



Universidad Internacional de La Rioja

Grado en Derecho

TUTELA PENAL DEL ERARIO PÚBLICO FRENTE A DIPUTADOS, SENADORES Y CARGOS SINDICALES

Trabajo fin de grado presentado por:

CAMILO BOO VÁZQUEZ

Titulación:

GRADO DERECHO

Línea de investigación:

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

Director/a:

DR. D. SERGIO CÁMARA ARROYO

Ourense

09/07/2014

Firmado por: Camilo Boo Vázquez

Índice

ABREVIATURAS	4
RESUMEN / ABSTRACT.	5
I. INTRODUCCIÓN.....	6
I.1. PROBLEMÁTICA ACTUAL.....	6
I.2. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.	7
II. ANTECEDENTES DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.	7
II.1. CONCEPTO DE MALVERSACIÓN.	7
II.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.	8
II.3. REGULACIÓN EN LOS DEROGADOS CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES.	9
II.3.1. <i>El Código Penal de 1822.</i>	9
II.3.2. <i>El Código Penal de 1848 y su reforma de 1850.</i>	10
II.3.3. <i>El Código Penal de 1870.</i>	11
II.3.4. <i>El Código Penal de 1928.</i>	12
II.3.5. <i>El Código Penal de 1932.</i>	14
II.3.6. <i>El Código Penal de 1944, texto refundido de 1973 y reformas posteriores.</i>	14
III. REGULACIÓN VIGENTE DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.	15
III.1. ASPECTO OBJETIVO.	16
III.2. NATURALEZA JURÍDICA.	17
III.3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.	17
III.4. ELEMENTOS COMUNES.	18
III.4.1. <i>Sujeto activo.</i>	19
III.4.1.1. Autoridad.	19
III.4.1.2. Funcionario.	20
III.4.1.3. Particulares.	22
III.4.2. <i>Objeto material.</i>	22
III.4.3. <i>Relación entre funcionario y los caudales públicos.</i>	23
III.5. FIGURAS DELICTIVAS.....	24
III.5.1. <i>Malversación propia.</i>	24
III.5.1.1. Conductas de apropiación.	24
III.5.1.1.1. Por acción.	24
III.5.1.1.2. Objeto del delito.	25
III.5.1.1.3. Por omisión.	26
III.5.1.2. Conductas de distracción.	26
III.5.1.2.1. Aplicación a usos ajenos a la función pública.	27
III.5.1.2.2. Aplicación privada de bienes de titularidad pública.	28
III.5.1.2.3. Distinción entre ambas modalidades delictivas.	28
III.5.2. <i>Malversación impropia.</i>	29
III.5.3. <i>Falsedad de cuentas.</i>	30

IV. BREVE REFERENCIA A LOS SISTEMAS NORMATIVOS DE NUESTRO ENTORNO.	31
IV.1. ALEMANIA.	31
IV.2. FRANCIA.	31
V. PROPUESTA LEGE FERENDA.	32
VI. CONCLUSIONES.	35
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	37
VIII. FUENTES JURÍDICAS.....	39
VIII.1. NORMATIVAS.....	39
VIII.2. JURISPRUDENCIALES.....	41
IX. ANEXOS.....	43
IX.1. ANEXO 1.....	43
IX.2. ANEXO 2.....	47

ABREVIATURAS

Art.	Artículo.
Arts.	Artículos.
CE	Constitución Española de 1978.
CP	Código Penal.
E.R.E.	Expediente de regulación de empleo.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TS	Tribunal Supremo.

RESUMEN / ABSTRACT.

Título: Tutela penal del erario público frente a diputados, senadores y cargos sindicales

El presente trabajo busca ofrecer una solución que intente paliar o reducir el exacerbado grado de corrupción política al que nos enfrentamos en estos momentos tan complicados económicamente. Ello lo realizaremos a través de un sucinto análisis, debido a la falta de espacio y tiempo, del delito de malversación de caudales públicos a lo largo de la historia. A continuación, analizamos la regulación vigente tanto en nuestro Código penal, como en los Códigos penales de nuestro entorno. Finalmente, a la vista de los resultados analizados indicamos cuáles serían las mejores opciones para reducir el fenómeno criminológico de la corrupción política en nuestro país.

Palabras clave: corrupción política, malversación de caudales públicos, autoridades y funcionarios públicos.

ABSTRACT

Title: Criminal protection against public treasury of representatives, senators and trade charges.

This paper seeks to provide a solution that tries to alleviate or reduce the exacerbated degree of political corruption we face in this difficult time economically. This is done via a succinct analysis, due to lack of space and time, the crime of misappropriation of public funds throughout history. We analyze existing regulations both in our penal code, as in the criminal codes of our environment. Finally, in view of the results discussed indicate what would be the best options to reduce the criminological phenomenon of political corruption in our country.

Keywords: political corruption, misappropriation of public funds, authorities and public officials.

I. INTRODUCCIÓN.

I.1. Problemática actual.

La situación económica actual de nuestro país no atraviesa por sus mejores momentos. Tras una larga y profunda recesión del Estado del bienestar, afloran multitud de casos de corrupción. Pero no estamos ante cualquier clase de corrupción, sino que nos enfrentamos a su peor especie, la malversación de caudales públicos por parte de figuras con poder político. Perpetrada por personas que consiguieron la confianza del pueblo a través de medios legítimos constitucionales, y que, sin embargo, han tergiversado sus funciones para llevar a cabo acciones contra la propia ciudadanía. Por tanto, podemos decir sin empacho alguno que ejercen sus cargos en fraude de ley. DE LA CUESTA ARZAMENDI¹ califica tal situación de corrupción política como un fenómeno criminal que pone seriamente en riesgo el desarrollo económico, el funcionamiento de la democracia, la calidad de vida política y la justicia social de un país.

Señala SERRANO GÓMEZ², con gran acierto, que los ciudadanos ven en la corrupción un grave problema que afecta a la credibilidad de los políticos. Aquéllos “consideran que los políticos y otros poderosos reciben un trato mejor, y muchos de los delitos que cometen no se persiguen”. Así, indica el autor citado, que la corrupción en nuestro país ha evolucionado desde la tradicional picaresca, pasando por situaciones parecidas al bandolerismo, hasta llegar a grupos organizados con estructura similar a las mafias:

“Tampoco vale la excusa de que no todos los políticos son iguales, que en efecto así es, pero a los delincuentes hay que perseguirlos”³.

Esta corrupción no surge de la nada, es necesario que senadores, diputados, cargos sindicales o cualesquier otros personajes que ostenten un cargo público con relevancia constitucional, reúnan, como mínimo, los dos siguientes requisitos. En primer lugar, evidentemente se requiere ostentar un cargo de los ya mencionados para tener un mayor acceso directo al erario público. El segundo requisito, se encuentra en las deficiencias o lagunas jurídicas que permiten a estos sujetos actuar con total impunidad, por ejemplo, el Reglamento del Congreso de los Diputados o el propio Código penal⁴ (en adelante, CP).

¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI (2013:1).

² SERRANO GÓMEZ (2013:1).

³ SERRANO GÓMEZ (2013:3).

⁴ Este requisito se cumple en tanto sea necesario recurrir a la interpretación de ¿qué ha de reputarse por autoridad o funcionario público? Y esto es así porque el magistrado que intente procesar a estos sujetos deberá desarrollar una gran labor jurídica para justificar la imputación de estos personajes.

Así, SERRANO GÓMEZ⁵ indica que “se han dictado disposiciones por algún Gobierno, Comunidades e incluso por el Parlamento, conociendo que facilitarán la corrupción”, y DE LA CUESTA ARZAMENDI⁶ pone de manifiesto que “sus prácticas clientelares y sus redes opacas y oscuras inciden de manera muy negativa”. Ejemplos de estas afirmaciones pueden ser: otorgar subvenciones a empresas y repartirse la cantidad entre ellos; ocultar parte de fondos previamente engrosados para el desarrollo de proyectos; otorgar ayudas a trabajadores despedidos por expediente de regulación de empleo (en adelante, E.R.E.), etc.

De lo expuesto, podemos extraer que estas acciones profundamente reprochables por la sociedad se componen de los elementos que a continuación se exponen. Como sujetos activos bien definidos nos encontramos con senadores, diputados, cargos sindicales, o cualquier otro con cargo constitucional. Como conducta merecedora de castigo y, por ello, típica, tenemos la de apropiarse de dinero —en sentido amplio— correspondiente al Estado. Y, para terminar, como objeto del delito tenemos el erario público. Estamos entonces ante un posible tipo delictivo especial que no hemos encontrado recogido en ninguno de los códigos penales de la historia de nuestro país, como se verá a lo largo de este trabajo.

I.2. Metodología de la investigación.

Analizaremos la precitada problemática mediante un estudio teórico-dogmático atendiendo a la teoría general del delito, e intentaremos una propuesta de reinterpretación teórica de determinados conceptos relacionados con la malversación de caudales como, por ejemplo, el concepto de autoridad o funcionario público. Este análisis lo realizaremos a través de un enfoque histórico, estudiando el origen y evolución de esta figura delictiva a través de los distintos códigos penales españoles, así como una sucinta comparación de nuestra legislación respecto a la de países de nuestro entorno. Para finalizar, concluiremos nuestro proyecto de investigación con proposiciones resolutivas al problema en cuestión desarrollando un nuevo tipo específico de malversación.

II. ANTECEDENTES DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.

II.1. Concepto de malversación.

Antes de comenzar el desarrollo propio del tema, es necesario ofrecer una aproximación al concepto de malversación, con el objetivo de comprender su estructura y finalidad en el ámbito del Derecho Penal. Así, malversar consiste en apropiarse de caudales públicos o distraer éstos de su destino distinto inicial, conducta llevada a cabo por una autoridad o funcionario público del Estado en el ejercicio de sus funciones.

⁵ SERRANO GÓMEZ (2013:3).

⁶ DE LA CUESTA ARZAMENDI, (2013:1).

II.2. Evolución histórica⁷.

Nada sabemos en cuanto a la regulación de este delito en los antiguos tiempos. Señala MOMMSEN⁸ que es posible que se hallara contenido en las Doce Tablas, pero faltan testimonios que lo afirmen. Los antecedentes más lejanos conocidos sobre la malversación los encontramos en la originaria ciudad de Roma, siendo el Derecho Romano el primero en regular esta figura. En sus comicios, la ciudad tenía como único recurso económico explotado la agricultura y la ganadería, no conocía más riqueza que la denominada pecuaria. Aunque los fondos venían de un mismo lugar, se distinguía entre cosas sagradas y cosas pertenecientes al Estado. Sin embargo, pese a la diferente denominación, señala MOMMSEN⁸ que jurídicamente formaban un grupo distinguiéndose únicamente al hacer uso de ellos.

El hurto de las cosas divinas recibía el nombre de “*sacrilegium*”, mientras que el hurto en las cosas del Estado se denominaba “*peculatus publicus*” o simplemente “*peculatus*”. Como indica el citado autor⁹, se daba este nombre porque antes de hacer uso del dinero, los animales destinados al sacrificio eran bienes muebles de primer rango, y por eso, el hurto de éstos era el primero de su clase. Los reos eran castigados por culpables ante los Dioses y no como ofensores de la República.

La Ley Julia de peculado y residuos¹⁰ castigaba este delito con la interdicción, la deportación y confiscación de bienes y, en el peor de los casos, con la muerte. Con el avance del Imperio, el concepto de administración pública sustituyó al interés religioso, cambiando el fundamento del delito y reconduciéndose la conducta sancionada a la deslealtad, el abuso de confianza y una falta contra la fe pública. Así, en la Ley de Julio César “De peculato” ya se distinguían las dos formas de malversación: propia e impropia.

Las Siete Partidas de Alfonso X¹¹, inspiradas en el Derecho Romano de Justiniano, entendían este delito como una ofensa a la autoridad Real. Sin embargo, supieron distinguir entre el oficial del Rey depositario de caudales públicos, y el que estaba encargado de aplicar esos fondos a determinadas cosas o a la realización del pago. Los primeros eran castigados con la pena de muerte debido al gran reproche que merecía su deslealtad, mientras que los segundos eran castigados con sanciones económicas.

Este delito siguió recogiendo a lo largo de las nuevas normas que se iban sucediendo¹², calificando en todas ellas la acción de sustraer el dinero del Estado como grave delito. Hasta la nueva redacción otorgada por el Código Penal de 1822, podemos encontrar el delito que nos ocupa en la Ley VII, Título XV del Libro XII de la Novísima Recopilación.

⁷ Véase ANEXO 1.

⁸ MOMMSEN (1905:471).

⁹ MOMMSEN (1905:473).

¹⁰ HEINECCIUS (1839:419-420).

¹¹ ALFONSO X (PARTIDA VII, TÍTULO XIV, LEY XIV).

¹² Ordenamiento de Alcalá; Ordenamiento de Montalvo; Leyes de Toro; Nueva Recopilación y Novísima Recopilación.

II.3. Regulación en los derogados códigos penales españoles.

II.3.1. El Código Penal de 1822.

Con la influencia de las nuevas teorías de la Ilustración en las normas penales, procedentes de autores como Lardizábal y el Código penal Francés de Napoleón, se promulga en 1822 la redacción de nuestro primer CP aprobado por Real Decreto de 8 de Julio de ese mismo año. En lo concerniente a la malversación, suprimió la pena de muerte como condena a este tipo de conductas. Su art. 134 otorgaba acción directa a los ciudadanos para denunciar criminalmente a los sujetos que cometían delitos públicos, y como recompensa se concedía un mérito especial al denunciante. Además, los indultos estaban vetados para estos tipos delictivos.

Lo más reseñable de este Código para nuestro análisis se encontraba en su art. 135. Este precepto contenía una amplia enumeración de cuales eran delitos públicos, incluyendo, en su último párrafo, todos aquellos delitos cometidos por funcionarios públicos. Completándose en la misma norma todo un elenco de cargos que se entendían como funcionarios públicos, comprendiendo, entre otros, a los Diputados de Cortes o de Provincia, individuos de los ayuntamientos y demás oficiales nombrados por estas corporaciones.

El tipo de malversación se encontraba regulado en los arts. 463 a 467. A grandes rasgos, estos preceptos regulaban tres tipos de conductas posibles de los funcionarios públicos, a los que se sumaba la conducta del particular. La primera conducta consistía en “extraviar a sabiendas con la voluntad de reintegrar lo extraviado”. La pena para éstos consistía en la pérdida de empleo y una multa que oscilaba entre el 10 y el 20% de lo “extraviado” (art. 463).

La segunda conducta consistía en “malversar caudales o efectos cuyo importe no supere la fianza dada para ejercer el cargo”, en este caso la redacción fue más concreta en cuanto a la acción, no en cuanto al tipo de caudales o efectos que han de malversarse, entendiéndose estos por “públicos”. En estos casos, al no existir la voluntad de reintegro la pena era mayor, pues se despojaba al funcionario público de su puesto y se le impedía el acceso a cualquier otro de carácter público, y, además del reintegro de lo malversado, debía pagar una multa correspondiente al 30 ó 60% del mismo (art. 464).

En lo referente a las penas, el art. 465 preveía sanciones específicas para aquellas malversaciones cometidas fuera de las ya descritas, es decir, superando la fianza para poder ejercer el cargo, y sin intención de reintegrar lo sustraído. Estas penas variaban en función de la cantidad malversada, y consistían en reclusión de 1 a 8 años; presidio de 8 a 12 años; de 12 a 20 años de obras públicas; o la más severa de 10 años de obras públicas y después la deportación.

La última conducta descrita en esta regulación para los funcionarios públicos consistía en permitir que otros malversasen estos caudales o efectos públicos, imponiéndoles una pena de multa correspondiente entre el 10 y el 30% de lo sustraído. Además, como en todos los demás casos, serían depuestos de su empleo (art. 466). Finalmente, también se preveían las mismas penas descritas en los apartados anteriores para aquellos que sin ser funcionarios malversasen caudales o efectos públicos por estar éstos a su cargo, ya sea en concepto de depositarios o cualquier otro título por comisión del Gobierno o cualquier otra autoridad (art. 467).

II.3.2. El Código Penal de 1848 y su reforma de 1850.

El nuevo CP de 1848 da nueva y mejorada redacción al tipo, ubicándolo en el Título VIII bajo la misma rúbrica que su predecesor “delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos”. No obstante, cambió la denominación de “funcionario público” por “empleado público”, sin ofrecer ningún tipo de definición al respecto. La reforma de este Código efectuada en 1850 no muestra ningún cambio en lo que a nuestro análisis concierne, ni en la redacción ni en la ubicación, y, por tanto, tampoco nos ofrece ninguna definición de “empleado público”.

Sin embargo, PACHECO¹³ nos indica una interpretación acerca de lo que hemos de entender por “empleado público”: “todo el que ejerce funciones, todo el que desempeña un cargo público en la sociedad”. Además, el autor hace una enumeración de cargos comprendidos dentro de esta situación como “el alcalde de elección popular, el escribano que ha heredado su oficio, el cura que obtuvo por oposiciones su curato, y a cuantos otros casos análogos se imaginen, puede alcanzar la ley en sus respectivas disposiciones”. En consecuencia, así como en el primer Código se establecía claramente que los Diputados podían ser sujetos activos del tipo de malversación de caudales y efectos públicos, en la primera reforma efectuada del Código este extremo fue suprimido.

Los Diputados o Senadores no se hallaban claramente como sujetos activos de ningún tipo penal, debiendo deducirlo mediante la interpretación realizada por PACHECO del concepto de “empleado público”. Aunque sí podemos hallar alusiones directas a estos empleados públicos pero como sujetos pasivos de distintos tipos, por ejemplo, el art. 191. “Cometen desacato contra las autoridades [...] los que calumnian, injurian o amenazan a un senador o diputado por las opiniones manifestadas en el senado o congreso [...]”. Otro ejemplo lo hallamos en su art. 294 cuando se trata de imputar a un diputado o senador. Así dice el precepto “El empleado público que en el arresto o formación de causa contra un senador o diputado a Cortes no guardare la forma prescrita en la Constitución, incurrirá en la pena de inhabilitación temporal especial.”.

Su regulación se encontraba en los arts. 309 a 313 ó 318 a 322 según tratemos el Código de 1848 o su reforma de 1850. En ambos se mantienen las mismas conductas del Código de 1822. El art. 318 contemplaba la posibilidad de que “el empleado público sustraiga o deje que otros sustraigan”, aplicando las siguientes penas graduales según el valor de lo sustraído para ambas conductas: 1º arresto mayor; 2º prisión menor; 3º prisión mayor; y 4º cadena temporal, incluyendo la inhabilitación perpetua absoluta en todos los casos. Señala PACHECO¹⁴ que “hubiera parecido mejor dividir el tercer término de la escala, haciendo uno de presidio, entre los dos de prisión y el de cadena”.

¹³ PACHECO (1881:26).

¹⁴ PACHECO (1881:509).

En el art. 319 se castigaba con multa entre el 10 y el 50% de lo sustraído, si lo ha hecho provocando daño o entorpecimiento, y multa entre el 5 y el 25% si no ha existido tal daño. En cualquier caso se procedía a la suspensión de empleo, y en caso de no restituir lo malversado el sujeto activo se enfrentaría a las mismas penas que en los apartados anteriores. El art. 321 regulaba la conducta del empleado público que debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado no lo hacía. Para estos casos se establecía una multa gradual entre el 5 y el 25% de la cantidad no satisfecha.

La novedad la encontramos en el art. 320 que introdujo la conducta de dar un destino diferente a los caudales o efectos públicos. Las penas impuestas a estos hechos se imponían en función del daño causado, esto es, si no había daño suspensión de empleo, y, en caso contrario inhabilitación temporal y multa entre el 5 y el 50% de lo sustraído. Esta conducta, como señala PACHECO¹⁵, “no es tan grave como lo penado en los artículos anteriores; pero no carece de importancia ni deja de ser en realidad un abuso punible”.

Finalmente, tal y como hacía el Código de 1822, el art. 322 establecía la extensión de todas estas disposiciones a cualquier otro que se hallase encargado de caudales o efectos públicos, aun no teniendo la cualidad de empleado público. Señalaba PACHECO¹⁵ que no sólo se trata de caudales públicos, sino también los que podríamos llamar cuasi-públicos, incluso particulares, siempre que sean depositados por la autoridad.

II.3.3. El Código Penal de 1870.

Pasando a ocuparnos del CP de 1870, la malversación se encontraba en los arts. 405 a 410 ambos inclusive. En ellos, el sujeto activo recuperó la expresión utilizada en el CP de 1822 “funcionario público”. Sin embargo, su definición se ubicaba después de la confección de los tipos penales, en el art. 416 concretamente. Hubiera sido más lógico definir antes quiénes podían cometer las conductas a continuación descritas, tal y como han hecho los demás códigos punitivos españoles hasta la fecha, que no ofrecer la determinación del sujeto activo después del análisis de las conductas delictivas.

Nosotros comenzaremos por analizar el concepto de funcionario público en este código penal, a cuyos efectos, dispone el mencionado art. 416 “[...] se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección popular o por nombramiento de Autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas”. El legislador prefirió utilizar esta fórmula amplia, al igual que el CP de 1850, incluyendo como sujeto activo del tipo a todo aquel que participe en el ejercicio de funciones públicas, en vez de utilizar la fórmula de enumeración a manera de lista como el CP de 1822. Sin embargo, tal y como indica GROIZARD¹⁶, el artículo no dice qué es funcionario público, sino que “se reputará”.

¹⁵ PACHECO (1881:513).

¹⁶ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA (1870:320).

En cuanto a las conductas típicas de malversación, la malversación propia, es decir, la cometida por el funcionario público que por razón de sus funciones, y teniendo a su cargo caudales públicos, los sustrajere o consintiere que otros los sustraigan, se encuentra regulado en el art. 405 con penas escalonadas según la cuantía sustraída similares a las establecidas en el CP de 1850. El art. 407 contenía el supuesto en el que el funcionario público utiliza con daño y dolo los caudales públicos para uso propio o ajeno.

También se contenía la conducta recogida en el art. 311 CP de 1850 en la cual el funcionario público da aplicación diferente a los caudales. Señala GROIZARD¹⁷ que el legislador hizo mal en inspirarse en el Código de Nápoles para dar vida a este artículo; según el autor, el funcionario “no delinque con arreglo a ningún principio abstracto de justicia, ni a ninguna sana general teoría de Derecho penal”. A juicio de GROIZARD¹⁸ la infracción de los reglamentos administrativos no es bastante para castigar con una pena al que sin ánimo de lucro, ni tan siquiera de perjudicar al Estado, da a los fondos una aplicación pública distinta a la establecida.

También se recogían en este Código, en los arts. 409 y 410, las conductas del funcionario público que debiendo hacer un pago no lo hiciere, y la extensión de las disposiciones a quienes no son funcionarios públicos pero malversan caudales públicos. Respecto del primero, el precepto ofrecía una novedad: la conducta del funcionario que “rehusare a hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración”. En cuanto al segundo precepto, encontramos su naturaleza en el evidente rechazo que produce la traición de la confianza depositada en el sujeto activo, aunque no sea funcionario.

Para concluir el análisis de este Código, es de reseñar otra novedad que éste introdujo en el art. 406, castigando penalmente al funcionario público que, por abandono o negligencia inexcusable, diere ocasión a que se efectuare por otras personas la sustracción de caudales o efectos públicos. Antes de esta reforma, la conducta señalada también se encontraba penada mediante extensión de la responsabilidad, así el art. 480 del CP de 1850 castigaba al que por imprudencia temeraria o simple imprudencia cometía un delito. En este supuesto, el legislador consideró que si la cantidad sustraída no es superior a 50 pesetas, la responsabilidad del funcionario es más corta atendiendo al daño producido en los intereses públicos.

II.3.4. El Código Penal de 1928.

El CP de 1928 siguió la misma línea que sus predecesores, utilizando la vaga descripción del sujeto activo del tipo, manteniendo la expresión “se reputará”. Aquí, todavía no se unían bajo un mismo artículo los conceptos de autoridad o funcionario público, o, en terminología del Código “a quien se reputará”. Este CP necesitó dos artículos para ello, perjudicando la economía articular del código, y, aun así, tampoco fue capaz de proporcionarnos claramente quiénes eran los comitentes de las acciones, necesitando, una vez más, acudir a diversas interpretaciones en

¹⁷ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, (1870:288): “El funcionario que ni sustrae ni se apropia caudales públicos, ni deja que otros los sustraigan ni se los apropien; el que ni siquiera en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y custodia respecto de esos fondos a su cargo, incurre en inexcusable falta de abandono o negligencia que haya dado lugar a que la sustracción se haya realizado por otras personas, no delinque con arreglo a ningún principio abstracto de justicia”.

¹⁸ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, (1870:320).

cuanto a este concepto. En este sentido, CUELLO CALÓN¹⁹ recogió la jurisprudencia de la época para la exposición de quiénes debían ser considerados funcionarios públicos, sin embargo, no nos dejó su pronunciamiento sobre alguna característica para determinar el sujeto activo.

Cuando hablaba de a quien debíamos “reputar” autoridad (art. 213), distinguía entre autoridad en sentido estricto, y agentes de la autoridad. Los primeros eran los miembros de alguna corporación o Tribunal que ejerciesen jurisdicción propia. Mientras que los segundos serían, además de los funcionarios dependientes del Estado, Provincia o Municipio, los de otras entidades que coadyuvasen a los fines de aquéllos, nombrados mediante disposición reglamentaria o a través de una autoridad competente. En cuanto a los funcionarios públicos, la cuestión se resolvía en el art. 214 “se reputará funcionario público... al que participe en la función pública”. Aquí, el legislador nos creó un nuevo problema, pues en ningún momento nos indicó qué es “función pública”, siendo ésta objeto de otro estudio.

Son destacables, sin embargo, el cambio del término “empleados públicos” por “funcionarios públicos”. Con la adición del término “y otros análogos”, se sancionaba a notarios públicos y agentes mediadores de comercio. Se produjo el cambio sistemático de la regulación de los conceptos autoridad y funcionario, pasando del Libro II al Libro I. Otra de las novedades introducidas en este CP fue la consideración como autoridad a los miembros del Ministerio Fiscal. Sin embargo, para nuestros fines, es irrelevante, aunque a estos sujetos se les podía “reputar autoridad”, no formaban parte del tipo de malversación. Así, el legislador consideró que los únicos que podían malversar caudales o efectos públicos eran los funcionarios públicos y no las autoridades.

Pasando a ocuparnos del tipo de malversación en este CP podemos afirmar que no hay grandes cambios. Como ya se ha dicho, las autoridades eran inmunes a este tipo delictivo, recogiendo como únicos sujetos activos los funcionarios públicos o los particulares, en caso de hallarse éstos encargados de caudales públicos (art. 486). En el artículo 480 se recogió el tipo de malversación propia, manteniendo la misma sintaxis que el CP de 1870.

El art. 481 incluyó otra novedad en cuanto a la responsabilidad del funcionario público, extendiéndola a los casos en los que éste diese ocasión a otros a perpetrar la malversación debido a su imprevisión, imprudencia o impericia inexcusables. Si bien es cierto que la sanción se quedaría en multa en caso de que reintegrarse el importe malversado antes de la apertura del juicio oral.

El art. 482 mantuvo la conducta consistente en destinar a usos propios o ajenos de los caudales o efectos públicos, y la atenuación de la pena en caso de inmediato reintegro de lo sustraído. También se mantuvo el castigo al funcionario cuando éste diese una aplicación diferente a la que estaban destinados los caudales (art. 483). Lo mismo ocurrió con el no hacer un pago por parte del funcionario tenedor de fondos del Estado (art. 484).

Finalmente, podemos indicar otra de las novedades incluidas en este CP consistente en la especificación de las penas a imponer. Esta novedad indicaba que no era preciso determinar en el proceso la cuantía malversada, sino que bastaba con la existencia de la prueba apreciada libremente por el Tribunal.

¹⁹ CUELLO CALÓN (1929:203).

II.3.5. El Código Penal de 1932.

En cuanto al sujeto activo, este Código continuó el legado de su predecesor, manteniéndose la misma estructura y expresión “se reputará”. Es decir, se necesitó, nuevamente, recurrir a interpretaciones para la determinación del sujeto activo del tipo. Así, PUIG PEÑA²⁰ sostuvo que los abogados no poseían la cualidad de funcionarios públicos. Tampoco podían ser funcionarios públicos aquellos que habían dejado de serlo, y por tanto, mal se podía sancionar a éstos en calidad de tal, mediante el uso de la figura de la prolongación de funciones.

Ocupándonos del tipo de malversación, el legislador volvió a inmunizar a las autoridades, ya difíciles de encuadrar como sujetos activos debido a su imprecisión, al no estar contempladas en el delito. Los únicos comitentes de malversación para esta época también serían los funcionarios públicos y los particulares por extensión de las disposiciones cuando se hallasen a cargo de caudales públicos (art. 404).

Se suaviza la responsabilidad del funcionario, agravada en el anterior código con los términos “imprevisión, imprudencia o impericia inexcusables”, castigando únicamente el abandono o negligencia inexcusable que diere lugar a que otro malversase (art. 400). Se mantienen, además, las siguientes conductas sancionables. En primer lugar, las conductas de funcionarios que diesen un uso privado o ajeno a los caudales a su cargo en el art. 401. Y, en segundo lugar, el uso de los caudales distinto al de su destino por parte de los funcionarios (art. 402).

II.3.6. El Código Penal de 1944, texto refundido de 1973 y reformas posteriores.

En el nuevo texto penal del Régimen franquista es donde se produjo la unificación de los conceptos “autoridad y funcionario público” —aunque nuevamente imprecisos— en un mismo artículo, el 119. Además, la definición se contuvo en el Libro I, tal y como hizo el CP de 1932. Sin embargo, en nuestro delito de malversación, las autoridades continuaron siendo inmunes al delito en cuestión, pues seguían sin aparecer como sujetos activos del tipo. Por tanto, los funcionarios públicos y los particulares, en su caso²¹ eran los únicos autores del tipo.

La malversación propia era contenida en el artículo 394. En el mismo precepto se incluía la manera en la que el Tribunal imponía las sanciones. Para ello, el Tribunal no necesitaba determinar la cuantía sustraída, sino simplemente comprobar si hubo sustracción. La malversación de un tercero por culpa del funcionario debido a su abandono o negligencia se castigaba en el art. 395. El art. 396 contenía la conducta de uso propio o ajeno de los caudales por parte del funcionario público, reenviando a las penas del 394 en caso de que éste no reintegrase lo sustraído. Finalmente, los arts. 397 y 398 contenían las conductas de dar una aplicación distinta a los caudales, y la de no hacer un pago por parte del funcionario público obligado a ello por ser tenedor de caudales del Estado.

²⁰ PUIG PEÑA, (1950:196).

²¹ Art. 399. Disposiciones extensivas.

En este CP, y sus posteriores reformas²² podemos observar, que, salvo la correcta economía del Código y la acertada ubicación de los conceptos analizados, no presentó grandes mejoras en cuanto a la protección del erario público frente a los grandes cargos manejadores de estos caudales. Se mantuvo la misma idea de recurrir a interpretaciones doctrinales para determinar quién debía ser sujeto activo del tipo, y no existió ningún cambio en cuanto a las conductas típicas.

III. REGULACIÓN VIGENTE DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.

Indica CUAREZMA TERAN²³ que el Derecho Penal español denomina malversación de caudales públicos a conductas diferentes a la acepción técnica. Comprende diversos supuestos de carácter desemejante, como la negación de pagos o la retención indebida de cosas. Provocando esta deficiencia de técnica legislativa diversas consecuencias tanto teóricas y prácticas muy importantes que veremos a continuación.

Antes comenzar con el estudio del tipo objeto de este trabajo, debemos proceder a realizar una distinción dogmática con el delito de apropiación indebida. Así, la distinción entre la malversación con la apropiación indebida radica en que en el primero el sujeto activo debe ser una autoridad, funcionario público o persona asimilada a éste *ex lege*, y el objeto material debe ser un caudal o efecto público, debiendo mediar una relación entre sujeto activo y el objeto material. Sin embargo, en la apropiación ni el sujeto activo ni el objeto material deben tener una cualidad especial.

Hay que señalar que estas diferencias se relativizan cuando hablamos de malversación impropia, al carecer ésta de las cualidades de funcionario y caudal público. Esto se debe, como bien señala MUÑOZ CONDE²⁴, a que “razones político-criminales han pesado en esta calificación para imponer penas más elevadas cuando los bienes, aun siendo privados, están afectados a obras de interés público o sujetos a administración o depósito judicial, etc.”.

La regulación actual de este delito de polimorfa tipificación y compleja naturaleza se recoge en el Capítulo VII del Título XIX, destinado éste a los delitos contra la Administración Pública. En esta nueva redacción del tipo se suprime el sistema de cuantías para la determinación de la pena, y reduce la misma de manera considerable. Ya no se sanciona la negligencia o abandono inexcusable del funcionario que diere lugar a la sustracción de caudales públicos. También deja de ser una conducta delictiva el otorgar a los caudales una función diferente a la establecida inicialmente. Y, finalmente, se exige expresamente el ánimo de lucro en los arts. 432 y 434.

²² Código penal, texto revisado de 1963; Código penal, texto refundido conforme a la ley 44/1971, más conocido como Código penal de 1973; Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, significó reformas urgentes con motivo de la Constitución de 1978, pero parciales.

²³ CUAREZMA TERAN (1992:2).

²⁴ MUÑOZ CONDE (2013:420).

Tal y como señala el Tribunal Supremo (en adelante, TS) en su Sentencia de 26 de marzo de 1999, este delito está integrado de los siguientes elementos:

1. “El autor ha de ser una autoridad o funcionario público, contenidas ambas definiciones en el art. 24 CP.
2. La autoridad o el funcionario público responsable del delito habrá de tener a su cargo, por razón de sus funciones, los caudales o efectos que se sustraen.
3. El objeto de este delito habrán de ser necesariamente caudales o efectos públicos. Según el criterio de la Sentencia 250/1994, de 7 de febrero, se consideran efectos públicos los bienes muebles que se hallan integrados en el patrimonio.
4. La acción u omisión delictiva ha de consistir en la sustracción o en el consentimiento de que otro sustraiga los caudales o efectos públicos; y,
5. Por último, esa sustracción ha de ser realizada con ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto añadido a esta figura de delito por el nuevo Código Penal. Deberá concurrir también en el delito de malversación de caudales públicos el elemento subjetivo del dolo genérico, que comprenderá el conocimiento de que los objetos sustraídos pertenecen al Estado o a las Administraciones, o se hallan de o secuestradas o embargadas por la Autoridad Pública, constituyendo, por tanto, tales objetos caudales o efectos públicos”.

A continuación, analizaremos más profundamente cada uno de los conceptos esgrimidos por la jurisprudencia del TS mencionada, ubicándolos en su correspondiente clasificación.

III.1. Aspecto objetivo.

Se entiende por caudales o efectos públicos el dinero, los títulos representativos de un valor económico, y otros bienes muebles de contenido económico, que tienen como destino el patrimonio de la Administración Pública, pero sin que sea necesario que su incorporación se haya producido efectivamente al Erario Público. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 5 de febrero de 2008 señala “que caudales públicos son todos los que hayan llegado a poder del funcionario en ocasión de las funciones que, concreta y efectivamente, tenga a su cargo”.

El art. 128 de nuestra vigente Constitución, contenido en su Título VII bajo la rúbrica “Economía y Hacienda”, subordina toda la riqueza del país al interés general. Por ello, como señala MESTRE DELGADO²⁵, es coherente que los intereses económicos estatales tengan una específica protección penal, que reprima tanto la comisión por los particulares de actos de defraudación a la Hacienda Pública, como la lesión de esos intereses económicos estatales por sus mismos funcionarios. Esta protección penal de los fondos adscritos al cumplimiento de funciones o actividades de trascendencia pública o estatal ante estas conductas se articula mediante el delito de malversación de caudales públicos.

²⁵ MESTRE DELGADO (2010:626).

La regulación de este tipo se encuentra en nuestro vigente CP en los arts. 432 a 435. Su figura principal se encuentra en el primer art., y requiere que los caudales o efectos públicos estén a cargo o a disposición del sujeto activo legítimamente, pues de lo contrario estaríamos ante otro tipo delictivo. Y que se apropie de ellos o permita que un tercero los sustraiga, actuando ambos con ánimo de lucro y con la voluntad de no restituirlos.

Podemos señalar como ejemplos de conductas de malversación de caudales públicos, aquellas en las que el funcionario que se apropia en su propio beneficio de las cantidades entregadas por un Juez procedentes de procedimientos de apremio, o de caudales procedentes de impuestos y de otros fondos públicos.

III.2. Naturaleza jurídica.

La naturaleza jurídica del delito de malversación es una cuestión muy discutida en nuestra doctrina, existiendo dos posiciones diferentes:

Por una parte, PACHECO o ÁLVAREZ MARTÍNEZ consideran que se trata de un delito contra la propiedad, cualificado por el sujeto activo y el objeto sobre el que recae. Se fundamenta esta postura en el origen histórico del delito de malversación, el “peculatus” del Derecho Romano, existente en cuanto la acción recayese sobre una cosa pública, y con independencia de si el sujeto era funcionario o no. Por su parte, MUÑOZ CONDE²⁶ entiende que este delito es de naturaleza doble. Por un lado, constituye una infracción del deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario con la Administración. Y por otro lado, ostenta un carácter patrimonial evidente, al incidir sobre los fondos públicos, lesionando los intereses patrimoniales del Estado.

Frente a esta postura, la doctrina mayoritaria²⁷ (SUÁREZ MONTES, OLESA, DÍAZ PALOS), reconoce el indudable carácter patrimonial que posee el delito de malversación de caudales públicos al recaer sobre fondos públicos. Sin embargo, esta tesis mantiene que la esencia de esta infracción recae sobre el deber de fidelidad que debe guardar el funcionario público. Por ello, rechaza que se trate estrictamente de un delito contra la propiedad.

Esta es la posición mantenida por el Tribunal Constitucional, pues, señala que “no cabe afirmar que el delito de malversación suponga una infracción de igual contenido que los delitos contra la propiedad, más concretamente que el de apropiación indebida”, centrando la razón en el autor de la malversación, además de apropiarse de bienes ajenos, viola un deber personal de fidelidad respecto del Estado.

III.3. Bien jurídico protegido.

La doctrina más tradicional sostiene que el bien jurídico protegido, el desvalor de la acción de los distintos tipos de malversación, se centra en la infracción de los deberes de fidelidad a que el funcionario se somete. Sin embargo, la jurisprudencia mantiene una concepción abiertamente partidaria de la exaltación de los deberes de honradez funcional, a través de las figuras de malversación de caudales públicos.

²⁶ MUÑOZ CONDE (2013:943).

²⁷ MORALES PRATS (2005:2158).

El estudio realizado por MORALES GARCIA²⁸ focaliza el bien jurídico protegido en el principio de eficacia, recogido en los arts. 103 y 31.2 CE, cuya virtualidad viene determinada por un doble orden de consideraciones. Por un lado, se trata de un principio jurídico con entidad suficiente para reclamar la tutela penal de un modo independiente. Por otro lado, su contenido específico abarca la tutela del patrimonio, que al quedar referenciado en el ámbito de actuación de los poderes públicos legitima y justifica una tipificación independiente, separada y de mayor alcance de las conductas contenidas en el ámbito de la Administración Pública.

ARROYO ZAPATERO²⁹ entiende que el bien jurídico aquí protegido consiste en el buen funcionamiento de la Administración, “dado que la sociedad exige que los servicios públicos se presten correctamente, con objetividad, imparcialidad y transparencia, conforme a los parámetros constitucionales”. Sin embargo, el autor también señala el perfil patrimonial que contiene el tipo, pues “se afectan los intereses patrimoniales del Estado”. El autor apoya su posición en diversas sentencias del TS como la STS de 1 de diciembre de 2000 que indica “el bien jurídico en este delito no es sólo la indemnidad del patrimonio público —STS de 14 de noviembre de 1997— sino, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios”.

El profesor GIMBERNAT³⁰ recoge jurisprudencia que identifica el bien jurídico protegido con la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos en cuanto éstos están destinados a la satisfacción de los intereses generales a los que se refiere el art. 103.1 CE.

La jurisprudencia del TS reitera la falta de unanimidad doctrinal tanto de la naturaleza jurídica del delito que estamos analizando, como del bien jurídico protegido. Sin embargo, viene admitiendo la naturaleza pluriofensiva de este delito, manifestada por un lado en el aspecto de la infidelidad del funcionario público, plasmada en la violación de su deber jurídico de custodia de los bienes a su cargo. Por otro lado, en su dimensión como delito patrimonial en cuanto atenta contra los intereses económicos del Estado. (STS de 10 de octubre de 1989, 5 de febrero de 1993, y 1 de febrero de 1995, entre otras).

En análogo sentido se pronuncia la Sala en STS de 26 de junio de 1989 “sin poder asimilarse técnicamente a los delitos contra la propiedad tiene un indudable carácter patrimonial, incluso como una modalidad de delito de apropiación indebida, cualificado por la misma cualidad del sujeto y la naturaleza de lo sustraído”.

III.4. Elementos comunes.

El delito de malversación se recoge en el Código mediante el establecimiento de diversas figuras delictivas, si bien, podemos agrupar diversos elementos comunes a todas ellas, como son: el sujeto activo, el objeto material, y la relación que debe mediar entre el sujeto y los caudales públicos.

²⁸ MORALES PRATS (2005:2158-2159).

²⁹ ARROYO ZAPATERO (2007:909).

³⁰ GIMBERNAT (2003:925).

III.4.1. Sujeto activo.

En todas las conductas de malversación el legislador establece como sujeto activo del tipo a la autoridad o funcionario público. En el art. 24 del vigente Código el legislador nos proporciona una pequeña descripción de qué ha de entenderse por tales sujetos, siendo esta la interpretación auténtica. Así, por autoridad “se reputará al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”. Y por funcionario público se reputará “a todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

Además de estos preceptos, existen otras disposiciones con rango inferior al de Ley Orgánica³¹ que atribuyen el carácter de Agentes de la Autoridad a determinados funcionarios. Siendo estas disposiciones de carácter orientador, tal y como indica GIMBERNAT, pero en ningún caso vinculante. Pues de lo contrario, se vulneraría el principio de legalidad al permitir que una norma sin rango de Ley Orgánica ofreciese la definición de un elemento delictivo, sin contar con la remisión expresa del CP a disposiciones extrapenales para que éste sea complementado.

Con esta posición coincide ARROYO ZAPATERO³², pues el autor nos indica que “hay otras disposiciones con rango inferior a Ley Orgánica que atribuyen a determinados funcionarios el carácter de Agente de la Autoridad, pero tienen únicamente una función orientadora para el Derecho Penal, y no vinculante, en virtud del principio de legalidad, y a falta de una remisión expresa del CP a normas extrapenales”.

III.4.1.1. Autoridad.

El concepto penal de autoridad actual mantiene la referencia “a los que por sí solos o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia”. En este punto señala QUINTERO OLIVARES³³ que pretender hacer una enumeración de los que tienen esa condición sería una tarea compleja. Además, dejaría fuera de alcance a las posibles nuevas figuras que pudiesen crearse. Por tanto, quedarían bien definidas estas figuras en las ideas de “mando” o “jurisdicción propia”, entendiendo estas ideas como la capacidad otorgada a una persona o un órgano colegiado de ejecutar una potestad pública.

³¹ Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, modificada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre; o la Resolución de 29 de enero de 1999, de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se establecen nuevos modelos de relaciones nominales de trabajadores y se modifican las especificaciones técnicas para la impresión de los boletines de cotización, en el Régimen General y en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

³² ARROYO ZAPATERO (2007:149).

³³ QUINTERO OLIVARES (2005:304).

Con relación a los Agentes de la Autoridad: los funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, con base en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, los Policías Municipales con base en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (STS de 3 de octubre de 1996). Los guardas jurados no eran considerados agentes de la autoridad³⁴, hasta la entrada en vigor de la nueva Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, en la cual se establece el reconocimiento jurídico como agentes de la autoridad (art. 31).

Cuando están involucradas las autoridades políticas señaladas en el tipo, esto es, senadores o diputados, además, de responsabilidad penal, suele hablarse de responsabilidad política que no exime a la primera. En este punto, es el Parlamento al que le corresponde el control y la exigencia de este tipo de responsabilidad por el mal uso o el abuso y la desviación en el ejercicio del poder político. Puede darse incluso sin haber cometido ningún tipo delictivo, por ejemplo, cuando un político sin ser responsable penalmente, lo es políticamente de hechos de corrupción cometidos por sus parientes, colaboradores o subordinados.

III.4.1.2. Funcionario.

ROCA AGAPITO³⁵ señala claramente que “el concepto de funcionario público es un término normativo con la particularidad de ser un concepto multívoco, utilizado en diferentes sentidos según las diversas ramas del ordenamiento jurídico”. En Derecho Administrativo los funcionarios son personas que se incorporan a la Administración Pública a través de una relación de servicios profesionales retribuidos regulada por esta rama del Derecho. Sin embargo, el concepto de funcionario en Derecho Penal no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino la mera participación en la función pública.

En la misma línea argumentativa sigue ARROYO ZAPATERO³⁶ al señalar que el propio Derecho Penal es más amplio e independiente en lo que se refiere al concepto de funcionario público que el proporcionado por el Derecho Administrativo. Este último no exige las notas de incorporación ni permanencia sino la participación en la función pública. Señala el autor que “el concepto se define desde el punto de vista de la protección penal del ejercicio de la función pública en orden a sus propios fines y los de los administrados”.

Al respecto del concepto de funcionario público, señala QUINTERO OLIVARES³⁷, que la idea nuclear definitoria de funcionario público radica en su participación en funciones públicas. Pero debe tenerse claro que el funcionario no siempre actúa por delegación de un superior, pues hay funcionarios públicos que detentan por sí solos capacidad de actuación indelegada e indelegable, como es el caso de los Notarios.

³⁴ STS de 22 de febrero de 2000.

³⁵ ROCA AGAPITO (1999:83).

³⁶ ARROYO ZAPATERO (2007:148).

³⁷ QUINTERO OLIVARES (2005:304).

Así, la definición proporcionada por el citado art. 24 CP se compone de dos elementos: el título habilitante para prestar servicios en la Administración Pública; y el ejercicio de tales funciones. En palabras del TS “La integración en el concepto de funcionario público requiere la concurrencia de dos elementos, el título con el que la persona accede a la función pública y el ejercicio de una función pública, concurrencia que ha de ser conjunta” (STS de 27 de febrero de 2001).

De las sentencias del TS 11 de octubre de 1993, 4 de diciembre de 2001 y 5 de abril de 2002, la definición penal de funcionario público gira en torno al origen de su nombramiento y la participación del ejercicio de una función pública por cualquier de las tres vías de designación que recoge el precepto, con lo cual, no caben los funcionarios de hecho, como bien señala ROCA AGAPITO, sólo cabe hablar de funcionarios públicos de derecho a efectos penales. No importan ni los requisitos de selección para el ingreso; ni la categoría por modesta que fuere; ni el sistema de retribución; ni el estatuto legal y reglamento; ni el sistema de previsión; ni aun la estabilidad o temporalidad.

ARROYO ZAPATERO³⁶ profundiza en los requisitos necesarios para ser funcionario público a efectos penales establecidos por la jurisprudencia del TS. Así indica los siguientes requisitos:

- 1) La participación en el ejercicio de funciones públicas, tanto las del Estado, Entidades Locales y Comunidades Autónomas, como las de la llamada Administración Institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, a veces hasta la de una sociedad mercantil: cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública;
- 2) Existir una designación pública para el ejercicio de la función en cualquiera de las formas previstas en el art. 24.2 CP. Sobre la condición de funcionario público del personal laboral contratado para ejercer funciones en el ámbito de un organismo público.

En la misma posición añade MUÑOZ CONDE³⁸ que “quien realice funciones públicas careciendo de este requisito no es funcionario a efectos penales. Así, por ejemplo, el particular que auxilia a un funcionario agredido o que ejerce arbitrariamente funciones públicas no es funcionario”.

Debe tenerse en cuenta que además de la responsabilidad penal en la que incurre el funcionario público también incurrirá en responsabilidad disciplinaria, dado el carácter de infracción del oficio público que estos delitos tienen. Esta responsabilidad, en ocasiones, puede ser más gravosa que la penal llegando incluso a la separación definitiva del servicio³⁹. Esta es una nueva muestra de la subversión de valores, poniéndose por encima la gravedad administrativa por encima de la gravedad de la sanción penal, la supuesta *ultima ratio*, infringiéndose, además, el principio *non bis in idem*.

³⁸ MUÑOZ CONDE (2013:898).

³⁹ Decreto 315/1964, de 7 de febrero, que aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, arts. 87 y ss.; Reglamento del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por RD 33/1986, de 10 de enero; Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, arts. 93 y ss.; etc.

III.4.1.3. Particulares.

En cuanto a las funciones públicas, hay que apreciar que el Código utiliza la expresión “se reputarán funcionarios” y no la de “son funcionarios”. Esto significa que para ser sujeto activo del tipo no es necesario ser funcionario público, sino que existen sujetos que pueden cometer “delitos de funcionario” sin tener la condición de tales para el derecho de la función pública, como por ejemplo, el delito de malversación impropia del art. 435 CP.

Este precepto consiste en un cajón desastre donde hay cabida para todos aquellos que no son ni autoridad, ni funcionario público a efectos penales, se trata entonces de los particulares. Pero ¿cuál es el título habilitante del citado artículo? En éste, el sujeto activo es cualquier particular que no cuenta con el título habilitante para ser funcionario público requerido en el art. 24 CP. El art. señala “a los que se hallen encargados”, ROCA AGAPITO⁴⁰, no deja clara su postura e indica “la doctrina apenas se ha ocupado al respecto del encargo”, sólo expresa la necesidad de aclarar el sentido y alcance del “encargo”, y especialmente quien deba haber sido la persona que lo hizo.

III.4.2. Objeto material.

El objeto material del tipo de malversación son los “caudales o efectos públicos”. Además, incluye el art. 434 CP “los bienes muebles o inmuebles de titularidad pública”. Así lo indican RODRIGUEZ DEVESA y SERRANO GOMEZ⁴¹ señalando que la acción del tipo es siempre el patrimonio público expresado con las palabras “caudales o efectos públicos”. MUÑOZ CONDE⁴², señala que por caudales ha de entenderse cualquier objeto o cosa mueble, dinero, efectos negociables, etc., que tengan un valor económico apreciable.

Al respecto, señala la STS de 24 de enero de 2001, “el concepto legal de caudales y efectos públicos viene equiparándose por la doctrina jurisprudencial todo valor con relevancia económica asignado a las Administraciones públicas para el cumplimiento de sus fines. Baste recordar la STS, de 13 de febrero de 1997, que integra en el concepto legal de efectos públicos a todo bien que, no siendo dinero en metálico, sea susceptible de evaluación económica dada su naturaleza pública desde el momento en que forman parte de los bienes de la Administración y, entre éstos, no deben excluirse los vales de gasolina con los que la Administración abona el importe del combustible suministrado que los vales reflejan, lo que les convierte en una especie de talón al portador que se cobra del erario público, de suerte que la disposición indebida de los mismos equivale a una disposición final de los caudales públicos”.

Pero es la determinación de “públicos” lo que plantea mayor problema, concretamente, si es necesario que ingrese de un modo formal en el inventario de los bienes públicos, o si basta con la destinación a ingresar en los fondos públicos.

⁴⁰ ROCA AGAPITO (1999:281).

⁴¹ RODRIGUEZ DEVESA & SERRANO GOMEZ, (1995:1182).

⁴² MUÑOZ CONDE (2013:898).

RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ⁴³ se inclinan por la segunda postura con fundamento en que las personas jurídicas no pueden poseer si no es a través de personas físicas, las cuales, cuando reciben una cantidad u otra cosa con destino a la entidad a que pertenecen, no las reciben para sí, y no tienen la posesión, sino que son servidores de la posesión de otro, meros tenedores materiales de la cosa. Y, por otra parte, para que el dinero o efectos ingresen en un patrimonio ajeno no es preciso que materialmente tengan entrada de un modo tangible en un lugar determinado.

La jurisprudencia del TS sigue el mismo criterio: el del destino, de manera que basta con que los caudales vayan destinados a las arcas públicas y se hayan entregado con ese fin para que tengan ya el carácter de públicos. Esta posición implica, por ejemplo, que el particular que entrega el dinero para el pago de un determinado impuesto a un funcionario designado para tal fin, queda liberado desde ese mismo momento, aunque el funcionario no dé a la cantidad curso legal.

El Código tipifica la sustracción de caudales o efectos públicos, su aplicación a usos propios o ajenos, el darles un destino público indebido, la negativa indebida a hacer un pago con cargo a los fondos del Estado y el rehusar la entrega de cosas.

III.4.3. Relación entre funcionario y los caudales públicos.

Los caudales objeto de la relación con el funcionario han de ser únicamente aquellos que el funcionario “tenga a su cargo por razón de sus funciones”, y no de cualesquiera otros caudales o efectos públicos. El Código pretende abarcar con la expresión “tenga a su cargo” todos aquellos casos en los que el funcionario tiene la tenencia directa y efectiva de los caudales, como aquellos otros en los que el funcionario puede adoptar decisiones vinculantes de los mismos, aunque no disponga de los bienes en su poder.

La jurisprudencia del TS no mantiene una línea uniforme en cuanto a la relación que debe mediar entre el funcionario y los caudales y efectos públicos, dado que junto a posiciones estrictas, existen otras sentencias que consideran que es suficiente con que, de alguna manera, los caudales hayan llegado a poder del funcionario público con ocasión de sus funciones.

En cuanto a la tenencia por razón de la función, implica que el funcionario ha de tener los caudales o efectos públicos por razón de las atribuciones propias del cargo que desempeña. Quedarán excluidos todos aquellos que proceden de algún acto abusivo o ilegítimo, como consecuencia de la necesidad de que se trate de caudales que sean tenidos por el funcionario por razón de su competencia.

La jurisprudencia del TS mantiene una interpretación amplia al respecto, así, no es necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia atribuida por las disposiciones correspondientes al campo administrativo que pertenezca, sino que basta con que estos caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concretamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público.

⁴³ RODRÍGUEZ DEVESA & SERRANO GÓMEZ, (1995:1182).

III.5. Figuras delictivas.

En la actualidad, se engloban bajo la denominación “malversación propia” las figuras descritas en los arts. 432, 433 y 434, que comprenden todas las conductas que exigen que el sujeto activo sea autoridad o funcionario público, y que los caudales o efectos sean propiamente públicos. En los demás supuestos se englobará la malversación con el término “malversación impropia”.

III.5.1. Malversación propia.

Dentro del tipo de malversación propia podemos distinguir entre conductas de apropiación y conductas de distracción. Analizaremos a continuación estas variantes de la conducta del tipo.

III.5.1.1. Conductas de apropiación.

En cuanto a las conductas de apropiación, se distinguen, a su vez, entre conductas por la acción, por omisión y por el objeto del delito.

III.5.1.1.1. Por acción.

Esta figura aparece recogida en el art. 432.1 del CP, según el cual “la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de...”. Se trata de un delito especial que debe ser cometido por una autoridad o funcionario público en los términos establecidos en el art. 24 CP, anteriormente analizado.

RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ⁴⁴ ya señalaban la deficiencia gramatical contenida en el verbo rector del tipo de malversación contenido en el CP de 1973, arrastrada también por nuestro vigente Código, sin rectificación en las posteriores modificaciones. Así, los autores señalaban que “mal puede sustraer quien tiene los caudales en su poder”. Así, tanto la doctrina, como la jurisprudencia interpretan este término en el sentido de apropiación, teniendo que ser ésta con el ánimo del funcionario de hacer suyos los caudales o efectos públicos. No con ánimo de mero uso y de posterior reintegro, pues entonces nos encontraríamos con la calificación jurídica de peculado de uso contenida en el art. 433.

En este sentido ARROYO ZAPATERO⁴⁵ recoge la jurisprudencia del TS al respecto, indicando la misma que “el término “sustraer” ha sido criticado por la doctrina, que considera más adecuado el de “apropiación sin propósito de ulterior reintegro”; debiendo ser interpretado en el sentido de separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos públicos, apartándolos de su destino para hacerlos propios [...]”.

El sinónimo jurídico gramatical más adecuado para “sustraer” puede ser el de “apropiarse”, ya que la conducta penada en el delito de malversación tiene un claro correlativo en la del delito de apropiación indebida. Habiéndose también afirmado que el delito de malversación de caudales públicos se perfecciona en el momento que los fondos son apartados del destino público. En esta situación, aun reconociendo que, como afirma el Fiscal, el uso de fondos públicos sin cumplir esenciales requisitos legales puede constituir el delito de malversación, no se puede

⁴⁴ RODRÍGUEZ DEVESA & SERRANO GÓMEZ (1995:1184).

⁴⁵ ARROYO ZAPATERO (2007:909).

olvidar que el núcleo esencial de este delito lo constituye la lesión patrimonial a un Ente Público”.

También MUÑOZ CONDE⁴⁶ apoya la fatal elección del verbo rector en este tipo, indicando que sustraer debe interpretarse como apropiación por la sencilla razón de que el funcionario tiene la previa posesión o disponibilidad sobre los caudales.

Tal y como indican RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ⁴⁷ “lo que en definitiva importa es el resultado del desplazamiento patrimonial”.

III.5.1.1.2. Objeto del delito.

El objeto de este delito son los caudales o efectos públicos —ya definidos anteriormente—. Así, establece la STS de 16 de marzo de 2004 que “es claro que el objeto material de la figura contenida en el art. 432.1 CP está constituido por los caudales o efectos públicos. Los caudales son adjetivados como públicos por su pertenencia a la Administración. No se requiere que sean de propiedad pública, bastando al efecto que se hallen en el circuito público, afectos a una determinada finalidad. En cuanto al momento a partir del cual pueden considerarse los caudales como públicos, doctrina mayoritaria y jurisprudencia no exigen el ingreso efectivo o contable en las arcas del ente público, basta la constancia de un derecho expectante a su recepción por parte de aquél, entendiendo que el nacimiento de la expectativa se produce en el momento de la recepción de los caudales por la autoridad o funcionario. El fundamento de esta interpretación se encuentra en que no sería lógico dejar al arbitrio del sujeto responsable la calificación de los bienes como caudal público por el simple mecanismo de evitar el ingreso efectivo o la contabilización real de los mismos”.

Es evidente que es posible la tentativa siempre que se despliegue un *iter criminis* prolongado para lograr el desplazamiento patrimonial por precisar de un conjunto de maquinaciones, delictivas en sí mismas en determinadas ocasiones.

En los siguientes supuestos surge el marco penal agravado:

- a) cuando la malversación revistiera especial gravedad;
- b) cuando las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico;
- c) cuando se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

Comenzando por el primer apartado ¿cuándo estaremos ante un caso de “especial gravedad”? El TS establece los siguientes criterios para establecer si tal “especial gravedad” existió: “atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público”. En este punto, discute la doctrina debido a la conjunción “y” si ambos criterios han de darse conjuntamente. La solución la encontramos en la STS de 29 de julio de 1998 cuando establece la Sala tres supuestos para determinar cuándo ha de hablarse de “especial gravedad”.

El primero de estos supuestos abarca los casos en los que la cantidad es de menor importancia, por ejemplo 1.000 o 2.000 euros, no estamos ante “especial gravedad”. En segundo supuesto, si la cantidad malversada supera los 600.000

⁴⁶ MUÑOZ CONDE (2013:945).

⁴⁷ RODRÍGUEZ DEVESA & SERRANO GÓMEZ (1995:1184).

euros parece lógico pensar en “especial gravedad”. Y el tercer supuesto trata de resolver los casos más complejos o menos claros, casos en los que la suma sustraída sea una cantidad importante pero no en los extremos antes indicados, por ejemplo, 60.000 euros.

Es en estos supuestos cuando debemos recurrir al otro criterio especificado en la norma penal, combinando así esta cuantía, que ya por sí misma tiene cierta relevancia, con el dato de si hubo o no daño o entorpecimiento. Si a esta cantidad se le une un daño o entorpecimiento acreditado habría que aplicar la cualificación del delito por su “especial gravedad”, y no cuando este último elemento falta.

En cuanto al apartado segundo, será necesario que los bienes declarados de valor histórico o artístico consten registrados en el Inventario General al que la Ley de 25 junio 1985, del Patrimonio Histórico Español se refiere. Esta declaración deberá ser anterior a la sustracción, y el sujeto activo será consciente de su efectiva inclusión en este inventario.

Por último, la referencia a los efectos destinados a aliviar alguna calamidad, señala QUINTERO OLIVARES⁴⁸, que “excluye la aplicación de la agravante sobre sustracción de dinero presupuestado para tales fines, comprendiéndose únicamente los casos en que dicho dinero ha sido ya transformado en bienes concretos.” Y esto se debe más a la dificultad de recuperación de los bienes, que al grado de reproche que pudiera derivarse de la noble acción de ayuda a los necesitados.

El supuesto atenuado es absolutamente objetivo y exacto, pues entrará en aplicación cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros.

III.5.1.1.3. Por omisión.

Junto con la figura activa el Código recoge la modalidad omisiva, prevista como comisión por omisión dolosa. Recogida en el art. 432.1 CP según el cual “la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, [...] consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena...”. Estamos ante la figura del *extraneus* indicando el TS en su STS de 12 marzo de 1991, que “el *extraneus* puede ser inductor, o auxiliador, necesario o no, y también encubridor, pero no coautor”.

Se trata de un supuesto de comisión por omisión doloso, que implica la posición de garante en la que se encuentra el funcionario, y que, por ello, no basta con un no hacer, sino que además el funcionario viene obligado a evitar que se produzca el resultado consistente en la sustracción de los caudales o efectos públicos.

Al respecto, nada menciona la Ley sobre la necesidad de que medie acuerdo entre el funcionario y quien sustrae los caudales o efectos, aunque no lo excluye. Estaremos, por tanto, ante una participación en delito de hurto, robo o estafa, elevada a la categoría de delito independiente por lo que respecta al funcionario, tal y como indican RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ⁴⁹.

III.5.1.2. Conductas de distracción.

En este punto se incluyen las figuras delictivas referidas a la conducta del funcionario que actúa sin ánimo de apropiarse de los caudales públicos, pero sí con

⁴⁸ QUINTERO OLIVARES (2005:2166).

⁴⁹ RODRÍGUEZ DEVESA & SERRANO GÓMEZ (1995:1185).

ánimo de usarlos dándoles un uso distinto al de su destino. Señala MUÑOZ CUESTA⁵⁰ que este tipo no consiste en apropiarse de bienes muebles o inmuebles, sino que va dirigido a castigar aquellas autoridades o funcionarios públicos que los usan fuera de la actividad de Administración que les es propia.

III.5.1.2.1. Aplicación a usos ajenos a la función pública.

Establece el párrafo 1º del art. 433 CP “la autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años”. Aquí se recoge el denominado peculado de uso, la diferencia del art. 432 CP se centra en el tipo subjetivo. Así, en el art. 432 el funcionario actúa con ánimo de incorporar los caudales o efectos públicos a su patrimonio; mientras que en el art. 433 CP el funcionario actúa con ánimo de uso de los caudales para su posterior reintegro.

Este tipo adquiere nuevas modificaciones que QUINTERO OLIVARES⁵¹ sintetiza en cuatro. En primer lugar, se favorece la tesis de servicio público en detrimento de la teoría de los delitos de infracción del deber. En segundo lugar, se abandona la técnica legislativa de los delitos cualificados por el resultado posibilitando la supresión de la referencia al daño o entorpecimiento del servicio público. En tercer lugar, mayor rigor en la previsión punitiva como consecuencia de la introducción de la pena de días-multa, y la disminución de la pena privativa de libertad para los casos de apropiación definitiva. Finalmente, se introduce la menor penalidad condicionada a la restitución de lo distraído antes de los diez días a la incoación del proceso, y no del sumario como hasta ahora.

El precepto en cuestión, operará igualmente aunque el sujeto activo no posea ánimo de lucro como se requiere en el art. 432 CP. Así ha dicho la STS de 2 julio de 2003 que “la doctrina de esta Sala ha establecido que la diferencia entre los arts. 432 y 433 CP, procediendo la incardinación en el art. 432 cuando el Tribunal sentenciador aprecie la concurrencia del “*animus rem sibi habendi*”, es decir, cuando el agente haya obrado con el propósito de apropiación con carácter definitivo de los caudales o efectos públicos, y procederá el encuadramiento en el art. 433 cuando tan sólo sea de apreciar el “*animus utendi*”, o sea, cuando hubiese dispuesto de ellos de manera transitoria, destinándolos a usos distintos de los legalmente previstos, con ánimo de reintegrarlos.

Como recuerda la STS de 10 de julio de 2000, es ésta la diferencia sustancial entre ambos tipos penales, diferencia que no puede ser alterada por elementos adjetivos “*ex post facto*”, de modo que la restitución ulterior de lo sustraído con intención definitiva, no hace desaparecer el delito del art 432, de igual suerte que el reintegro tardío de lo simplemente distraído con finalidad de uso no altera la naturaleza de la malversación del art. 433, aunque en este caso el legislador haya establecido una cláusula remisoria de la penalidad al tipo delictivo del art. 432”.

⁵⁰ MUÑOZ CUESTA (1996:5).

⁵¹ QUINTERO OLIVARES (2005:2167).

En cuanto al reintegro, dispone el segundo párrafo del mismo precepto que “si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído en diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del art. anterior.” Esto es, si el funcionario no reintegra lo sustraído en el plazo señalado se le aplicará la pena correspondiente al funcionario que sustrae los caudales, y si se produce el reintegro del importe en el plazo indicado, la pena se reducirá considerablemente (multa y suspensión de empleo o cargo público).

Ha señalado la STS de 2 julio de 2003 que “es doctrina de este TS según la cual “se opone a la transitoriedad de la apropiación, la reiteración, la contumacia de situación duradera de la apropiación, la cuantía excesiva que muestra la continuidad y pronostica la difícil restitución, de donde se infiere el *animus* de apoderamiento definitivo, inferencia no destruida por el reintegro, salvo que hubiera sido espontáneo y no tardío, tras la comprobación del descubierto y definición del responsable””.

III.5.1.2.2. Aplicación privada de bienes de titularidad pública.

Conforme al art. 434 “la autoridad o funcionario público que con, ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años”. El art. 432 CP recoge conductas de apropiación y el art. 433 CP abarca los supuestos de uso. ¿Cuáles son las conductas establecidas en el art. 434? ¿Qué quiere decir dar una aplicación privada? Para dar con la solución el legislador no nos lo ha puesto nada fácil, pues ya tenemos los conceptos de apropiación y el uso.

Dar una aplicación privada ¿implica apropiación o uso? Este art. se refiere a ambas conductas, tanto la sustracción como el uso. Se diferencia del art. 432 en que en éste se exige una relación entre el funcionario y los caudales, situación no exigida en el art. 432. El sujeto activo del art. 434 no tiene posición de garante en cuanto a los caudales o efectos públicos sobre los que recae la acción de la autoridad o funcionario. Esta interpretación permite una mayor protección de los bienes públicos, al no exigir ninguna relación entre el sujeto activo y los caudales o efectos públicos, protegiendo a estos por el hecho de ser públicos.

III.5.1.2.3. Distinción entre ambas modalidades delictivas.

Señala CASTRO MORENO⁵² que la distinción entre ambas modalidades de malversación de uso, la contenida en el art. 433 y la del art. 434, se encuentra en las diferentes expresiones utilizadas por el legislador para definir cada una de las conductas típicas. Mientras el art. 434 castiga a la autoridad o funcionario que “diere una aplicación privada a los bienes”, en el art. 433, en cambio, la conducta castiga al funcionario o autoridad que “destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos”. Así, señala el autor, “mientras que el verbo “aplicar” debe entenderse como “utilizar”, el término “destinare” se debe traducir, por contra, como “asignar” o como “adjudicar” un destino al bien público, con independencia de quién sea el sujeto que finalmente utilice el mismo”.

⁵² CASTRO MORENO (2001:12).

III.5.2. Malversación impropia.

La derivación del tipo de malversación efectuada por el Código hacia los sujetos que no tienen la consideración de autoridad o funcionarios, esto es, personas que no reúnen los especiales elementos de la autoría exigidos por el tipo penal, se denomina malversación impropia. Conforme al art. 435 del CP, “las disposiciones de este capítulo son extensivas:

- 1º A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas.
- 2º A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.
- 3º A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares”.

Así, este precepto extiende la responsabilidad penal por malversación a los particulares que gestionan o se encargan de fondos, rentas o en general caudales públicos. Exigiendo el tipo que estos particulares obren con ánimo de lucro. Así dice la STS de 17 de noviembre de 2003 que “esta conducta típica se configura mediante su integración en las descritas en los preceptos anteriores, en este caso con la del art. 432.1, “la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones.

Por tanto, el ánimo de lucro es expresamente exigido por el CP vigente, a diferencia de lo que ocurría en el anterior. Lo que es aplicable a la conducta descrita en el art. 435.3.º, ya que basándose éste en una doble ficción, considerar autoridad o funcionario público al particular al que se encomienda el depósito de bienes embargados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares; y equiparar estos bienes a los caudales o efectos públicos; sería contrario a la lógica que la conducta equiparada a la principal, no requiriere para su existencia algún requisito a ésta exigido”.

Junto al ánimo de lucro, también es necesario un conocimiento explícito y cierto de la obligación asumida tal y como se señala en la STS de 15 de abril de 2002 cuando indica que “el delito de malversación del art. 435 CP [...] requiere que el depositario conozca de manera cierta sus obligaciones, no bastando una mera información rutinaria”. Y añade que “en el presente caso es evidente que de la lectura del acta de embargo y de la prueba testifical de la Oficial que practicó la diligencia, lo más que se puede probar es que la información que se dio al acusado fue rutinaria”.

ARROYO ZAPATERO⁵³ señala que esta argumentación es perfectamente acorde con la doctrina del TS que, de manera reiterada y pacífica, exige que el depositario de los bienes objeto de embargo, secuestro o depósito ordenado por la autoridad pública debe ser debida y expresamente informado y advertido de las obligaciones que contrae, ya que es imprescindible que la persona nombrada depositaria conozca perfecta y detalladamente las obligaciones del cargo para el que ha sido nombrada.

⁵³ ARROYO ZAPATERO (2007:915).

En atención a los sujetos activos recogidos en el tipo, podemos distinguir dos grupos: encargados y administradores o depositarios. En el primero, la extensión se realiza en relación a los encargados de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas. En el segundo, caso más común de aplicación de este precepto, es relativo a los depositarios de bienes embargados que, pese a la prohibición legal, proceden a la venta de estos bienes, conociéndose habitualmente con el nombre de delito de quebrantamiento de depósito.

Los elementos señalados por la jurisprudencia del TS para que sea de aplicación el art. 435 son los siguientes: 1. el embargo, secuestro o depósito de caudales o bienes, realizado por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares, unido a la designación de una persona con el carácter de administrador o depositario; 2. la aceptación del cargo por la persona designada, tras ser advertida de las obligaciones que contrae; 3. el acto de disposición de los caudales o bienes sin consentimiento u orden de la autoridad que acordó la administración o depósito.

MUÑOZ CONDE⁵⁴ entiende que los dos primeros apartados son indiscutibles al asimilar a la malversación propia a los que encargados de fondos o rentas que pertenecen a la Administración Pública. Sin embargo, el apartado tercero suscita más dudas al pretender dar una mayor protección a las decisiones de la autoridad. Tal protección puede resultar excesiva, al imponer penas demasiado severas a personas que sólo metafóricamente pueden considerarse funcionarios públicos. Además, como bien señala MUÑOZ CONDE⁵⁵ “autor en este caso puede ser incluso el propietario de dichos bienes que tras el embargo quede como depositario de ellos”.

III.5.3. Falsedad de cuentas.

La reforma operada en el CP mediante Ley Orgánica 7/2012 incluye un nuevo art. para dotar al sector público de la máxima transparencia, y garantizar la confianza y la veracidad relativa a la información económica de las Administraciones Públicas. Así, en el apartado 1º del art. 433 bis se tipifica el falseamiento de las cuentas y de la información de relevancia económica, que, aun no formando parte de un documento inicialmente encuentra reflejo posterior en el mismo. Sujeto activo en el tipo son “autoridad o funcionario público” y la pena impuesta a este tipo de conductas es la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

El segundo apartado de este nuevo precepto tipifica la facilitación de esa información mendaz a terceros, imponiendo las mismas penas que el apartado anterior. El último apartado del precepto constituye una agravación del tipo al disponer que “si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses”.

⁵⁴ MUÑOZ CONDE (2013:950).

⁵⁵ MUÑOZ CONDE (2013:950).

IV. BREVE REFERENCIA A LOS SISTEMAS NORMATIVOS DE NUESTRO ENTORNO.

IV.1. Alemania.

El CP Alemán⁵⁶ trata el delito de malversación de caudales como un abuso de confianza de las facultades otorgadas por la ley o una autoridad a una persona. Este concepto protege bienes jurídicos distintos al de malversación de caudales públicos que se regulaba en nuestro país. Así, el supuesto que regula el “Strafgesetzbuch” consiste interpretativamente en un caso específico de “administración desleal”, camino que se pretende seguir en España en la reforma propuesta, al que más adelante haremos alusión. Es decir, en Alemania se trata el hurto al Estado como un delito contra el patrimonio basado en el abuso de confianza depositado por la ley o una autoridad, cometiendo una administración desleal de los fondos.

A nuestro parecer, este sistema no es el adecuado para implantar en España. Nuestro sistema político se encuentra entramado de distinta forma que el de nuestros vecinos alemanes, como se pone de manifiesto al comienzo de este trabajo. Hoy la corrupción en Alemania no alcanza los niveles en España⁵⁷, por eso necesitamos una regulación completamente diferente a la de los demás Estados de nuestro entorno. Nuestra corrupción es única en su especie y necesitamos las herramientas hechas a medida para plantarle cara y tratar de solucionarla.

IV.2. Francia.

El legislador francés regula en su Código Penal la malversación de caudales públicos en los artículos 432-15 y 432-16. Así, dispone el primero “El hecho, cometido por una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público, un contable público, un depositario público o uno de sus subordinados, de destruir, distraer o sustraer una escritura o un título, o fondos públicos o privados, o los efectos, documentos o títulos que los sustituyan, o cualquier otro objeto que se les haya entregado en razón de sus funciones o de su misión, será castigado con diez años de prisión y multa de 150.000 euros. La tentativa del delito previsto en el párrafo anterior será castigada con las mismas penas”.

Aquí, el tipo se rige por tres verbos rectores. En primer lugar se castiga el hecho de destruir; en segundo lugar habla de distraer, esto es, malversar; y por último, utiliza la misma expresión que nuestro legislador: sustraer. En este caso, al contener el tipo la acción de sustraer que abarca la malversación o el hurto no podemos decir que el término “sustraer” sea inapropiado, pues es una compleción del tipo y no la conducta única y principal.

⁵⁶ Art. 266 StGB. Abuso de confianza: Quien abuse de las facultades que se le otorgan por medio de la ley o por un encargo de autoridad o por el negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro; o quien lesione el deber que le incumbe de salvaguardar los intereses patrimoniales ajenos derivados de la ley o de encargo de autoridad o por negocio jurídico o por una relación fiduciaria, y con ello le inflija desventaja a la persona cuyos intereses él debe cuidar, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

⁵⁷ Véase ANEXO 2.

El legislador francés desarrolla más quienes pueden ser sujetos activos del tipo, haciendo referencia en todo momento a la función pública. Sin embargo, no encontramos diferencias reseñables con nuestro precepto, pues, aunque con distinta nomenclatura, se refiere a la autoridad o funcionario público. Si bien es cierto que incluye a los particulares directamente en el mismo apartado con la expresión “encargada de una misión de servicio público”.

En cuanto al objeto material, el legislador francés entiende que el objeto material son “escrituras, títulos o fondos” ya sean públicos o privados. A nuestro parecer, resulta aconsejable la estructura contenida en nuestro Código, pues en concepto de “caudales y efectos” ya se contienen los fondos, títulos escrituras o todo bien que sea susceptible de evaluación económica. Además, es de resaltar que el legislador francés incluye las “escrituras, títulos o fondos privados” sin especificar si han de tener un destino público tales bienes económicos.

El segundo artículo contempla la posibilidad de malversación por parte de un particular debido a la negligencia de los sujetos activos del precepto anterior. Así, establece el artículo “cuando la destrucción, la distracción o la sustracción por un tercero de los bienes contemplados en el artículo 432-15 resulte de la negligencia de una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público, de un contable público o de un depositario público, será castigada con un año de prisión y multa de 15.000 euros”.

V. PROPUESTA LEGE FERENDA.

Después de casi una treintena de reformas sufridas por nuestro vigente CP intentando corregir sus grandes deficiencias sin éxito, nos encontramos con un nuevo Proyecto que intenta soslayar todas las carencias acumuladas. Sin embargo, antes de ver la luz, ya nace con graves deficiencias, que se intentarán corregir a lo largo de otra treintena de reformas porque el legislador hace oídos sordos a las recomendaciones de la doctrina.

La exposición de motivos del Proyecto fundamenta la necesidad de la reforma del CP en la pérdida de confianza en la Administración de justicia por parte de la ciudadanía. A nuestro entender, esa no es la confianza perdida, sino la confianza depositada en los políticos. Pérdida que han sufrido debido a multitud de cuestiones entre las que podemos destacar su actitud opaca, ayuna de transparencia, cuando no negligente, orillando las recomendaciones de los expertos; su forma de gestionar la economía de la Nación; y los cada vez más numerosos supuestos de corrupción a nivel municipal, autonómico e, incluso estatal. En esta última, los malversadores de caudales públicos no sólo evitan la cárcel con favoritismos, sino que, en los casos más raros, en los que un juez consigue impartir justicia y castigar al bandolero de caudales públicos, se escapa de su responsabilidad a través de los mal gestionados indultos.

El legislador busca encontrar la confianza perdida de los ciudadanos a través del Derecho Penal; sin embargo, como señala CÁMARA ARROYO⁵⁸ “la solución a estas cuestiones nunca podrá llegar de manos del ordenamiento punitivo, sino de la voluntad de cambio que incida en la cultura política de nuestro país, de la exigencia de los ciudadanos y de la concienciación de nuestros políticos y gobernantes en la lucha contra la corrupción mediante instrumentos previos, legales y no jurídicos,

⁵⁸ CÁMARA ARROYO (2013).

menos gravosos para el propio sistema democrático. Argumentar lo contrario es querer empezar la casa por el tejado”.

Centrándonos en nuestro estudio de la malversación, el nuevo Proyecto plantea la transformación de este delito en un supuesto de administración desleal de fondos públicos. Planteando esta remisión una serie de problemas, como señala MANZANARES SAMANIEGO⁵⁹ “la remisión al nuevo art. 252, con el reenvío de éste a los también nuevos arts. 249 y 250, suscita una serie de problemas entre los que destaca la identificación de los subtipos cualificados de malversación”.

Antes, debido a su mala redacción, el tipo de malversación se podía confundir con la apropiación indebida, como más arriba hemos señalado, ahora, se confundirá con la administración desleal. Mientras, los diputados, senadores, cargos sindicales y demás ejecutores de cargos con relevancia constitucional seguirán sin ser parte del tipo como sujetos activos específicos. En el supuesto de que cometan la conducta de saquear el erario público, el magistrado que tenga que imputarlos, deberá hacer un verdadero proyecto de ingeniería jurídica para poder tan siquiera imputarlos, cuanto más procesarlos.

Basándonos en los sucintos motivos aducidos a lo largo del presente trabajo — por falta de espacio y tiempo—, a continuación se exponen determinados criterios que deberían introducirse en el nuevo CP aprovechando la situación de renovación. En primer lugar, debe modificarse el verbo rector del tipo por el adecuado y reclamado por la doctrina desde 1848, como hemos expuesto a lo largo de este proyecto. Señala acertadamente FEIJOO SANCHEZ⁶⁰ que “el legislador ha hecho caso omiso de las críticas que había recibido la redacción anterior por utilizar inapropiadamente desde 1848 el verbo típico sustraer en lugar de hacer alusión con mejor técnica legislativa a la apropiación”.

El nuevo tipo delictivo debe incluir, como hasta el momento, el concepto de ánimo lucro en la comisión de la conducta. De no ser así, nos hallaríamos ante un supuesto diferente al de una conducta delictiva. En concreto, estaríamos ante una falta administrativa del deber del ejercicio de las funciones de autoridad o funcionario. También se debe mantener la protección al patrimonio histórico y las ayudas destinadas a aliviar calamidades públicas.

Debe eliminarse el artículo “cajón desastre” contenido en el artículo 435 CP y creado con una profunda imprecisión. Pues con criterios argumentativos podríamos incluir a cualquier persona como sujeto activo, salvo a los que realmente tienen una posición privilegiada para cometer este tipo de conductas.

Es necesario hacer mención expresa como supuesto agravado del tipo a los sujetos con cargos Constitucionales, por el mayor reproche que producen este tipo de conductas en ellos. Como depositarios de la confianza de la soberanía de la nación tienen la obligación, no deber, de actuar ejemplarmente.

Finalmente, también es necesario castigar a quien utiliza los medios del Estado en beneficio de sí mismo, y con un descarado ánimo de lucro. A título de ejemplo, podríamos incluir en estas conductas a los poseedores de un despacho propiedad

⁵⁹ MANZANARES SAMANIEGO (2013:5).

⁶⁰ FEIJOO SÁNCHEZ (1997:17).

del Estado para fines públicos, y que utiliza para fines privados. O el que utiliza un coche oficial para realizar las tareas privadas de fin de semana.

Basándonos en lo expuesto hasta el momento, nuestra propuesta de *lege ferenda* queda como sigue:

1. Los que, con ánimo de lucro, se apropien de dinero, bienes muebles o inmuebles o cualesquiera otros caudales o efectos públicos propiedad del Estado destinados a funciones públicas se les impondrá la pena de...

Si esta apropiación fuere realizada por autoridad o funcionario público prevaleciendo de su cargo la pena será....

Cuando la autoridad fuere senador, diputado o delegado sindical se le impondrá la pena anterior superior en uno o dos grados en atención a la cantidad sustraída, además de la inhabilitación absoluta permanente para ejercer cualquier tipo de cargo público, sin perjuicio de la pena anterior.

2. Cuando los bienes apropiados estuvieren declarados como valor histórico o artístico o tuviesen como último fin proyectos sociales, aliviar calamidades públicas la pena a imponer será...
3. Quiénes dieren una aplicación privada a dichos bienes serán castigados con...

Con esta reforma del tipo de malversación no va a solucionarse el problema de la corrupción, pero seguro que se verá reducida severamente, si, además, se impulsasen medidas para reformar la Administración pública como las señaladas por SOTO RODRIGUEZ⁶¹:

En primer lugar, aminorar el gran número de requisitos innecesarios exigidos para eliminar las burocracias. En segundo lugar, formar una Administración con profesionales en la materia en todos los niveles jerárquicos. En tercer lugar, educar a la sociedad civil con programas que lleguen a la conciencia del ciudadano, participando en labores de vigilancia y gobierno. Finalmente, una drástica reducción del número de entes y niveles en la alta esfera de la Administración Pública.

Otro tipo de reformas son las encaminadas a cambiar el sistema de protección de los Diputados y Senadores. Nuestro art. 71 CE, erróneamente inspirado en la Ley Fundamental de Bonn de 1949⁶², establece que éstos “[...] gozarán de inmunidad y solo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.”. Tal y como indica TORRES DEL MORAL⁶³ si la responsabilidad del gobierno es solidaria será más difícil exigir responsabilidad a un miembro de las Cámaras por malversación, ya que “se protege” bajo la solidaridad del Gobierno.

⁶¹ SOTO RODRÍGUEZ (2014:5).

⁶² Art. 46: [Fuero parlamentario e inmunidad] (1) Los diputados no podrán en ningún momento ser sometidos a un procedimiento judicial o disciplinario ni responsabilizados de otra forma fuera del Bundestag a causa de su voto o de una declaración que hicieran en el Bundestag o en una de sus comisiones. Esto no rige para las ofensas calumniosas. (2) A causa de actos sujetos a sanción penal, un diputado puede ser responsabilizado o detenido sólo con la autorización del Bundestag, a no ser que sea detenido en delito flagrante o durante el día siguiente de haber cometido el acto.

⁶³ TORRES DEL MORAL (2004:492-495).

También debe ser objeto de reforma nuestro sistema electoral porque como señala SERRANO GÓMEZ⁶⁴ “la regeneración es poco probable si han de liderar los mismos que nos han llevado a la situación en la que nos encontramos”.

Uniendo todas ellas, quizás podría reducirse la corrupción a sus mínimos históricos.

VI. CONCLUSIONES.

Los cambios producidos en los diversos códigos penales españoles se deben, como no podría ser de otra forma, a los vaivenes políticos acontecidos. Con un fuerte apoyo en el Código penal de Napoleón, se aprueba en España en primer CP de su historia, el de 1822. En él se plasman los movimientos liberales de la época, aunque se denota la gran deficiencia técnica en cuanto al determinación del bien jurídico protegido, pues la malversación se equipara a un tipo de hurto sobre cosas del Estado, con un sujeto activo indeterminado “el que”.

El CP de 1848 ya no mantiene el espíritu liberal de su predecesor debido a la reinstauración del absolutismo. No obstante, el legislador pulió la técnica codificadora, en nuestro caso concreto, reemplazó la vaga expresión “el que” por una más acorde: “el empleado público”.

El CP de 1870 manteniendo la misma estructura y esencia que su predecesor, fue donde se produjo el primer cambio significativo en el delito que nos ocupa. Se sustituye la expresión “empleado público” por “funcionario público”. Aquí se produce un avance hacia la madurez del bien jurídico protegido, utilizando como criterio rector la función pública.

El CP de 1928 caracterizado por dar cumplimiento efectivo a las funciones Administrativas, añade a la expresión “funcionarios públicos” “y otros análogos”, esto obedece al hecho de que se sancionaba igualmente a notarios públicos como agentes mediadores de comercio. Además, cambia su alcance sistemático regulando en el Libro I el concepto penal de funcionario público.

Los cambios políticos resultantes de la proclamación de la II República en 1931 tuvieron su reflejo en el CP de 1932. Se intentó mantener en la posición de funcionario público a los abogados, escribanos o médicos, sin embargo esta posición no fue favorable en el TS. Los vaivenes políticos de estas fechas culminaron con la guerra civil de 1936 a 1939. Se mantuvo el CP de 1932, pero las leyes especiales establecidas por Franco lo dejaron sin contenido. En 1944 se aprobó el texto refundido que aprobó el nuevo Código Penal de esta etapa. En cuanto a la malversación, se castigaba penalmente una infracción de deberes y no la lesión de los bienes jurídicos.

La regulación penal vigente de la malversación, pendiente de modificación, presenta como deficiencia histórica, la gran imprecisión del verbo rector del tipo. Señala el tipo “el que sustrajere” queriendo decir “el que se apropie”, pues difícilmente se puede sustraer algo que ya se tiene. Como sujetos activos nos encontramos con la “autoridad y los funcionarios públicos”, además de senadores y diputados. Sin embargo, no se contempla un tipo específico de malversación cuando ésta es cometida por ellos. Situación que no sucede con magistrados, abogados,

⁶⁴ SERRANO GÓMEZ (2013:11).

fiscales, etc. donde sí se contemplan tipos específicos atendiendo a las circunstancias.

En la actualidad, los diversos cambios en nuestro vigente Código penal se fundamentan en el intento de los políticos de recuperar la confianza perdida por parte de sus votantes. No es la vía penal la solución a todos los grandes males de la sociedad, esta vía sólo sirve como castigo para quienes en última instancia no respetan las normas de convivencia social actual. No fue el Derecho penal quien les retiró la confianza depositada en ellos, sino que son ellos mismos los que inducen a tal suspicacia a través de las técnicas utilizadas para su enriquecimiento y sobreprotección. Parece que a los políticos se les ha olvidado gobernar y dirigir, sólo centran sus esfuerzos en medrar y saquear.

En cuanto al derecho comparado, el sistema implementado en el Código alemán se fundamenta en la protección de un bien jurídico distinto al nuestro. Aquí, se tutela la administración desleal de los bienes que puedan pertenecer al Estado. El CP francés tiene una estructura similar a la nuestra, debido a que nosotros nos basamos en él, en consecuencia, tampoco podemos tomarlo como buen sistema para lo que nos interesa, reducir la corrupción.

Nuestro sistema político se encuentra entramado de distinta forma que el de nuestros vecinos alemanes, como se pone de manifiesto en este trabajo. Hoy la corrupción en Alemania no alcanza los niveles en España, por eso necesitamos una regulación completamente diferente a la de los demás. Nuestra corrupción es única en su especie y necesitamos las herramientas hechas a medida para plantarle cara y tratar de solucionarla.

La necesidad de otorgar una mayor protección al erario público frente a quienes realmente tienen alcance para perjudicar al Estado, se hace patente a la vista de todos los casos de corrupción a los que nos enfrentamos. Estos sujetos son senadores, diputados, cargos sindicales, o cualquier otra persona con cargo de relevancia constitucional; no se encuentran provistos de regulación penal para el caso de que puedan cometer algún tipo de desfalco. Los magistrados que intentan hacer justicia con estas personas, pues según nuestra CE todos estamos sometidos al imperio de la Ley, tienen verdaderas dificultades a la hora de procesarlos por los groseros desfalcos que acometen contra el Estado español. Es por ello que, para facilitar la tarea a los magistrados para combatir la corrupción, proponemos la siguiente *lege ferenda*:

1. Los que, con ánimo de lucro, se apropien de dinero, bienes muebles o inmuebles o cualesquiera otros caudales o efectos públicos propiedad del Estado destinados a funciones públicas se les impondrá la pena de...

Si esta apropiación fuere realizada por autoridad o funcionario público prevaleciendo de su cargo la pena será....

Cuando la autoridad fuere senador, diputado o delegado sindical se le impondrá la pena anterior superior en uno o dos grados en atención a la cantidad sustraída, además de la inhabilitación absoluta permanente para ejercer cualquier tipo de cargo público, sin perjuicio de la pena anterior.

2. Cuando los bienes apropiados estuvieren declarados como valor histórico o artístico o tuviesen como último fin proyectos sociales, aliviar calamidades públicas la pena a imponer será...
3. Quiénes dieran una aplicación privada a dichos bienes serán castigados con...

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSOX. (1807). *Las Siete Partidas por la Real Academia de la Historia*. Madrid: Imprenta Real.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (2013). *Tratado de Derecho penal español parte especial III*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- APARICIO PÉREZ, M. A. (2009). *Manual de Derecho Constitucional*. Barcelona: Editorial Atelier.
- ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J., & TERRADILLOS BASOCO, J. (2007). *Comentarios al código penal*. Madrid: Iustel.
- CÁMARA ARROYO, S. (2013). La responsabilidad penal de los partidos políticos: Ley 7/2012 de 27 de diciembre. *Blogs UNIR*. (disponible en <http://blogs.unir.net/sergio-camara-arroyo/espacio-publico/640-la-responsabilidad-penal-de-los-partidos-politicos-ley-72012-de-27-de-diciembre>; fecha de última consulta: 16-06-2014).
- CASTRO MORENO, A. (2001). La distinción entre las dos modalidades de malversación de uso: análisis crítico de los distintos criterios. *La Ley penal*, 1-27.
- CUAREZMA TERAN, S. (1992). Malversación de caudales públicos propia e impropia. *Diario La Ley*, 1-6.
- CUELLO CALÓN, E. (1929). *Código penal de 8 de septiembre de 1928*. Barcelona: Librería Bosch.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. (2013). La corrupción ante el Derecho y la Justicia. *Diario La Ley*(8153), 1-12.
- COMISIÓN EUROPEA (2014). Archivos de la Comisión Europea. (Disponible en http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb_special_399_380_en.htm#397; fecha de última consulta: 09-07-2014).
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (1997). Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas. *Diario La Ley*, 1-40.
- GIL, F. J. (1990). *Código Penal y su jurisprudencia*. Barcelona: José M^a Bosch.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., MESTRE DELGADO, E., MARTÍNEZ GALINDO, G., ALCORTA PASCUAL, M., & COTILLAS MOYA, C. (2003). *Código Penal con concordancias y jurisprudencia*. Madrid: Editorial Tecnos.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A. (1870). *El código penal de 1870 concordado y comentado*. Burgos: Imprenta de D. Timoteo Arnaiz.
- HEINECCIUS, J. G. (1839). *Elementos de Derecho Romano*. Granada: Imprenta y librería de D. Manuel Sanz.
- LAMARCA PEREZ, C., ALONSO DE ESCAMILLA, A., GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, I., MESTRE DELGADO, E., & RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial (5ª edición)*. Madrid: Colex.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L., & RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L. (1988). *Códigos penales españoles*. Madrid: Ediciones Akal, S.A.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. (2013). La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código penal. *Diario La Ley*(8104), 1-9.

- MOMMSEN, T. (1905). *Derecho penal romano*. Madrid: La España moderna.
- MUÑOZ CONDE, F. (2013). *Derecho penal. Parte especial (19ª edición)*. Valencia: Tirant lo blanch.
- MUÑOZ CUESTA, J. (1996). El delito de malversación. *Diario La Ley*, 1-8.
- PACHECO, J. F. (1881). *El Código Penal, concordado y comentado*. Madrid: Imprenta y fundición de Manuel Tello.
- PUIG PEÑA, F. (1950). *Derecho penal. Contestaciones a los programas de las oposiciones a la Judicatura y al Ministerio Fiscal. T. II, 2ª Edición*. Barcelona: Licili.
- QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., TAMARIT SUMALLA, J., & GARCÍA ALBERO, R. (2005). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A.
- ROCA AGAPITO, L. (1999). *El delito de malversación de caudales públicos*. Barcelona: J. M. Bosch.
- RODRIGUEZ DEVESA, J. M., & SERRANO GOMEZ, A. (1995). *Derecho penal español parte especial*. Madrid: Dykinson.
- ROJAS BENÍTEZ, O. (2009). *La tutela penal de la función pública desde el actual delito de malversación en España*. Salamanca: Ratio Legis.
- SERRANO GÓMEZ, A. (2013). Corrupción, delito y crisis en la Administración de Justicia. *Diario La Ley*(8043), 1-29.
- SOTO RODRÍGUEZ, M. (2014). El delito de malversación en la Administración Pública. *Diario La Ley*(8228), 1-7.
- TORRES DEL MORAL, A. (2004). *Estado de Derecho y Democracia de Partidos, (2ª edición)*. Madrid: Servicio de publicaciones facultad derecho Universidad Complutense de Madrid.

VIII. FUENTES JURÍDICAS

VIII.1. NORMATIVAS

Código Criminal de Alemania (Strafgesetzbuch).

Art. 266

Código Penal Español de 1822.

Art. 134

Art. 135

Art. 463

Art. 464

Art. 465

Art. 466

Art. 467

Código Penal Español de 1848.

Art. 191

Art. 294

Art. 309

Art. 310

Art. 311

Art. 312

Art. 313

Código Penal Español de 1850.

Art. 318

Art. 319

Art. 320

Art. 321

Art. 322

Código Penal Español de 1870.

Art. 405

Art. 406

Art. 407

Art. 408

Art. 409

Art. 410

Art. 416

Código Penal Español de 1928.

Art. 213

Art. 214

Art. 480

Art. 481

Art. 482

Art. 483

Art. 484

Art. 485

Art. 486

Código Penal Español de 1932.

Art. 400

Art. 401

Art. 402

Art. 403

Art. 404

Código Penal Español de 1944.

Art. 119

Art. 394

Art. 395

Art. 396

Art. 397

Art. 398

Código Penal Español de 1963.

Art. 119

Art. 394

Art. 395

Art. 396

Art. 397

Art. 398

Código Penal Español de 1973.

Art. 119

Art. 394

Art. 395

Art. 396

Art. 397

Art. 398

Código Penal Español de 1983.

Art. 119

Art. 394

Art. 395

Art. 396

Art. 397

Art. 398

Código Penal Español de 1995.

Art. 24

Art. 432

Art. 433

Art. 433 bis.

Art. 434

Art. 435

Código Penal Francés (Code pénal).

Art. 432-15

Art. 432-16

Constitución Española de 1.978.

Art. 31

Art. 71

Art. 103

Art. 128

Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, en la cual se establece el reconocimiento jurídico como agentes de la autoridad.

Art. 31

Ley Fundamental de Bonn de 1949.

Art. 46

VIII.2. JURISPRUDENCIALES

1989

STS de 26 de junio de 1989.

STS de 10 de octubre de 1989.

1991

STS de 12 marzo de 1991.

1993

STS de 5 de febrero de 1993.

STS de 11 de octubre de 1993.

1995

STS de 1 de febrero de 1995.

1996

STS de 3 de octubre de 1996.

1997

STS de 13 de febrero de 1997.

STS de 14 de noviembre de 1997.

1998

STS de 29 de julio de 1998.

1999

STS de 26 de marzo de 1999.

2000

STS de 22 de febrero de 2000.

STS de 10 de julio de 2000.

STS de 1 de diciembre de 2000.

2001

STS de 24 de enero de 2001.

STS de 27 de febrero de 2001.

STS de 4 de diciembre de 2001.

2002

STS de 15 de abril de 2002.

STS de 5 de abril de 2002.

2003

STS de 2 julio de 2003.

STS de 17 de noviembre de 2003.

2004

STS de 16 de marzo de 2004.

2008

STS de 5 de febrero de 2008.

IX. ANEXOS

IX.1. Anexo 1.

ANÁLISIS COMPARATIVO DEL DELITO DE MALVERSACIÓN EN LOS DIFERENTES CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES.

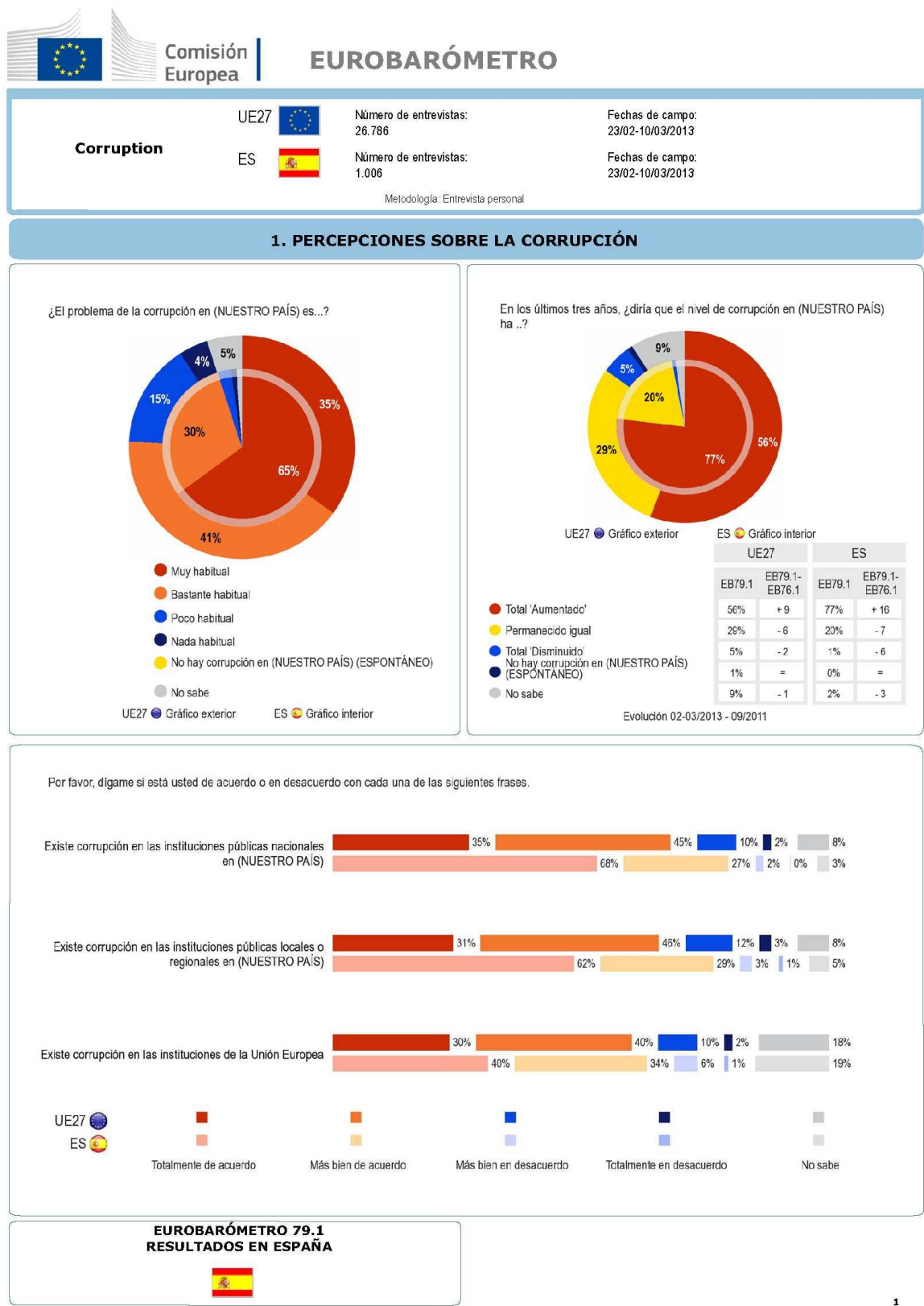
	Sujetos Activos	Conductas típicas	Novedades	Sanciones
CP 1822	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Funcionarios públicos. ❖ Personas a cargo de caudales o efectos por comisión de Gobierno. ❖ Depositarios y administradores por orden de juez o autoridad. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Malversación de uso. ❖ Malversación por apropiación. ❖ Malversación por agravación agravada. 		<ul style="list-style-type: none"> ❖ Privativa de libertad variante en relación al porcentaje de lo extraviado. ❖ Pérdida de empleo. ❖ Imposibilidad de acceso a cargos públicos. ❖ Apercibimiento. ❖ Infamia. ❖ Multa: <ul style="list-style-type: none"> ○ del 10 al 20%. ○ del 30 al 60%. ❖ Posible doble sanción de multa. ❖ Resarcimiento del perjuicio causado. ❖ Reclusión: <ul style="list-style-type: none"> ○ De 1 a 4 años. ○ De 4 a 8 años. ❖ Presidio de 8 a 12 años. ❖ Obras públicas de a 12 a 20 años. ❖ Deportación después de 10 años de obras públicas.
CP 1848	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Empleado público. ❖ Encargados de caudales públicos. ❖ Administradores y depositarios. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Malversación por sustracción dolosa. ❖ Malversación de uso privado. ❖ Malversación por uso público diferente. ❖ Cláusula extensiva. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Se añade: <ul style="list-style-type: none"> ○ “o consintiere que otro sustraiga”. ○ “daño o entorpecimiento del servicio público”. ○ “la multa se graduará por el valor de la cosa”. ○ “aunque pertenezcan a particulares”. ❖ Se sustituye “cualquiera persona particular...” por “comisión de Gobierno o de alguna autoridad que se halle encargado” 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Arresto mayor. ❖ Prisión menor. ❖ Prisión mayor. ❖ Inhabilitación especial temporal. ❖ Suspensión y multa del 5 al 25% del valor de lo sustraído. ❖ Inhabilitación temporal y multa del 5 al 50% de valor de lo sustraído. ❖ Suspensión. ❖ Multa por el valor de la cosa, la cual no podía ser inferior a 10 duros.
CP 1850	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Empleado público. ❖ Encargados de caudales públicos. ❖ Administradores y depositarios. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Malversación por sustracción dolosa. ❖ Malversación por uso privado. ❖ Malversación por uso público diferente. 		<ul style="list-style-type: none"> ❖ Mismas penas que el CP anterior. ❖ Se añade: <ul style="list-style-type: none"> ○ Cadena temporal. ○ Inhabilitación perpetua absoluta.

CP 1870	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Empleado público. ❖ Encargados de caudales públicos. ❖ Administradores y depositarios. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Malversación por sustracción dolosa. ❖ Malversación por sustracción imprudente. ❖ Malversación por uso privado, equiparada a malversación dolosa en caso de no reintegro. ❖ Malversación por uso público diferente. ❖ Presunción legal de sustracción. ❖ Cláusula extensiva. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Expresión “<i>por razón de sus funciones</i>” en el art. 405. ❖ Término “<i>cosa</i>” en el art. 409. ❖ Se sustituye “<i>al que</i>, por <i>A los que</i>” en el art. 410. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Arresto mayor en su grado mínimo. ❖ Presidio correccional en grados medio y máximo. ❖ Cadena temporal. ❖ Multa. ❖ Inhabilitación especial temporal. ❖ Inhabilitación temporal.
CP 1928	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Funcionario público. ❖ Encargados de caudales públicos. ❖ Administradores y depositarios. ❖ Empleados o agentes que tengan a su cargo la recaudación de impuestos o pago de deudas o servicios. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Malversación por sustracción. ❖ Malversación por sustracción imprudente. ❖ Malversación por uso privado. ❖ Malversación por uso público diferente. ❖ Presunción legal de sustracción. ❖ Cláusula extensiva. ❖ Cláusula genérica para apreciar libremente las pruebas. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Arbitrio del Tribunal para sancionar un hecho cuya cuantía no ha podido ser determinada. ❖ Supresión “<i>por razón de sus funciones</i>”. ❖ Se determinó una modalidad atenuada. ❖ Endurecimiento de la pena. ❖ Se añadió el supuesto de descargo insuficiente. ❖ Libertad para apreciar pruebas. ❖ Se agregó “<i>funcionario competente y depositario</i>”. ❖ Se añadieron como posibles sujetos activos a los empleados de establecimientos, sociedad y empresas que tuvieran a su cargo la recaudación de impuestos, pagos o servicios. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Se introducen los márgenes de años en los que el juez debía condenar. ❖ Reclusión: <ul style="list-style-type: none"> ○ de 2 a 6 años. ○ de 6 a 12 años. ○ de 12 a 20 años. ❖ Inhabilitación absoluta de 8 a 30 años. ❖ Inhabilitación especial: <ul style="list-style-type: none"> ○ de 1 a 3 años. ○ de 2 a 6 años. ○ de 3 a 12 años. ❖ Multa.
CP 1932	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Funcionario público. ❖ Encargados de caudales públicos. ❖ Administradores y depositarios. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Malversación por sustracción. ❖ Malversación por sustracción imprudente. ❖ Malversación por uso privado. ❖ Malversación por uso público diferente. ❖ Presunción legal de sustracción. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Reintroducción de la expresión “<i>por razón de sus funciones</i>”. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Elevación al doble de valores como base para la sanción. ❖ Arresto mayor. ❖ Presidio menor en sus grados medio y máximo. ❖ Presidio mayor en sus grados medio y máximo. ❖ Inhabilitación especial. ❖ Inhabilitación absoluta. ❖ Suspensión. ❖ Multa.

		❖ Cláusula extensiva.		
CP 1944	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Funcionario público. ❖ Encargados de caudales públicos. ❖ Administradores y depositarios. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Malversación por sustracción. ❖ Malversación por sustracción dolosa. ❖ Malversación por sustracción imprudente. ❖ Malversación por uso privado. ❖ Malversación por uso público diferente. ❖ Presunción legal de sustracción. ❖ Cláusula extensiva. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Reintroduce la libre valoración del Tribunal. ❖ Introduce una sanción disminuida para el supuesto funcionario negligente que reintegra lo sustraído. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Introduce la represión pública. ❖ Arresto mayor. ❖ Presidio menor. ❖ Reclusión menor. ❖ Inhabilitación especial. ❖ Multa de 5 al 50%. ❖ Suspensión. ❖ Suspensión y multa.
CP 1963	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Funcionario público. ❖ Encargados de caudales públicos. ❖ Administradores y depositarios. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Malversación por sustracción dolosa. ❖ Malversación por sustracción imprudente. ❖ Malversación por uso privado. ❖ Malversación por uso público diferente. ❖ Presunción legal de sustracción. ❖ Cláusula extensiva. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Introducción de la expresión "a su disposición". 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Mismas sanciones que el CP anterior.
CP 1973	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Funcionario público. ❖ Encargados de caudales públicos. ❖ Administradores y depositarios. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Malversación por sustracción dolosa. ❖ Malversación por sustracción imprudente. ❖ Malversación por uso privado. ❖ Malversación por uso público diferente. ❖ Presunción legal de sustracción. ❖ Cláusula extensiva. 		<ul style="list-style-type: none"> ❖ Arresto mayor. ❖ Prisión menor. ❖ Prisión mayor. ❖ Reclusión menor. ❖ Inhabilitación absoluta. ❖ Represión pública. ❖ Inhabilitación especial. ❖ Multa del 5 al 50%. ❖ Suspensión. ❖ Suspensión y multa.

CP 1983	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Funcionario público. ❖ Encargados de caudales públicos. ❖ Administradores y depositarios. ❖ Particular. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Malversación por sustracción dolosa. ❖ Malversación por sustracción imprudente. ❖ Malversación por uso privado. ❖ Malversación por uso público diferente. ❖ Presunción legal de sustracción. ❖ Cláusula extensiva. 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Mismas sanciones que el CP anterior.
------------	--	---	--

IX.2. Anexo 2.



1. PERCEPCIONES SOBRE LA CORRUPCIÓN

¿El problema de la corrupción en (NUESTRO PAÍS) es...?

● Muy habitual
● Bastante habitual
● Poco habitual
● Nada habitual
● No hay corrupción en (NUESTRO PAÍS) (ESPONTÁNEO)

UE27 Gráfico exterior ES Gráfico interior

En los últimos tres años, ¿diría que el nivel de corrupción en (NUESTRO PAÍS) ha...?

● Total 'Aumentado'
● Permanecido igual
● Total 'Disminuido'
● No hay corrupción en (NUESTRO PAÍS) (ESPONTÁNEO)
● No sabe

UE27 Gráfico exterior ES Gráfico interior

UE27		ES	
EB79.1	EB79.1-EB76.1	EB79.1	EB79.1-EB76.1
56%	+ 9	77%	+ 16
26%	- 6	20%	- 7
5%	- 2	1%	- 6
1%	=	0%	=
9%	- 1	2%	- 3

Evolución 02-03/2013 - 09/2011

Por favor, dígame si está usted de acuerdo o en desacuerdo con cada una de las siguientes frases.

Existe corrupción en las instituciones públicas nacionales en (NUESTRO PAÍS)

Existe corrupción en las instituciones públicas locales o regionales en (NUESTRO PAÍS)

Existe corrupción en las instituciones de la Unión Europea

UE27 ES

Totalmente de acuerdo Más bien de acuerdo Más bien en desacuerdo Totalmente en desacuerdo No sabe

EUROBARÓMETRO 79.1

RESULTADOS EN ESPAÑA

⁶⁵ COMISIÓN EUROPEA (2014).

Comisión
Europea

EUROBARÓMETRO

Corruption

UE27

Número de entrevistas:
26.786Fechas de campo:
23/02-10/03/2013

ES

Número de entrevistas:
1.006Fechas de campo:
23/02-10/03/2013

Metodología: Entrevista personal

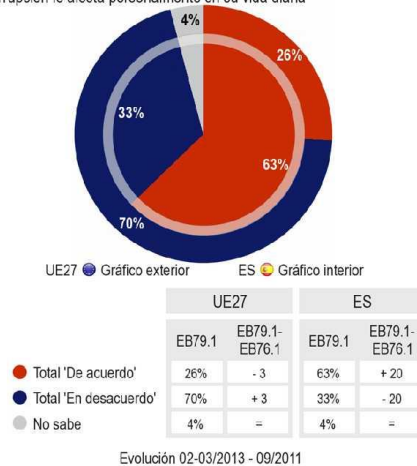
1. PERCEPCIONES SOBRE LA CORRUPCIÓN

En (NUESTRO PAÍS), ¿cree que el ofrecimiento y aceptación de sobornos y el abuso de poder en beneficio propio están extendidos entre alguno de los siguientes grupos?

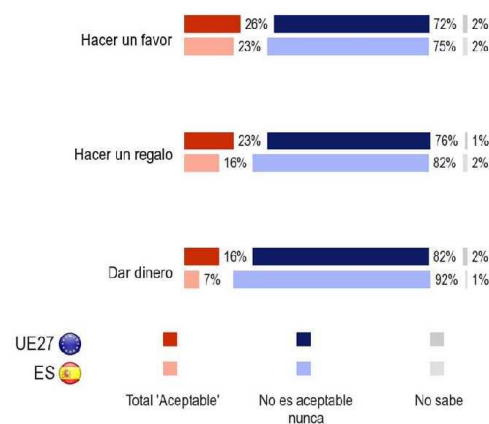


Por favor, dígame si está usted de acuerdo o en desacuerdo con cada una de las siguientes frases.

La corrupción le afecta personalmente en su vida diaria



Hablando más en general, si quisiera obtener algo de la administración pública o de un servicio público, ¿en qué medida cree que es aceptable hacer alguna de las siguientes cosas?

EUROBARÓMETRO 79.1
RESULTADOS EN ESPAÑA

Comisión
Europea

EUROBARÓMETRO

Corruption

UE27

Número de entrevistas:
26.786Fechas de campo:
23/02-10/03/2013

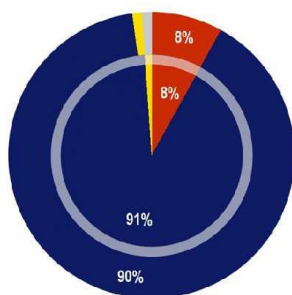
ES

Número de entrevistas:
1.006Fechas de campo:
23/02-10/03/2013

Metodología: Entrevista personal

2. DENUNCIAR LA CORRUPCIÓN

En los últimos 12 meses, ¿ha vivido o ha sido testigo de algún caso de corrupción?



● Total 'Sí'

● No

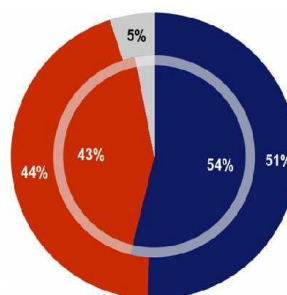
● Rehúsa (ESPONTÁNEO)

● No sabe

UE27 ● Gráfico exterior

ES ● Gráfico interior

Si viviera o fuera testigo de un caso de corrupción, ¿sabría dónde denunciarlo?



● Sí

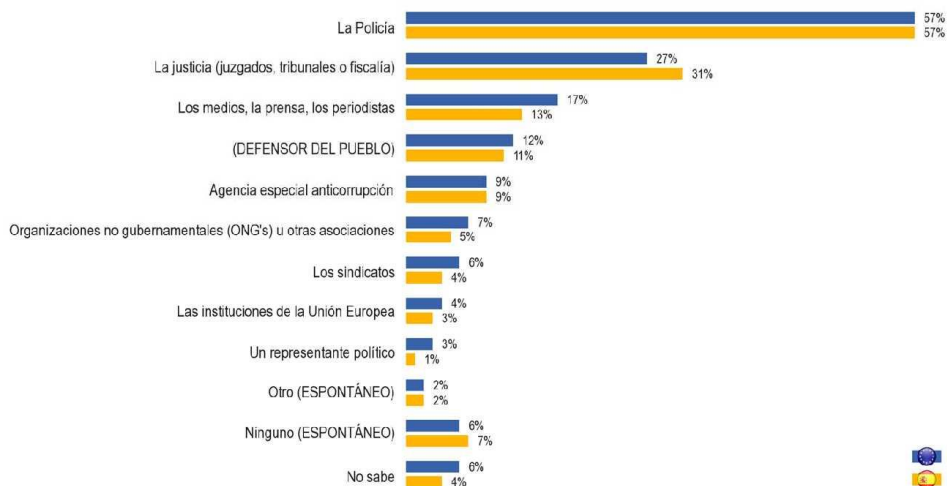
● No

● No sabe

UE27 ● Gráfico exterior

ES ● Gráfico interior

Y si quisiera denunciar este caso de corrupción, ¿en quienes confiaría más para solucionarlo?



● UE27

● ES

EUROBARÓMETRO 79.1
RESULTADOS EN ESPAÑA

3

67

67 COMISIÓN EUROPEA (2014).

European
Commission

EUROBAROMETER

Corruption

EU27

Number of interviews:
26.786Fieldwork:
23/02-10/03/2013

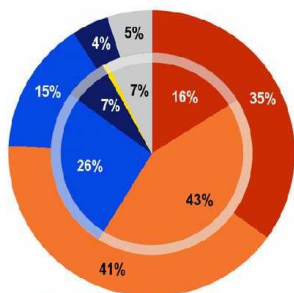
DE

Number of interviews:
1.545Fieldwork:
23/02-10/03/2013

Methodology: face-to-face

1. PERCEPTIONS OF CORRUPTION

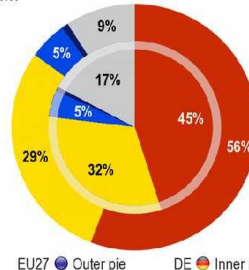
How widespread do you think the problem of corruption is in (OUR COUNTRY)?



● Very widespread
 ● Fairly widespread
 ● Fairly rare
 ● Very rare
 ● There is no corruption in (OUR COUNTRY) (SPONTANEOUS)
 ● Don't know

EU27 ● Outer pie DE ● Inner pie

In the past three years, would you say that the level of corruption in (OUR COUNTRY) has...?

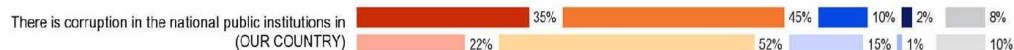


	EU27		DE	
	EB79.1	EB79.1-EB76.1	EB79.1	EB79.1-EB76.1
Total 'Increased'	56%	+ 9	45%	+ 13
Stayed the same	25%	- 6	32%	- 7
Total 'Decreased'	5%	- 2	5%	- 2
There is no corruption in (OUR COUNTRY) (SPONTANEOUS)	1%	=	1%	- 2
Don't know	9%	- 1	17%	- 2

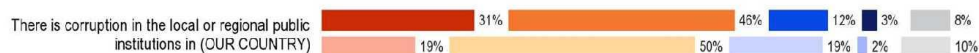
Evolution 02-03/2013 - 09/2011

Please tell me whether you agree or disagree with each of the following?

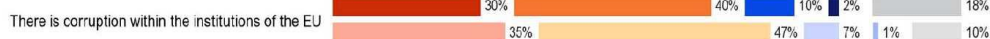
There is corruption in the national public institutions in (OUR COUNTRY)



There is corruption in the local or regional public institutions in (OUR COUNTRY)



There is corruption within the institutions of the EU

EU27
DE

Totally agree

Tend to agree

Tend to disagree

Totally disagree

Don't know

EUROBAROMETER 79.1
RESULTS FOR GERMANY

1

**Corruption**

EU27

Number of interviews:
26.786Fieldwork:
23/02-10/03/2013

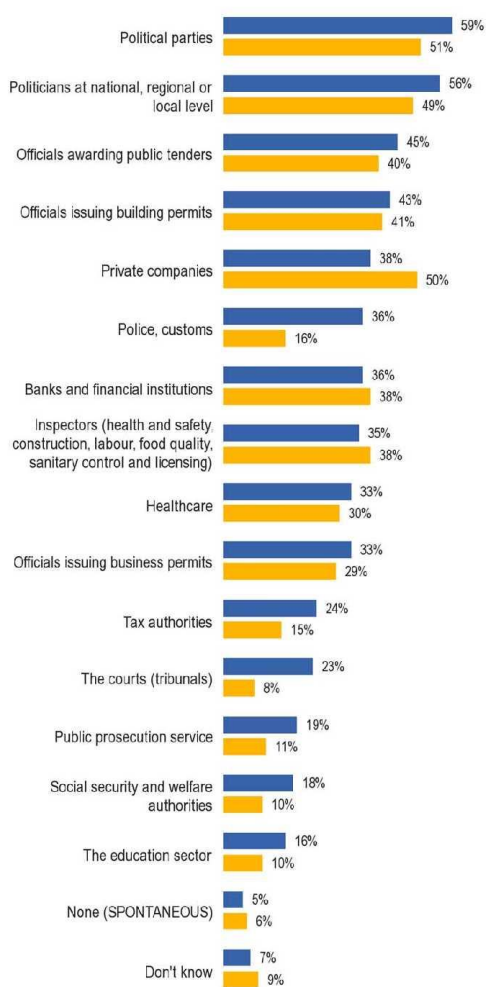
DE

Number of interviews:
1.545Fieldwork:
23/02-10/03/2013

Methodology: face-to-face

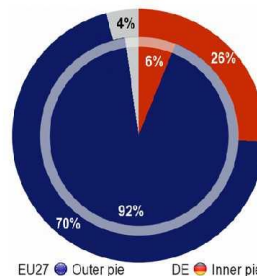
1. PERCEPTIONS OF CORRUPTION

In (OUR COUNTRY), do you think that the giving and taking of bribes and the abuse of power for personal gain are widespread among any of the following?

**EUROBAROMETER 79.1
RESULTS FOR GERMANY**

Please tell me whether you agree or disagree with each of the following?

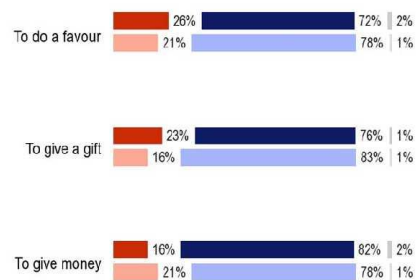
You are personally affected by corruption in your daily life



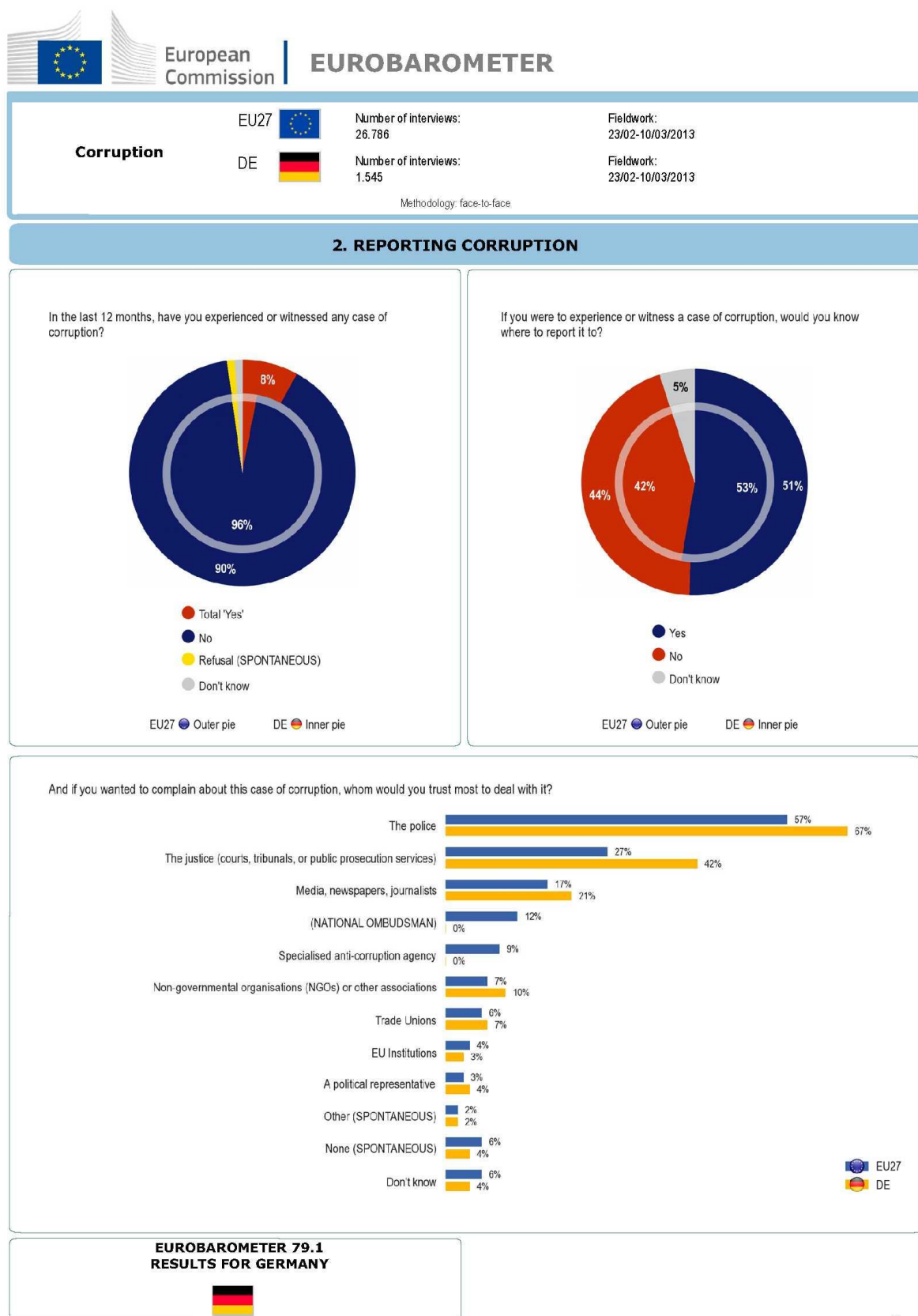
EU27		DE	
EB79.1	EB79.1-EB76.1	EB79.1	EB79.1-EB76.1
26%	- 3	6%	- 6
70%	+ 3	92%	+ 6
4%	=	2%	=

Evolution 02-03/2013 - 09/2011

Talking more generally, if you wanted to get something from the public administration or a public service, to what extent do you think it is acceptable to do any of the following?



Total 'Acceptable' Never acceptable Don't know



3

70

⁷⁰ COMISIÓN EUROPEA (2014).