1963, *aún está fresca su tinta*, donde el catedrático de Derecho penal y magistrado del Tribunal Supremo Sr. QUINTANO RIPOLLÉS, establece

de mano maestra los linderos del fraude. Se trata, en lo que a este tema interesa, de un funcionario del I. E. M. E., que es abogado y que acepta un cargo de asesor de una compañía interesada en importaciones. La Sala de instancia lo condenó por fraude del artículo 401 y la Sala de casación confirmó el criterio a través de un Considerando del que son las siguientes palabras: "lo que sí significó para la Sala, es que aquel cargo privado, retribuido por los porcentajes de comisión en las importaciones, no obedecía a una actividad profesional concreta, sino a un "ilícito tráfico de influencia" que es en lo que radica la antijuridicidad del delito de fraude". Este concepto, tan magníficamente expresado, nos recuerda la *vuidicta fumis* del Derecho romano, aunque aquí no es "humo" precisamente lo que se cotiza.

EL FRAUDE EN EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

Tres artículos dedica al fraude el nuevo Código de Justicia Militar, comprendidos en el primer capítulo del título que lleva por rótulo "Delitos contra los intereses del Ejército".

Los medios materiales con que cuenta el Ejército son objeto de una especial protección por el Derecho penal militar y quizás a esta preocupación obedezca el dedicar un capítulo especial y bajo la rúbrica de "delitos de fraude", a hechos que en la legislación anterior aparecían dispersos y que, de no agruparse en ese capítulo, serían penados, de todas formas, por aplicación de otros tipos definidos en el propio Código o en el penal común que es supletorio.

En efecto, si descartamos el núm. 3.º del art. 403, verdadera figura del fraude, doctrinalmente considerado de la que ya nos hemos ocupado, en los otros párrafos de este artículo se concretan estafas, falsedades, daños, hurtos, traiciones, delitos contra la salud pública, etc., a los que se les da el nombre convencional de fraude. No censuramos esta técnica; sin duda el legislador quiso destacar en este capítulo hechos *peculiares* que desde los primeros esbozos legislativos preocuparon al legislador y se plazmaron en pragmáticas, cuerpos de leyes y ordenanzas, tanto para los Ejércitos de Tierra como para los de Mar. Por otra parte

venimos de decir que la esencia del fraude radica en la "infidelidad", y la realidad es que en el art. 403 a través de todos sus párrafos, y en el 404, resalta la infidelidad del militar como elemento subjetivo de injusto y aún en el 405 se trata de personas que, aunque sea momentáneamente, están ligadas al Ejército por compromisos específicos, como son los suministradores de provisiones de boca y guerra.

También preocupó al legislador, y así lo dice en la exposición de motivos, la idea de que no queden sin sanción hechos que perturban grandemente los intereses del Ejército y que, por presentar contornos lindantes con la esfera civil, pudieran parecer atípicos; por eso los agrupó en este capítulo en forma detallada, con la idea, además, de que puedan ser más severamente castigados. Esta consigna de severidad no siempre se cumple. Desaparecida del nuevo Código la pena de presidio, que llevaba aneja la separación del servicio, y no incluyéndose el fraude en la enumeración de delitos del art. 221 que son los de robo, hurto, estafa, apropiación indebida y malversación, los cuales llevan consigo dicha separación, al condenarse con pena de prisión al fraude del art. 403, no lleva ya forzosamente aneja dicha accesoria, que sólo será aplicable cuando la prisión exceda de *tres años*, según el art. 219.

Afortunadamente se suprimió en la reforma de 21 de abril de 1949 la apostilla del art. 403, donde al fijar la pena a los fraudes de dicho artículo se decía: "pena de prisión, a no ser que el hecho constituya delito más grave", término comparativo que tantas dudas suscitó. A cambio de esta supresión se estableció la pena alternativa de prisión o separación y se adicionó un párrafo: "cuando los hechos a que se refiere este artículo constituyan también delito castigado en el Código penal con pena más grave que la de prisión, podrá el Tribunal imponer la inmediatamente superior a ésta". Al conjuro de este último párrafo, hay que recurrir de nuevo a la interpretación. En el Código penal común son castigadas con reclusión como delitos que puedan identificarse con el fraude, la malversación del art. 394, párrafo 4.º, y la adulteración de sustancias alimenticias cuando a consecuencia de ello se ocasione muerte, del art. 348; lo curioso es que se frustré una vez más el deseo del legislador de extremar la severidad. La

pena superior en el Código de Justicia Militar se obtiene, según el art. 239, sumando al máximo la mitad de la duración de la pena. Como la impuesta al fraude es la de prisión, que en lo militar es de seis meses y un día a doce años, la pena superior que se autoriza a imponer, en el supuesto de que tratamos, tendrá como límite superior dieciocho años, inferior a veinte años, que es el límite superior de la *reclusión* en el penal común.

En cuanto a las personas que puedan intervenir en estos delitos, creemos que los enumerados en los tres primeros párrafos del art. 403 sólo pueden ser cometidos por militares, ya que sólo ellos pueden reclamar haberes para plazas supuestas, utilizar para necesidades particulares elementos de carácter oficial o interesarse en contratos u operaciones en que deban de intervenir por razón de su cargo, sin que la responsabilidad pueda alcanzar, según la tesis que venimos manteniendo, al particular que contrata o se beneficia. En las demás *figuras* de este artículo y del resto del capítulo, que nada tienen que ver con el fraude como delito tipo, pues se refieren a hurtos y robos, pueden intervenir, casi es obligada la intervención de personas no militares. En el último párrafo del art. 403 se consigna una disposición de excepción, en lo que se refiere a los párrafos de dicho artículo en los que es posible la incriminación de paisanos. Esta disposición es una derogación expresa de los arts. 196, 198 y 199, donde se definen los conceptos de autor, cómplice y encubridor. Según dicho párrafo en el caso de fraude "se considerarán coautores" tanto los que primeramente toman parte en el apoderamiento o distracción, como los que después adquieran o se aprovechen o negocien con las cosas defraudadas; con lo cual, se elevan a la categoría de autores a los que por definición serían sólo cómplices o encubridores. La exposición de motivos razona la pertinencia de este apartado, en el hecho de que son esas terceras personas que adquieren y se aprovechan de lo sustraído, de una parte, las que más se benefician, y de otra, los que actúan como elementos determinantes ante los autores principales, dándoles la seguridad de colocar lo sustraído. Algo similar ha impulsado en la legislación penal común a crear y castigar con severas penas al encubrimiento autónomo de los arts. 546 bis y siguientes, innovación que no ha sido recogida en el militar.

Al ocuparnos, en particular, de cada una de las modalidades del fraude militar, dejaremos de tratar el párrafo 3.º del art. 403, al que ya nos hemos referido al estudiar su hermano gemelo, el artículo 401 del Código penal común.

En el párrafo 1.º alude a la “reclamación de haberes para plazas supuestas en beneficio propio o de un tercero”. Este precepto es de remota raigambre en nuestro sistema penal militar. Ya en el Fuero de Teruel, año 1176 se aludía a los luego llamados “Santelmos” que acudían a las revistas de los Tercios de Flandes para presentar mayores efectivos. En las crónicas de MARTÍNEZ DE LA VEGA se habla de que muchos de los vasallos del Rey D. Juan II y aún Grandes de Castilla, alquilaban hombres para acudir al alarde. SALA, cuenta que el duque de Osuna, virrey de Nápoles, en una revista encontró más de seiscientos alquilados que no eran del Ejército. Este hecho singular lo pone de manifiesto en su discurso militar el marqués de Aitona, Capitán General de Cataluña en 1653. Los comentaristas de la época observan que el hecho se generalizaba y aún se toleraba, lo cual era debido a la pequeñez de las retribuciones y al retraso con que se pagaban. No obstante, la legislación siguió implacable. Las ordenanzas de revista de comisario de 1748 y del 68, transcripción de los antiguos pases bajo lanzas, impusieron severos castigos a los que respondían a nombre ajeno y a los cabos, Sargentos y Oficiales de las compañías que lo permitieran, así como consignaban premios a los *denunciantes*: detallando el concepto de “plaza supuesta”.

Una notable novedad ofrece la redacción de este artículo, en relación con la legislación anterior, es la configuración del tipo a base de la exigencia de que los haberes se reclamen “a sabiendas” y “en beneficio propio o de un tercero”. En cuanto a lo primero, al incrustar en el tipo lo que MEZGER llama “el elemento subjetivo de injusto” descarta la posibilidad de cometerlo en forma culposa, al igual que pasa en el delito de hurto ante la exigencia del “ánimo de lucro”.

En cuanto a la segunda exigencia, el hecho pierde tipicidad cuando el falseamiento de la verdad no se haga en beneficio propio ni de tercero, sino en beneficio de la unidad. Es posible que pesara en el ánimo de los legisladores, cuando consignaron esta limitación, alguna consideración similar a aquellas que

en la antigüedad paliaban el hecho a la vista de los historiadores; insuficiencias de consignaciones para manutención de la tropa, que hacían, para mejorar el rancho, que figuraran, por ejemplo, como presentes, los que en uso de permiso estaban rebajados.

El *delito* se consuma por el hecho de cursar la reclamación indebida, sin necesidad de haber llegado a percibir los haberes. He aquí una característica coincidente con lo que doctrinalmente se denomina fraude. La de ser delito de peligro, de pura actividad, donde lo que fundamentalmente se pena es la "infidelidad" siendo irrelevante que el perjuicio se produzca o no. Relacionando este delito con el de falsedad, encontramos la sentencia de 27 de julio de 1897 de este Alto Tribunal que dice que, cuando el delito que venimos estudiando se consuma, no es posible hablar de concurso de delitos con la falsedad, pues según dicha sentencia al tener que ser siempre las reclamaciones por escrito, viene a ser dicha falsedad elemento configurador del tipo. Nos parece que esta interpretación está en contradicción con lo dispuesto en el art. 238 que dispone que cuando un solo hecho constituye dos o más delitos de los comprendidos en este Código o cuando uno de ellos sea medio para cometer el otro, se impondrá la pena asignada al más grave.

La doctrina sentada en dicha sentencia conduce, además, a la incongruencia de que la falsedad, delito más grave, recabe su independencia en caso de absolución del fraude por no haber sido efectuado en beneficio propio o de un tercero. Nos parece más justo que en todo caso se castigue la falsedad como delito conjunto.

De más fácil solución es el supuesto concurso con la "malversación". El fraude se consuma, según dijimos, con la mera reclamación; pero cuando se perciben los haberes, aparte de la falsedad, ¿surgirá un tercer delito, el de malversación, en la cuantía del perjuicio irrogado al Estado? RODRÍGUEZ DE VESPA, opina que así es; pero que este tercer delito ha de quedar impune. Nosotros creemos que no existe tercer delito, sino que el perjuicio ha de ir a responsabilidad civil, como ocurre en todos los demás delitos: daños, desórdenes públicos, apropiaciones indebidas, etc. Sería absurdo que cuando el autor de ellos fuera funcionario o militar, la lesión del Estado la lleváramos a un con-

curso con la malversación, delito que tiene sus peculiares exigencias típicas.

En el párrafo 2.º del art. 403 se castiga “al militar que utilice para necesidades particulares elementos de carácter oficial, siempre que, con dicho motivo, *se originen gastos al Estado*”.

En este párrafo, sin tradición en la legislación castrense, se describe un verdadero “hurto de uso” similar a aquel que se introduce en la legislación común con la ley del Automóvil de 9 de mayo de 1950. La razón de ser de su introducción fué, sin duda, la abundancia de medios mecanizados en el Ejército. Obsérvese que como exigencia típica se consigna “que origine gastos”, no habla de perjuicios. En el uso indebido de un automóvil del Ejército, por ejemplo, contará el gasto de combustible, no el desgaste de material, que es perjuicio. Si sólo existe lo segundo, se estará ante la falta del art. 437, núm. 11. La cuantía del gasto no se especifica a efectos de penalidad, lo que hace que la pena pueda ser desproporcionada ante el caso de un gasto mínimo irrogado.

El antecedente de los números 4.º y 5.º del art. 403 que se refiere a la apropiación y enajenación de material de guerra recibido para uso en servicio o perteneciente a organismos militares el primero y a prendas, efectos de equipo y demás útiles el segundo, está en las Ordenanzas de 1768, y el más remoto, en el Derecho romano, donde la venta de armas se castigaba con pena capital, del que la tomó nuestro Fuero Juzgo y de forma especial se refieren a estos casos, las Reales ordenanzas de 1777 y los Reglamentos de 1855 y 1856. En la exposición de motivos se justifica la dureza de la pena necesaria, en especial, cuando se trata de armamento por la gravedad intrínseca que implica la apropiación y enajenación de tales objetos... y la posible ulterior aplicación de lo defraudado.

Las diferencias entre los dos números que comentamos, son: 1.º El número 4.º se refiere a armas, explosivos y material efectivo de guerra, y el 5.º a prendas, efectos de equipo, víveres, etcétera..., o sea a material que no merezca propiamente el calificativo de armamento. 2.º Que cuando lo sustraído no es armamento, para integrarse en el párrafo 5.º, ha de pertenecer a la unidad en que sirva el que lo sustrae; y 3.º Que tratándose de armamento no existe el tope mínimo de cuantía y sí en el

en el segundo caso, donde lo sustraído ha de exceder en valor de 50 pesetas.

La exposición de motivos dice, que aunque pudiera parecer corto este límite cuantitativo, hay que tener en cuenta el respeto que ha de presidir la organización de las unidades del Ejército en todos sus aspectos. El razonamiento nos parece perfecto, pero creemos que no debió de pararse en tan reducido límite, sino que debió suprimirse igualmente que no existe límite inferior cuando de armamento se trata. Con el límite fijado existen aún dos gradaciones hacia abajo, la falta grave del art. 439 y la falta leve del artículo 443, separadas por cuantías de 25 pesetas.

En estos párrafos se ve de una forma singularmente clara lo que empezamos por decir, que en estos artículos se mezclan delitos que tipificados están en el Código penal común: hurtos, apropiaciones indebidas, malversaciones, etc..., pero que al estar aquí descritos no hay que calificarlos por aquél y menos con la consecuencia agravatoria del art. 194.

Los preceptos que comentamos, sobre todo el núm. 5.º, ha reducido, en lo militar, la posible aplicación de los hurtos y de las estafas a *aquellas* sustracciones o apoderamientos de efectos de propiedad particular, o cuando sean cometidos sólo por paisanos, o cuando lo sustraído no pertenezca al cuerpo en que sirve el que lo sustrae. En este último caso ha tenido que fallar en diferentes ocasiones la Sala de justicia de este Tribunal para aclarar el concepto de "pertenecer al cuerpo, unidad o dependencia en que el inculpado preste sus servicios" y de otra parte, y con disyuntiva, que se le hubiese asignado para el servicio.

Antes de la reforma de 1949 que incluyó definitivamente los víveres, cabía la duda de si éstos estaban excluidos. Lo que creemos que indudablemente no están incluidos son los caudales; pues sólo recurriendo a una interpretación extensiva, que no es posible en lo penal, podrían incluirse. La sustracción de caudales hay que llevarla siempre a la malversación, con la agravación inherente, a que repetidas veces nos hemos referido, del art. 194.

Los arts. 404 y 405 son relativos a ausencias o deficiencias en suministros. La diferencia entre uno y otro artículo radica en que en el primero se castiga al militar que tiene a su cargo

gestionar los suministros, mientras que en el segundo se hace referencia al encargado de facilitar tales suministros.

Dos son los supuestos a que se refieren tanto el art. 404 como el 405, uno el de dejar de cumplir el cometido y otro el de cumplirlo de forma defectuosa. En ambos igualmente, para graduar la pena, se tiene en cuenta si se cometen en tiempo de guerra o de paz y dentro de cada uno de los casos, si resultaran perjuicios para el servicio o no resultaran. Siendo en todo caso inferiores las penas fijadas para los suministradores que para los militares encargados de la provisión, no admitiéndose en cuanto a éstos tampoco la posibilidad que se consigna para los segundos en el último párrafo del art. 405 para el caso de guerra, de que sean cometidos en forma culposa.

La cuestión suscitada en torno al párrafo 2.º del art. 404, de si la condena a prisión en tiempo de paz ha de darse aun en el caso de ausencia de perjuicio, nos parece nacida de un alarde interpretativo del lenguaje empleado; si así fuera, carecería de razón de ser la disyuntiva que en dicho artículo se plantea y el manifiesto propósito de diferenciar el caso de guerra del de paz, castigando con la pena, la de prisión, “el hecho sin perjuicio” en guerra y “con perjuicio en paz”. Por otra parte, de no ser esta, que es la lógica, la interpretación de este artículo, quedaría sin contenido el art. 441, donde se define la falta correspondiente a la deficiencia en tiempo de paz y sin perjuicio.

No hay que perder de vista que los delitos definidos en estos dos artículos *pueden concurrir* con el de traición previsto en el artículo 259, párrafo 6.º, que se refiere “al que malversare caudales o efectos de los ejércitos en campaña, ministrarse maliciosamente provisiones o dejare de hacerlo de igual modo con daño de las operaciones de guerra o perjuicios de las tropas” y con el artículo 346 del Código penal común comprendido entre los delitos contra la salud pública, cuando lo sustraído pueda acarrear tales consecuencias.