



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

El delito de malversación

Presentado por:

Lucía Velar San Segundo

Tutelado por:

Alejandro Luis de Pablo Serrano

Valladolid, 14 de Julio de 2021

ÍNDICE

1. Introducción. La <i>especie</i> de la malversación en el género de la corrupción.	5
2. Delitos contra la Administración Pública. Ubicación sistemática del delito de malversación	7
3. Algunos apuntes sobre el origen remoto del delito de malversación	9
4. Algunos datos estadísticos sobre el delito de malversación en España	11
5. Regulación penal del delito de malversación	16
6. Modalidades del delito de malversación	21
6.1. Malversación propia	21
6.1.1. Bien jurídico	22
6.1.2. Sujeto activo	24
6.1.3. Los delitos de administración desleal y de apropiación indebida con la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo en el delito de malversación.	26
6.1.4. Objeto material del delito	29
6.1.5. Modalidades típicas	30
6.2. Malversación impropia	35
7. La intervención del <i>Extraneus</i>	37
8. Concurso	39
9. Conclusiones	40
10. Bibliografía	42

SIGLAS

TC	Tribunal Constitucional
CP	Código Penal
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
LO	Ley Orgánica
INE	Instituto Nacional de Estadística

Resumen

En este Trabajo de Fin de Grado vamos a llevar a cabo un análisis del Delito de malversación, que está regulado en el Título XIX del Código Penal. Además, analizaremos cómo ha influido la reforma de la LO 1/2015 en este delito, y en sus distintas categorías. Finalmente, también estudiaremos ciertos datos estadísticos sobre la situación de este delito y de la corrupción en nuestro país.

Palabras clave: corrupción, funcionario público, autoridad, malversación, caudales públicos, administración desleal, apropiación indebida.

Abstract

In this Project we will carry out an analysis of the Crime of Embezzlement, which is regulated in Title XIX of the Penal Code. In addition, we will study how the reform of LO 1/2015 has influenced this crime, and it's different categories. Finally, we will also analyze certain statistical data on the situation of this crime and corruption in our country.

Key words: corruption, public official, authority, embezzlement, public flows, unfair administration, misappropriation.

1. INTRODUCCIÓN. LA *ESPECIE* DE LA MALVERSACIÓN EN EL *GÉNERO* DE LA CORRUPCIÓN

Basta realizar una simple consulta en internet sobre corrupción política en España para que el buscador de google nos proporcione como respuesta más de 40 millones de entradas,¹ pero si buscamos información sobre “corruption politique dans la France”, encontramos algo más de la mitad de entradas en la versión francesa del mismo buscador. Un resultado similar obtenemos si introducimos “corruzione politica in Italia” en la versión italiana del buscador. Ese sencillo hecho, que por sí solo no demuestra el alcance del problema, pone de manifiesto que este es un tema que ocupa la actualidad en nuestro país.

A la vista de estos hechos podemos preguntarnos si verdaderamente la corrupción política es mayor en nuestro país que en aquellos de nuestro entorno, por ello otra búsqueda bastante sencilla nos lleva al portal internacional de transparencia y con los datos de 2020 referidos al índice de percepción de la corrupción, donde Francia ocupa el lugar número 23, España el 30 e Italia el número 52, de un total de 180 estados. Conviene recalcar que estos datos no abarcan únicamente el ámbito político, por lo que no son completamente comparables a los obtenidos en la búsqueda inicial sobre google; pero sí que nos permiten seguir aproximándonos a los objetivos que queremos plantear para el desarrollo de este trabajo.

Si buscamos la definición de corrupción en la Real Academia Española de la Lengua nos da la siguiente: *“En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”*.

Sin embargo, esta no es la única que se le atribuye: la propia Constitución entiende que es el uso de un poder público para actuar en interés propio, distinto del general². Además de estas dos, algunos autores también han definido este concepto, entre ellos Saban Godoy, que entiende que es la utilización de un poder público, que ha sido otorgado por otra persona, en beneficio propio y que no coincide con aquel que se le otorgó³. Así vemos cómo las diferentes definiciones siguen una línea común, aunque no sean exactamente iguales.

España es un Estado de Derecho compuesto por el poder ejecutivo, legislativo y judicial. El primero de estos; es el encargado de la dirección de la política interior y exterior, y está

¹ Consulta realizada con el texto “corrupción política en España” el día 20 de febrero de 2021.

² Art.103 de la Constitución Española de 1978.

³ SABAN GODOY. *El marco jurídico de la corrupción*. Madrid: Cívitas Ediciones, 1991, pp 15- 17.

integrado por el Gobierno, que es el encargado de la dirección y el impulso de la política, y la Administración, que está compuesto por un conjunto de funcionarios, y que es quien desarrolla las diferentes políticas gubernamentales.

La corrupción ha sido una cuestión preocupante desde hace tiempo. Esta preocupación se fundamenta en las recomendaciones que hizo el grupo de anticorrupción de la OCDE a nuestro país, por ello firmó el Convenio sobre corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones españolas en el año 1997, lo cual dio lugar a que se llevaran a cabo ciertas modificaciones en nuestro Código Penal. A partir de aquí, el problema no se solucionó, sino que ha seguido preocupando a los sucesivos gobiernos, quienes han ido aprobando algunas leyes como la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, en la cual se resaltaba especialmente la transparencia, o la Ley 9/2017, con la cual se pretendía aumentar la transparencia, además de reforzar la lucha contra la corrupción.

Esta corrupción abarca un conjunto de delitos cuyo contenido, alcance y penalidad son distintos, sin embargo, también existen algunas semejanzas entre ellos como son el bien jurídico protegido, su naturaleza o los sujetos. Como ya veremos, el sujeto activo en estos delitos es un funcionario público o autoridad, aunque hay ocasiones en las que basta con que lo sea de hecho, es decir, personas que sí llevan a cabo alguna función pública, pero sin tener esta condición de funcionarios. De tal manera que lo que se tiene en cuenta a la hora de determinar la comisión de estos delitos es la participación, la cual debe ser real y concreta.

La reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, también ha incidido en este ámbito con la finalidad de reforzar la normativa y las penas previstas. En relación con estas, ha habido un aumento de las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público en casos como la prevaricación, además una novedad bastante interesante, es la de la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, lo cual quiere decir, que cualquier condenado por uno de estos delitos no podrá presentarse a un cargo electivo. Sobre esta nueva pena, se han pronunciado algunos autores como Veleije Álvarez, quien destaca que es una pena bastante escasa en nuestro Código⁴ y bastante adecuada. También se ha incluido una nueva especialidad relacionada con el contenido del art.90.4 del CP, que trata concretamente sobre la libertad condicional. En virtud de esta, ahora cabe la posibilidad de que pueda ser denegada en aquellos casos en los que el condenado haya evitado el cumplimiento de la responsabilidad

⁴ VELEIJE ÁLVAREZ, Inma. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp 126.

o la reparación de los daños, que se hubieran derivado del delito. La finalidad de esta novedad no es otra que evitar el acceso a esta condición, hasta que hayan pagado.

Por tanto, los delitos de corrupción han experimentado un endurecimiento importante con la finalidad de aportar una mayor protección para el buen funcionamiento de la Administración pública. Sobre esto se han pronunciado algunos autores, como es el caso de Ortiz de Urbina, quien defiende la importancia de defender la Administración con y sin mayúscula, es decir, como organización pero también como un medio al servicio de los ciudadanos⁵.

Se condena son a las personas por su comportamiento delictivo aprovechándose del cargo que ocupan, y no el mal funcionamiento de la Administración. Esto se fundamenta en dos artículos de la Constitución, el 103.1, del que ya hablaremos más adelante en este trabajo, y el 106, en el cual aparecen una serie de principios, como el de eficacia, descentralización, jerarquía, o sometimiento a la Ley y al Derecho, que en caso de ser dañados serán castigados por el Código Penal.

Así pues, hemos dejado brevemente constatado cual es el eje temático de la investigación y la oportunidad científica de emprenderla con ocasión del Trabajo Fin de Grado. En las páginas sucesivas, empezaremos con una breve explicación sobre la ubicación de los delitos contra la Administración pública en nuestro Código penal, además de aclarar algunos conceptos que traen consigo ciertas dificultades y una breve explicación para mostrar cual es la situación actual en España en números. Posteriormente nos centramos ya en el estudio del delito de la malversación de caudales públicos en sí mismo y en sus modalidades

2. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DELITO DE MALVERSACIÓN.

El concepto de Administración Pública ha causado algunos problemas respecto a su definición, lo que sí ha quedado claro es que ha sido creada por el Estado como un medio de conexión entre el mismo y la sociedad, como se pronunció el Tribunal Constitucional en la Sentencia nº0008/ 2003, de 11 de noviembre, según el cual, el buen funcionamiento del estado social y democrático de derecho, se fundamenta en la seguridad jurídica para garantizar digamos que un “mínimo” esencial que impulse el desarrollo del país.

⁵ ORTIZ DE URBINA, Gimeno. *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Atelier: Barcelona, 2011, pp 328.

Sin embargo, su definición ha sido algo más compleja de precisar, así por ejemplo, Gómez Díaz de León entiende que tiene tres dimensiones: la estructural, la disciplinaria y la funcional. Y a partir de esto, la concibe como un conjunto de personas, que son los funcionarios o autoridad y que cumplen con los fines del Estado.⁶

Tal es su importancia, que ha surgido la necesidad de crear mecanismos que sirvan como un medio de protección de la Administración Pública. Por ello, nuestro Código Penal recoge las conductas típicas que serán castigadas en caso de atentar contra la Administración Pública.

Es en el Título XIX del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que lleva por rúbrica “Delitos contra la Administración Pública”, y que comprende del art.404 al 445, donde encontramos regulado el delito de malversación junto con otros de la misma familia.

El bien jurídico protegido en los diversos delitos que comprende este Título es el correcto funcionamiento de la administración, es decir, se trata de proteger el interés constitucional del buen funcionamiento de la Administración, tutelar a la propia Administración pública.⁷ Por esto destaca el art.103.1 de la CE que dice lo siguiente: *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”*.

El Tribunal Constitucional en la STC 85/1985 recalca que tales principios son aplicables a todas las Administraciones públicas, como la garantía de su correcto funcionamiento, siempre dentro de los márgenes de la ley.

El Título XIX que incluye nueve delitos, estructurados en diez capítulos y cuarenta y un artículos. Estos delitos son; la prevaricación y comportamientos injustos de los funcionarios públicos (arts.404 a 406), el abandono de destino y la omisión del deber de perseguir delitos (arts.407 a 409), la desobediencia y la denegación de auxilio (arts.410 a 412), la infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (arts.413 a 418), el cohecho (arts. 419 a 427 bis), el tráfico de influencias (arts. 428 a 431), la malversación objeto de estudio de este trabajo (arts. 432 a 435 bis), fraudes y exacciones ilegales (arts.436 a 438) y, finalmente, las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de sus funciones (arts.439 a 444). Sin embargo, a lo largo del Código Penal podemos encontrar otros delitos que, aunque queden fuera de este Título, también atentan contra la

⁶ GÓMEZ DÍAZ DE LEÓN, Carlos. Administración pública contemporánea. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm104, 2017, pp 121 – 150.

⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Delitos contra la administración pública. *Revista La Ley*, núm 2, 1997, pp 132 - 145.

Administración Pública, por ejemplo, los delitos contra la Administración de justicia, que se encuentran en el Título XX del Código Penal, o los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales, que se encuentra regulado en el Título XXXI del Código Penal.

El código penal de 1995 fue reformado en el año 2015, mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, a la que afecta este Título, con la finalidad de adecuar la normativa internacional en materia de corrupción y reforzar las penas establecidas.

- De esta manera, en algunos delitos de este título, se aumentaron las penas de inhabilitación especial para cargo público.
- Además, se incluyó dentro del repertorio de penas, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio.
- En la reforma también se incluyó la novedad acerca de la libertad condicional, según la cual, las personas condenadas por haber cometido alguno de estos delitos, llegado el momento podrían ser privadas de la misma cuando no hubiesen cumplido con su responsabilidad pecuniaria o el resarcimiento del daño causado.
- Se extendió el concepto de funcionario público. Así, por ejemplo, en el delito de malversación se consideran a partir de entonces como sujetos activos a los particulares que lleven a cabo alguna actividad que esté vinculada con las funciones públicas.

En cuanto al delito de malversación, este había permanecido intacto hasta la reforma del año 2003, mediante la Ley Orgánica 15/2003, en lo único que se modificó fue la cantidad de 500.00 pesetas, a su equivalente en euros, 4000 euros. Así, hasta la reforma de 2015, de su redacción se derivaba que este delito se concebía como una apropiación o hurto de bienes de carácter público. Sin embargo, en la LO 1/2015, ya en la exposición de motivos pasa a concebirse como la administración desleal de fondos públicos. Y al Tribunal Supremo estableció esta relación en la STS 394/2014, de 7 de mayo, cuando afirmó lo siguiente: “(...) *En este sentido, podemos señalar la correlación del delito de malversación con el delito de administración desleal (...).*”

3. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL ORIGEN REMOTO DEL DELITO DE MALVERSACIÓN.

El derecho penal romano ya contenía el delito de malversación. La mayoría de la doctrina entiende que su antecedente era el *peculatus* romano, que, sin embargo, en su origen no fue exactamente idéntico al delito de malversación que encontramos en nuestro Código Penal, sino que este solo de manera excepcional exigía una cualidad subjetiva especial, y lo esencial para calificarlo como *furtum populum*, era el carácter público de la cosa sustraída.⁸

En la Antigua Roma, el *peculatus* era anterior a la moneda. El *pecus*, es decir, el ganado tenía atribuido un valor y era utilizado como un medio de cambio; así era esto lo que constituía el erario público, el patrimonio del pueblo romano⁹, que por aquel entonces tenía la condición de sacro. De esta manera, la sustracción de cualquier cosa que formase parte de este patrimonio, sería constitutiva de peculado, siendo indiferente quién fuese el autor de los hechos, por lo que como conclusión hay destacar que, en sus inicios, este delito no estaba atribuido de manera exclusiva a los funcionarios públicos.

Junto a este *peculatus*, hay que destacar el denominado *crimen sacrilegi*, y el *crimen residuarum peciniarium*. El primero de ellos, consistía en el hurto de dinero o cosa mueble que perteneciese al dominio público, y el segundo de ellos, tenía lugar cuando un funcionario público, deudor de una determinada cuantía, no la devolvía, por lo que podemos decir que se trataba de un *peculatus* impropio.

Con el tiempo y lentamente se fue introduciendo en el derecho penal romano, la idea del *peculatus* como un abuso por parte de los funcionarios públicos y, en el derecho cesáreo, la fue traicionada. Esto supuso un gran avance, puesto que no solo incluía el patrimonio del pueblo romano, sino que pasó a incluir el patrimonio de cualquier administración pública, llegando así al delito de malversación como lo entendemos hoy en día¹⁰.

Además, el *peculatus* también incluía la apropiación indebida de los funcionarios cuyo trabajo consistía en llevar la contabilidad, lo que se denomina *pecuniae residuae*. Así, este delito llegó incluso a incluir cualquier fraude independientemente de que constituyese desvío de dinero o no.

⁸ ENTRENA FABRÉ, Rafael. *El Delito de Malversación*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, pp 15 – 17.

⁹ FERNANDEZ DE BUJAN Y FERNANDEZ, Antonio. Ius fiscale: Instrumentos de política financiera y principios informadores del sistema tributario romano. *Revista de Derecho UNED*, núm.5, 2009, pp 192 – 197.

¹⁰ DIAZ PALOS, Fernando. *Malversación de caudales públicos*. *NEJ*, T.XV, 1972, pp. 817-819.

Aparece recogido en el Digesto de Justiniano, en el cual se entendía como la realización del hurto del dinero público que pertenecía al pueblo romano, y que incluía además otras conductas, como la de destruir o sustraer. Así mismo, aparece también regulado en Las Partidas, donde se castigaba con pena de muerte, a todo aquel que sustrajera los caudales de las ciudades, villas o los del rey, y en la Novísima Recopilación, que castigaba a quien sustrajera rentas, incluyendo también la sustracción de los derechos reales¹¹.

Finalmente, en cuanto a las penas, estas sufrieron una evolución. Pasaron de ser unas penas bastantes severas, por ejemplo, en la época justiniana la pena era la de deportación o pena de muerte, o en la época de Teodosio II, estableciéndose la pena de muerte para todo funcionario público que cometiese este delito, así como para sus cómplices si los tuviera, y quien se aprovechase del “botín” obtenido¹², a penas más suaves, estableciéndose la pena de multa del cuádruplo de la cantidad que se hubiese sustraído, llegando así hasta nuestros días donde la pena será de prisión, inhabilitación o multa.

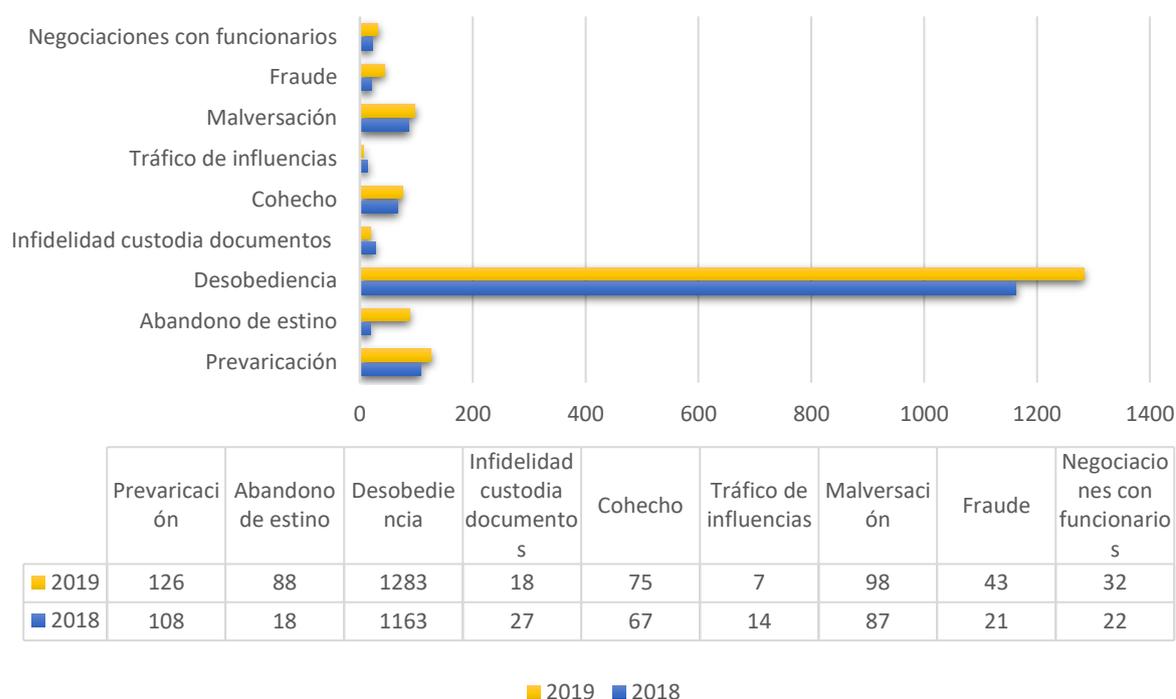
4. ALGUNOS DATOS ESTADÍSTICOS DEL DELITO DE MALVERSACIÓN EN ESPAÑA.

Como sabemos, en España los delitos de corrupción se dan con bastante frecuencia pero, ¿cuáles son los datos reales sobre corrupción en nuestro país? Pues bien, a continuación, mediante una serie de gráficos, vamos a analizar la situación de los delitos contra la Administración Pública, y el delito de malversación.

¹¹ ENTRENA FABRÉ, Rafael. *El Delito de Malversación*. Valencia: Tirant Blanch, 1999 pp. 15-24.

¹² SANTALUCIA, Bernardo. *Derecho Penal Romano*. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces S.A, 1990, p. 139.

Delitos contra la Administración Pública



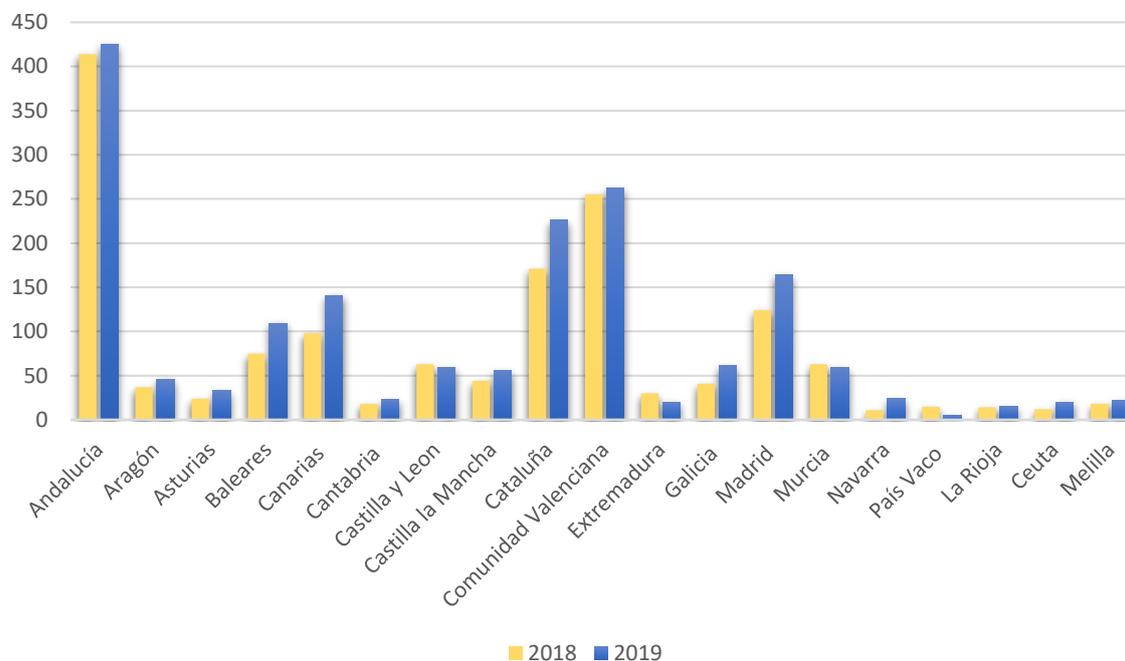
Fuente: tabla propia elaborada con datos del INE.

En este gráfico se hace una comparativa entre los años 2018 y 2019, sobre los casos que se han cometido, en relación con los distintos delitos contra la Administración Pública. Podemos apreciar cómo hay una tendencia ascendente en todos los delitos, exceptuando el delito del tráfico de influencias, en el que hay una reducción, o en el de la infidelidad de la custodia de documentos.

En cuanto al delito de malversación, se observa un aumento destacable en el número de casos, llegando casi a cometerse diez más en el año 2019, y que veremos en otro gráfico más adelante. Lo que podemos deducir de estos datos es que hay una tendencia real en el aumento de la comisión en los delitos de corrupción.

En relación con los delitos cometidos contra la Administración Pública en las Comunidades Autónomas:

Corrupción en las Comunidades Autónomas



Fuente: tabla propia elaborada con datos del INE.

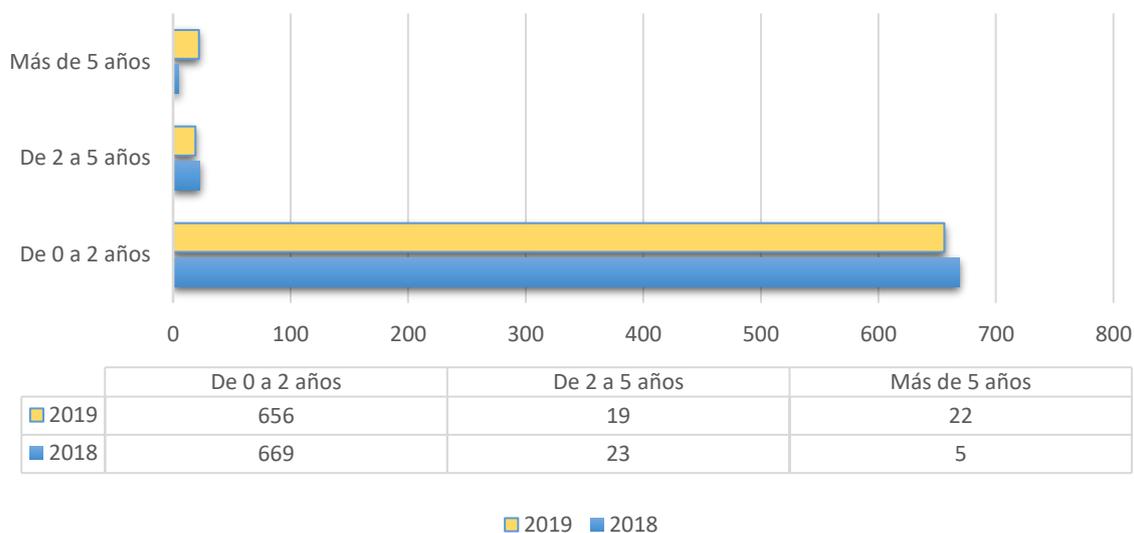
En el gráfico se hace, de nuevo, una comparación entre los años 2018 y 2019, de los delitos cometidos contra la administración pública, en las diferentes Comunidades Autónomas.

Podemos observar cómo las comunidades autónomas donde más casos ha habido, son Andalucía y la Comunidad Valenciana. Además, nuestra comunidad se encuentra entre aquellas en las que hay un menor número de casos, habiéndose cometido sesenta y tres en el año 2018, y cincuenta y nueve en el año 2019.

Como en el caso anterior existe, en la mayoría de los casos, una tendencia en el crecimiento del número de casos entre los años respectivamente, exceptuándose Castilla y León, en el que ha habido una reducción en el número de casos.

En cuanto a la duración de las penas que se han impuesto contra los delitos contra la Administración Pública:

Penas

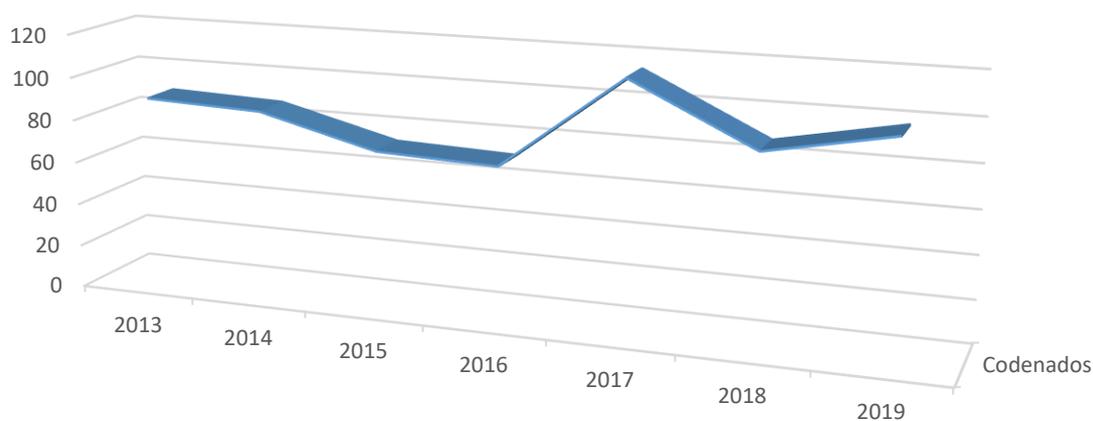


Fuente: tabla propia elaborada con datos del INE.

Otro elemento que me parece de especial relevancia, es la duración de las penas que se imponen en estos delitos. En el gráfico se muestra la comparativa entre los años 2018 y 2019, en relación con la duración de las penas impuestas. Podemos ver cómo lo más habitual es la imposición de penas entre 0 y 2 años, entendiendo, por tanto, que la mayoría de los casos en los que se comete un delito contra la Administración Pública, son de escasa gravedad.

A diferencia de lo que ocurría en los gráficos anteriores, hay una disminución entre los años en relación con la duración de las penas que se imponen entre cero y dos años, y las que van de los dos a los cinco años. Al contrario de lo que ocurre con las penas de más de cinco años, en las que ha habido un incremento bastante importante, lo que nos hace pensar que ha habido un incremento en la comisión grave de estos delitos.

Delito de malversación

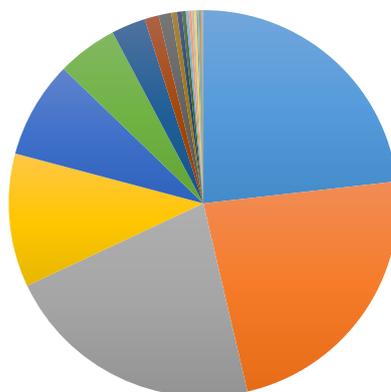


	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
■ Codenados	89	87	73	71	114	87	98

Fuente: tabla propia elaborada con datos del INE.

En cuanto al delito de malversación, que es el objeto de este trabajo, se hace en este gráfico una comparación entre los años 2013 y 2019. Observamos cómo hubo una disminución de los casos hasta el año 2016 y, sin embargo, al año siguiente hubo un crecimiento exponencial en el número de los casos, superando los cien casos. En el año 2018, volvió a reducirse hasta llegar al mismo número de casos que en el año 2014, estabilizándose de nuevo, hasta llegar a los noventa y ocho en el año 2019. Se mantiene, por tanto, la tendencia en el aumento del número de casos en los últimos años, y concretamente, entre los años 2018 y 2019, como en los casos anteriores.

Delitos más cometidos en 2019

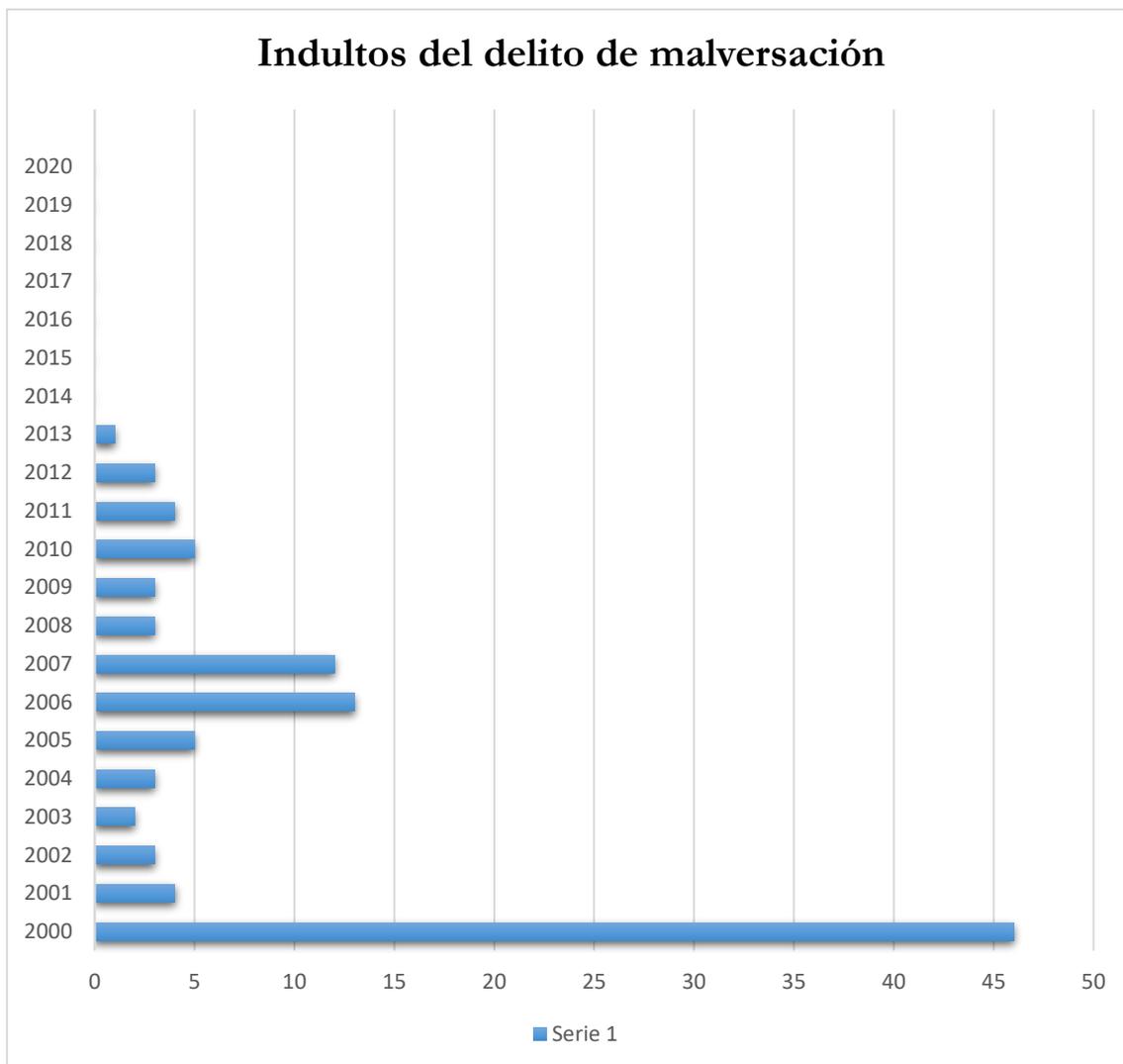


- | | | |
|--|-----------------------|-----------------------------|
| ■ Fraude | ■ Robos | ■ Amenazas |
| ■ Constra la salud pública | ■ Falsedad documental | ■ Coacciones |
| ■ Blanqueo de capitales | ■ Abusos sexuales | ■ Homicidios |
| ■ Revelacion de secretos | ■ Falso testimonio | ■ Obstruccion a la justicia |
| ■ Incendios | ■ Allanamiento | ■ Secuestro |
| ■ Trata de seres humanos | ■ Prevaricacion | ■ Malversación |
| ■ Cohecho | ■ Acoso sexual | ■ Calumnias |
| ■ Omisión del deber de socorro | ■ Encubrimiento | ■ Patrimonio hitórico |
| ■ Infidelidad en la custodia de documentos | ■ Sedición | ■ Matrimonios ilegales |
| ■ Lesa humanidad | | |

Fuente: tabla propia elaborada con datos del INE.

En esta tabla hemos hecho un estudio de cuáles han sido algunos de los delitos más cometidos en España durante el año 2019. A partir de estos datos, se observa que los delitos más comunes son los delitos contra la seguridad vial, habiéndose cometido 91.413 casos, seguidos del delito de hurto, con 71.671 casos. En relación con el delito de malversación, ocupa el puesto número dieciocho de nuestra lista, habiéndose cometido 98 casos. Por tanto, a pesar de que haya habido un aumento en la comisión de este delito, no se encuentra entre los más cometidos, aunque es cierto que tiene una tendencia ascendente, y habría que ver su evolución futura.

Otro aspecto bastante interesante es el de los indultos, en relación con nuestro delito de malversación observamos lo siguiente:



Fuente: tabal propia elaborada con datos de <https://civio.es/el-indultometro/buscador-de-indultos/>

En esta tabla hemos tenido que volver hasta el año 2000, para poder observar variaciones en los datos, puesto que desde el año 2014 no se han concedido. Podemos decir que hasta el año 2010 no hay una tendencia clara, pero es a partir de este cuando comienza a reducirse significativamente. Además, resalta la gran cantidad de indultos que se concedieron en el año 2000, con un total de cuarenta y seis, en comparación con el resto, ya que el siguiente año en el que más se concedieron fue en el 2006, con un total de trece. En cualquier caso, podemos observar relacionando esta con otras tablas, cómo la tendencia en cuanto a la comisión del delito es ascendente, y en contraprestación esta es decreciente.

5. REGULACIÓN PENAL DEL DELITO DE MALVERSACIÓN

El delito de malversación comprende los artículos 432 a 435 del Código penal, los cuales sufrieron algunos cambios tras la reforma de la LO 1/2015.

Tras esta reforma, la redacción del art.432 es la siguiente:

“1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252¹³ sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253¹⁴ sobre el patrimonio público.

3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o

b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.»”.

En este primer artículo se regula la apropiación y la administración desleal del patrimonio, haciendo alusión a los arts.252 y 253 del Código.

¹³ Artículo 252:” 1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. 2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.”

¹⁴Artículo 253: “1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido. 2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.”

- La administración desleal puede definirse como la actuación que lleva a cabo una persona, que tiene la capacidad de administrar el patrimonio ajeno, facultad que ostenta por la ley, o por ser transferida por autoridad o negocio jurídico.
- Por otra parte, en la apropiación indebida existe la obligación previa de devolver a la persona que tenga la legitimidad. Así, la diferencia entre ambos conceptos la encontramos en el propio art.432, ya que en el apartado primero habla del abuso en la gestión, y en el apartado segundo habla de la disposición de los bienes en perjuicio de quien es su verdadero titular.

Por tanto, en este delito es esencial el ánimo de lucro, que consiste en la voluntad que tiene una persona, que sería el sujeto activo, de obtener una ganancia o ventaja de carácter económico.

El art.433 CP dice lo siguiente: *“Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros.”*

En este artículo se regula el tipo agravado, para aquellos casos en los que el valor de los bienes objeto de la apropiación, no sea superior a los 400 euros. Además, nos gustaría hacer especial hincapié en la pena que se impone en estos delitos que consiste en la privación del derecho de sufragio, que nos parece adecuada debido a la gravedad de los hechos delictivos, en especial, cuando se trate de altos cargos

El art.433 bis CP: *“1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390¹⁵, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida*

¹⁵ Artículo 390:” 1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2. Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho 4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos. 2. Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto de actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil.

en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior.

3. 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”.

En este artículo, se diferencian dos conductas distintas. En primer lugar, encontramos la que consiste en falsificar los datos de la contabilidad; y en segundo lugar, la acción consistente en facilitar datos económicos de una empresa, a personas ajenas a la misma.

El art.434 CP: *“Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados.”*

Aquí se regula el tipo atenuado del delito de malversación. En estos casos, el autor de los mismos ha intentado, en la medida de lo posible y de manera activa para, bien resarcir el daño causado, o bien colaborar con las autoridades para ayudar a resolver el caso concreto del que es acusado. De ser así, entonces la pena será la inferior en uno o dos grados.

El art.435 CP: *“Las disposiciones de este capítulo son extensivas:*

1. ° A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas.

2. ° A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.

3. ° A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

4. ° A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido en la ley

5. ° A las personas jurídicas que de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sean responsables de los delitos recogidos en este Capítulo. En estos casos se impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.

c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.”

En este artículo estamos propiamente ante la malversación impropia, al cual se le añadió el apartado cuarto con la reforma del año 2015. De esta manera en el artículo se identifica a aquellas personas que serán castigadas por este mismo delito cuando cumplan con la conducta de este delito, asemejándoles así a los funcionarios públicos, y que será objeto de estudio en este mismo trabajo.

6. MODALIDADES DEL DELITO DE MALVERSACIÓN

6.1 Malversación propia

En nuestro Código Penal se regulan dos modalidades de este delito: la malversación propia y la impropia, que analizaremos a continuación.

La malversación propia es aquella en la que el sujeto activo es un funcionario o autoridad pública y que está regulado en los artículos 432, 433, 433 bis y 434, cuyos principales elementos vamos a analizar en este epígrafe.

6.1.1. Bien Jurídico

Se trata esta de una cuestión controvertida, que ha dado lugar a numerosos desacuerdos dentro de la doctrina.

El art.128 de la CE regula que la riqueza de España es de interés general, y es por eso que se atribuye tanto a los procesos de obtención como de gasto de la riqueza una grandísima importancia. Como consecuencia de esto, se otorga una protección penal específica a aquellos bienes y fondos que están anexos al cumplimiento de las funciones de la Administración.

El delito de malversación es el delito de carácter patrimonial que tiene unas características más exactas y completas. Lo que queda claro es que el interés jurídico en este delito, es la adecuada gestión que debe llevarse a cabo del patrimonio público, con el objetivo de poder facilitar la prestación de servicios, pero también de poder ganarse la confianza de los ciudadanos.

Con la reforma que se llevó a cabo en el año 2015 mediante la LO 1/2015 del Código Penal, se pasan a castigar con el delito de malversación, la administración desleal y también la apropiación indebida. Por tanto, se extiende a todo el patrimonio público. Lo que ha querido hacer el legislador con la reforma es establecer una delimitación clara y precisa entre la administración desleal del art.252, y el de apropiación indebida del art.253 del CP. Con esto podríamos diferenciar que los casos en los que una persona, que en nuestro delito debe ser un funcionario público, incorpore a su patrimonio algún bien con la obligación de restituirlo y no lo haga, entonces será un supuesto de apropiación indebida. Sin embargo, los casos en los que una persona sea administrador y se le hayan atribuido algunas facultades de disposición con la misma obligación que en el caso anterior y no cumpliera, entonces estaríamos ante un supuesto de administración desleal¹⁶, a lo cual nos referiremos en este trabajo en otro punto.

Y es que, esto es precisamente lo que permite que este delito tenga una doble naturaleza, tal y como han planteado la jurisprudencia¹⁷ y la doctrina¹⁸. Dentro de la doctrina, podemos diferenciar tres ideas. En primer lugar, una parte de la doctrina defiende que lo que constituye

¹⁶ MIR PUIG, Carlos. La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 68, 2015, pp 198-202.

¹⁷ STS 1398/1998, de 11 de noviembre.

¹⁸ GARCÍA PEREZ, Juan Jacinto. *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*. Madrid: Sepin, 2016, pp 2978 y ss.

el bien jurídico sería la eficacia de la Administración cuando presta sus servicios. Otra parte más pequeña entiende que el bien jurídico yace en la protección que se le otorga al patrimonio de la misma, y finalmente, habría aquí una concepción intermedia, que es aquella que contiene a las dos anteriores.

A la vista de esto, podemos afirmar que se trata de un delito contra la Administración Pública, y por otro, es un delito contra el patrimonio público. Esta es una idea que en los últimos años ha ido ganando fuerza y se ha acentuado, llegando a afirmar que lo que constituye el medio de comisión de este es la infracción del deber de fidelidad de los funcionarios públicos, lo cual ha sido defendido por Nieto Martín entre otros autores.¹⁹

Por tanto, dicho de otra manera podríamos decir que lo que conforma el bien jurídico del delito de malversación, es el daño que sufre la Administración tanto sobre el patrimonio público, como los recursos y el interés de la misma, lo que como ya veremos se deriva de lo dispuesto en el art.103 de la CE.²⁰ Y es precisamente a la vista de esto último, que desde que se llevó a cabo la reforma del Código Penal se ha visto reforzada la idea que han defendido algunos autores como Quintero Olivares²¹, que consiste en que la protección en este tipo de delitos donde hay un perfil patrimonial bastante importante, se fundamente en el desvío que se produce con objetivos de carácter privado.

A raíz de lo visto anteriormente, debemos destacar la relación del bien jurídico protegido de este delito con el principio de eficacia que regula el apartado primero del art.103 de la CE, al que ya hemos hecho una breve referencia. En virtud de dicha relación lo que se pretende es que la Administración pueda conseguir sus objetivos de manera eficiente según lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, y además de la obtención de resultados y la satisfacción de los intereses generales de la misma.

¹⁹ NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*. Barcelona: Wolters Kluwer, 1996, pp 240.

²⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de derecho penal: parte especial*. Madrid: Dykinson, 2015, pp 1171-1180.

²¹ QUIENTERO OLIVARES, Gonzalo. *Compendio de la parte especial del derecho penal*. Pamplona: Lex nova, 2016, pp 421.

6.1.2 Sujeto activo

Como ya hemos dicho, en esta modalidad el sujeto activo va a ser un funcionario o autoridad pública, lo cual nos da pie a pensar que se trata de un delito especial, puesto que va a haber un círculo cerrado de posibles sujetos, y cuya definición ha suscitado un cierto debate. En este sentido, no existe una única definición para este concepto.

- Así encontramos una definición en el Estatuto Básico del Empleado público, que entiende que son aquellas personas que trabajan para alguna Administración Pública y reciben una retribución²².
- También encontramos una definición en el art.24 del CP, que dice lo siguiente:”1. *A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.* 2. *Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.*”. Sin embargo, esta definición no es válida para todo el ordenamiento jurídico, sino tan solo en el ámbito del derecho penal, como ha puesto de manifiesto, entre otros autores, Suarez-Mira Rodríguez²³.
- Sobre este tema también se ha pronunciado el Tribunal Supremo en algunas de sus sentencias, como la STS 1544/2004, de 23 de diciembre, conforme a la cual el concepto de funcionario público que recoge el Código Penal es un concepto bastante amplio que incluye tanto a aquellas personas que trabajen en organismos públicos, como a aquellas otras que, en palabras del TS, “*actúa[n] sometido[s] a la actividad de control del derecho administrativo*”. Por lo que, a la vista de esto, queda claro que el concepto de

²² Art. 8 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

²³ SUAREZ-MIRA RODRIGUEZ, Carlos. (Coord.)/JUDEL PRIETO, Ángel/ PIÑOL RODRIGUEZ, José Ramón. *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*. Pamplona: Civitas, 2011, pp 518.

funcionario público que recoge nuestro CP no es un concepto restringido, sino más bien todo lo contrario²⁴.

- Destaca también la definición que ofrece Javato Martín. Para definirlo, parte de la diferencia existente entre el funcionario según el derecho penal y según el derecho administrativo. De esta manera, los dos aspectos fundamentales para poder hablar de funcionario público, son, por un lado, la participación, y, por otro lado, el título legítimo para ejercer dicho cargo:
 - El primero de estos es el más importante y el que podría plantear algún problema en cuanto a su alcance, por esto es necesario hacer una breve referencia. La cuestión problemática consiste en determinar si el hecho de participar en una función pública, es equivalente al ejercicio del cargo. Sobre esto se ha pronunciado Cobo del Rosal, quien discrepa con esta posibilidad, entendiendo que puede existir la misma en sentido contrario, es decir, ejercitar el cargo sí que conlleva el ejercicio de la función pública²⁵. Así pues, el ejercicio de dicho cargo conlleva no participar en la función, sino más correctamente ejercer dicha función.
- Muñoz Conde entiende que el delito de malversación se fundamenta en una doble naturaleza, por una parte, supone el quebrantamiento de la confianza y fidelidad del funcionario para con la Administración; y por otra parte, supone una lesión en los intereses patrimoniales del propio estado²⁶. A partir de esto, define al funcionario público como aquella persona que por disposición de ley, votación popular o designación de la autoridad competente, participe de manera activa en el ejercicio de funciones públicas.

²⁴ MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*. Barcelona: Bosch, 2000, pp 202-205.

²⁵ JAVATO MARTÍN, Antonio. M^a. El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales. *Revista jurídica de Castilla y León*, núm 21, 2011, pp 145 – 172. Las palabras de Cobo del Rosal han sido tomada del trabajo de Javato Martín.

²⁶ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial* (19^a Edición). Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 903.

Por tanto, como defiende la doctrina, no se trata de que el derecho penal intervenga en todo lo que tiene que ver con la Administración Pública, sino con que intervenga cuando no actúe adecuadamente para cumplir con sus obligaciones.

En el apartado primero del art.432 del CP, se habla del sujeto activo, es decir, de la autoridad o funcionario público, sin embargo, el concepto de autoridad es diferente. Lo que diferencia ambos conceptos, es que en la autoridad encontramos la nota característica del mando. A lo que añade Queralt Jiménez que, *“para ser autoridad se ha de ser, al mismo tiempo, funcionario público a efectos penales, es decir, poseer la habilitación que la Ley penal exige y participar en las funciones públicas”*.

De tal manera, que la nota característica aquí es el mando, que según Mir Puig constituye la capacidad para exigir obediencia²⁷. Además, relacionando ambos conceptos, en palabras de Queralt Jiménez *“la potestad de resolver los asuntos sometidos a la consideración del funcionario público constituido en autoridad que implique la aplicación del Derecho objetivo”*, dejando fuera así la delegación del mismo²⁸.

6.1.3. Los delitos de administración desleal y de apropiación indebida con la reforma de l LO 1/2015, de 30 de marzo en el delito de malversación.

El delito de la administración desleal aparece regulada en el art.252 del CP, que dice:

“1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.”

Por tanto, lo que se consiguió con la reforma fue que este el delito quedara fuera del marco societario, con lo que se incluyeron como sujetos a personas tanto físicas como jurídicas que

²⁷ MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*. Barcelona: Bosch, 2000, pp 27.

²⁸ QUERALT JIMÉNES, Joan J. *Derecho penal español Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, PP 1058.

tuviesen capacidad para administrar el patrimonio ajeno. El contenido típico del apartado primero de este artículo entendemos que solo puede ser cometido por una persona que tenga facultades de administrar, para lo cual se utilizan las expresión “*se exceda*”, entendiéndose que haya un exceso en el ejercicio de sus facultades, y además se ha sustituido la expresión “*facultades para disponer*” por “*facultades para administrar*”, tal y como fue sugerido por el Dictamen del Consejo de Estado, lo cual ha sido entendido por parte de la doctrina como la vuelta al ya eliminado “tipo de infidelidad”²⁹.

A partir de esto, hay autores como Pastor Muñoz o Coca Vila³⁰ que entienden que en este artículo se constituye un solo injusto, que sería precisamente el daño o la lesión que se produce en el patrimonio, y que se produce “ad intra”, es decir, existiendo una relación interna entre las partes. Por tanto, para que pueda darse este delito es necesario que el sujeto activo hubiese asumido dicha posición, actuando con autonomía, por ello Pastor Muñoz y Coca Vila destacan que no podrían ser sujetos de este delito aquellas personas que solamente cumplan con las normas de otros.

De esta manera las conductas típicas que debemos incluir de forma genérica como ya hemos visto son la consistente en infringir las facultades de administración, pero también llevar a cabo actuaciones de carácter patrimonial sin estar autorizado. Por lo tanto, podemos deducir que el núcleo o la relación de este delito con el delito de malversación se encuentra precisamente en la infracción del sujeto que está encargado de la administración de los bienes de que se traten, sobrepasando los límites en el ejercicio de sus funciones, produciéndose por tanto un acto que queda fuera de lo dispuesto en la ley.

El delito de apropiación indebida aparece regulado en el art.253 del CP, que dice:

“1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.”

²⁹ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal y las insolvencias punibles*. Madrid: Civitas, 2015, pp 85.

³⁰ PASTOR MUÑOZ, Nuria, COCA VILA, Ivó. El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. *Revista Iuris*, nº 194, 2013, pp 36- 43.

2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”.

En este tipo delictivo se produce, al igual que en el caso anterior, un daño en el deber de fidelidad que lleva a cabo el sujeto activo. Con la nueva redacción de este artículo se ha eliminado el verbo “distraer” sustituyéndose por “apropiarse”, puesto que está precisamente la conducta de este delito, lo cual podemos decir que se fundamenta en una presunción iures et de iure³¹, ya que al recibir algo con la obligación de devolverlo y no cumplir, se entiende que ha habido una apropiación.

Por tanto, la comisión de este delito consiste en que una persona añada a su patrimonio, ya sea para sí o para un tercero, bienes que tenga la obligación de devolver, con el objetivo de conseguir algún tipo de ventaja económica o patrimonial, y que este hubiera obtenido en depósito o custodia, surgiendo por tanto la obligación de devolverlos³². Debiendo distinguir dos momentos, uno inicial en el que la posesión sí que es lícita, y un segundo en el que deja de serlo, porque tiene la obligación de devolverlo y no cumple con ella.

Por tanto, la diferencia entre ambos podemos fundamentarla en los apartados primero y segundo del art.432 del CP, hablando en el primero de la acción de disposición de bienes con el consecuente perjuicio de su verdadero titular, y en el segundo, se hace referencia al abuso del sujeto en la administración de los bienes, como hemos dicho anteriormente. Por tanto es ese carácter de disposición o apropiación que lleve a cabo el sujeto activo del delito lo que dé lugar al delito de malversación cumpliéndose el tipo de administración desleal o de apropiación indebida.

6.1.4 Objeto material del delito

El objeto de la malversación propia, ha sufrido un cambio como consecuencia de la reforma del CP con la LO 1/2015, sustituyendo el caudal público por el patrimonio público. Podemos encontrar su definición en el art. 3.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, según el cual el patrimonio público lo conforman los bienes y derechos, junto con el título de su adquisición, o por el que lo hubiesen adquirido. El problema que surge es que con esta definición, se

³¹ RODRIGUEZ DEVESA, Jose María. *Derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 1976, pp 355-358.

³² MIR PUIG, Carlos. La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 68, 2015, pp 203-206.

están excluyendo los créditos, valores, el dinero, además de otros recursos financieros; por tanto debe reconducirse hacia el derecho penal, entendiendo entonces que se trata del conjunto de bienes y derechos, que tienen implícito un carácter económico y patrimonial, el cual está a merced de una persona, a quien se le ha encomendado su protección.³³

Por su parte, Orts Berenguer entiende el patrimonio público como *“todo capital, hacienda patrimonio, fondo, cosa o bien, de cualquier condición, fungible o no y susceptible de estimación económica, pues se deben conceptuar como tales, cualquier bien y fuerza de trabajo, incluido utilizar a empleado público, en horas en que debe prestar sus servicios a la Administración, en beneficio particular”*.³⁴

De esta manera, deducimos que entre el funcionario o autoridad público y el patrimonio público debe existir una relación. Con la reforma no se ha determinado de manera precisa dicha relación, a pesar de ser un elemento fundamental, por ello debemos acudir a la redacción anterior del CP para entender la misma, y sobre la cual también se pronunció Mir Puig: *“el funcionario tuviera los caudales o efectos públicos a su cargo por razón de sus funciones lo que se interpretaba restrictivamente por la doctrina mayoritaria en el sentido de exigir al funcionario una competencia específica sobre los caudales. Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria del TS optaba por una interpretación amplia bastando que el funcionario tuviera la disponibilidad del hecho. La supresión de la reforma de la expresión “a cargo por razón de sus funciones” puede ser interpretada en basta una competencia genérica del funcionario sobre el patrimonio público”*.

Antes de la reforma de 2015, con la expresión “tener a cargo”, se entendía que se hacía referencia a la capacidad de conservación y custodia del mismo, lo cual ha sido interpretado por la doctrina como la transferencia de la disponibilidad del funcionario. Y, aun reformado el CP, se concibe de la misma manera, ya que el propio art. 432 se remite a los arts.252 y 253 del CP, los cuales regulan la administración desleal y la apropiación indebida, y con los que son evidentes las semejanzas existentes entre el funcionario público y el administrador, siendo necesaria una competencia específica en ambos casos.³⁵

³³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp 1683-1684.

³⁴ ORTS BERENGUER, Enrique. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp 668-669.

³⁵ MIR PUIG, Carlos. La malversación y el nuevo delito de Administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 68, 2015, pp 185-236.

Frente a la anterior idea mayoritariamente aceptada, sin embargo, también hay quien entiende que solamente sería necesaria una competencia más general, en virtud de la cual la entrega en el ámbito del ejercicio de una función pública bastaría para ser considerado como parte del objeto del ilícito de este delito³⁶.

6.1.5 Modalidades Típicas

Con la reforma de la LO 1/2015, se ha producido un cambio sustancial, a partir del cual podemos distinguir los siguientes tipos:

a) Tipo básico

En primer lugar, vamos a referirnos al apartado primero del art.432 del CP, el cual determina, como ya hemos visto, que podrá ser autor de este delito el funcionario público o autoridad pública, que cometa el contenido típico del art.252 del CP.

Esto va a dar lugar a que, cuando un funcionario o autoridades públicas incurran en el delito de administración desleal del patrimonio ajeno, que recaiga sobre el patrimonio público, entonces cometerán el contenido ilícito del delito de malversación.

Esta remisión al delito de administración desleal supone que no se lleva a cabo una enumeración explícita de cuáles son las acciones constitutivas de la malversación propia, refiriéndose tan solo al resultado lesivo provocando un perjuicio patrimonial, lo cual da la posibilidad de que se amplíe el marco jurídico.

El apartado segundo de este mismo artículo hace referencia al art.253 del CP, en el cual se regula la apropiación indebida. Por tanto, este apartado va a castigar a quien se apropie, ya sea para sí mismo o para un tercero, de dinero, valores, efectos, u otra cosa mueble, respecto de las cuales se le hubieran confiado, con la obligación de devolverlos de nuevo.

³⁶ ROCA AGAPITO, Luis. *El delito de malversación de caudales públicos*. Barcelona: Bosch, 1999, pp 155-156.

La relación entre el delito de malversación y el de administración desleal y la apropiación indebida, ha sido reconocido por el Tribunal Supremo en la Sentencia 797/2015, de 24 de noviembre, la cual decía así “*se ha abandonado nuestra definición consolidada del delito de malversación de caudales públicos, bien delimitada por la doctrina jurisprudencial, para construir un nuevo modelo en el que se transforma la malversación en una modalidad agravada de los delitos de administración desleal (art 252) y apropiación indebida (art 253,) a los que se remite de modo expreso el nuevo art 432, cuando tengan por objeto el patrimonio público*”.

Mir Puig entiende que la reforma que ha sufrido el art.432, contiene también los causados en comisión por omisión. El autor defiende que el funcionario al ocupar una posición de garante, es quien consiente que una tercera persona utilice el bien público que sea, que utilice el patrimonio sin haber habilitación presupuestario, o que gaste cantidades ingentes en servicio que no eran necesarios etc.³⁷

b) Tipo agravado

Aparece regulado en el apartado tercero del art.432 del CP, en cuya redacción se utilizan las conjunciones “o” en lugar de “y”, por ejemplo, cuando dice “*a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros (...)*”, por lo que deducimos que cuando concorra cualquiera de esas situaciones será de aplicación este agravante, que eleva la pena hasta una horquilla de entre cuatro y ocho años.

Además, se ha modifica este artículo, en el sentido de que se ha eliminado la alusión a las cosas que tienen un valor histórico o artístico, que aparecía en la redacción de este mismo artículo del Código penal de 1995.

En el último apartado se regula así un tipo superagravado in fine, al cual se le va a imponer la pena en su mitad superior e incluso la superior en grado: “si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros”. De esta manera las penas que se imponen son de prisión de seis a ocho años y de inhabilitación de quince a veinte años. Además, podrá llegar a la pena superior en grado, en cuyo caso la pena de prisión

³⁷ MIR PUIG, Carlos. La malversación y el nuevo delito de Administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 68, 2015, pp 218.

sería de ocho a doce años, e inhabilitación absoluta de veinte a treinta años. La agravación responde al mayor daño que se le causa al patrimonio público (es decir, mayor desvalor de injusto por mayor desvalor de resultado), entendiendo por dicho daño la manera en que se va a materializar el mismo, sin atender a ningún límite temporal.

c) Tipo atenuado

Este tipo está compuesto por los arts. 433, 433 bis y 434.

El primero de estos es el art.433 del CP (“cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros”), en el cual la pena que se impone es de prisión de uno a dos años, y multa de tres meses y un día a doce meses, además de inhabilitación especial y derecho de sufragio de uno a cinco años.

Se trata de un atenuante de este delito, tanto en relación con el apartado primero del art.432 relativo a la administración desleal, como al apartado segundo, relativo a la apropiación indebida, en aquellos casos en los que el valor no sea superior a 4000 euros.

El art.433 bis del CP fue incluido en el CP con la LO 7/2012, de 27 de diciembre, la cual modificaba la LO 10/1995, de 23 de noviembre, en materia de Transparencia y Lucha contra el Fraude Fiscal y la Seguridad Social, que no ha sufrido ningún cambio con la LO 1/2015. La inclusión de dicho artículo ha sido controvertida, ya que se entiende que verdaderamente no guarda relación alguna con el delito objeto de estudio de este trabajo, puesto que se trata de un delito de falsedades contables de carácter público³⁸, el cual aparece regulado ya en el art.290 de este Código.

La conducta típica que recoge este artículo consiste en el falseamiento de la contabilidad, de documentos o de información esencial que aporte luz acerca de la situación económica de una entidad pública, o pasar esta información a terceras personas.

³⁸ MIR PUIG, Carlos. La malversación y el nuevo delito de Administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 68, 2015, pp 219-220.

La pena que impone será de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para ejercer empleo o cargo público de tres a diez años, y multa de doce a veinticuatro meses.

Finalmente, el art.434 bis del CP regula podríamos decir que tres conductas de una atenuante cualificada, e incluso casi absolutoria:

- a. La primera de estas conductas consiste en que el sujeto activo repare la lesión que hubiese producido de manera efectiva. Además, al contrario de como ocurre en otros preceptos de este Código, no se establece límite temporal alguno para resarcir el daño.
- b. La segunda consiste en la colaboración activa del sujeto activo con las autoridades, con el fin de conseguir pruebas que sean imprescindibles para poder identificar y detener a otros sujetos que participaron. Sin embargo, se trata de una cuestión algo controvertida, ya que hay parte de la doctrina³⁹ que entiende que la redacción debería hablar de una colaboración efectiva, siendo esta última una idea que compartimos.
- c. En último lugar, la tercera conducta es aquella que consiste en que el sujeto activo coopere con las autoridades a la hora de determinar exactamente los hechos acaecidos.

6.1.6. Dolo y ánimo de lucro? La cuestión del error

Como ya hemos visto en este trabajo, el art.432 del CP se remite en su apartado primero al art.252 en el cual se regula la administración desleal, y en el que el ánimo de lucro no aparece. Sin embargo, el apartado segundo del art.432 se remite al art.253, en el cual se regula la apropiación indebida, en el que sí que es esencial el denominado “*animus rem sibi habiendo*”.

Esto ha sido objeto de enfrentamiento entre la doctrina. La mayor parte de ella⁴⁰, entiende que hay una equivalencia entre ambos, puesto que en la apropiación ya hay la intención de obtener algún tipo de ventaja patrimonial, aunque también destacan que el ánimo de lucro

³⁹ Convendría aquí una referencia a quién o quiénes son esa parte de la doctrina, o a quién dice que hay parte de la doctrina que opina así.

⁴⁰ MIR PUIG, Carlos. *Comentarios al código penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp 1460-1461.

en sentido estricto es mucho más amplio, puesto que cabe la posibilidad de que exista pero sin la intención de apropiación.

Deducimos, por tanto, que la comisión del delito de malversación va a ser dolosa necesariamente, lo cual ha sido ratificado por el Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias, como en la STS de 18 de febrero de 2015, en cuyo fundamento jurídico tercero menciona el ánimo de lucro, junto con otros elementos esenciales de este delito, deduciendo la comisión dolosa como única posible alternativa. Además se ha excluido la posibilidad de una comisión imprudente, puesto que se ha entendido que su regulación era innecesaria⁴¹.

Afirmada la necesidad de su comisión dolosa, surge un segundo debate: ¿se exige un ánimo especial de lucro? Mir Puig entiende que se trata de un delito que causa un perjuicio patrimonial y que, en el delito de la administración desleal no es fundamental el ánimo de lucro, que sin embargo, si lo será en el de apropiación indebida.⁴² Por tanto, en este delito es esencial el ánimo de lucro, que ha sido definido por Martínez Galindo, como la intención que tiene el sujeto activo de obtener una ventaja patrimonial, u otra ventaja de carácter ilícito⁴³

Acale Sánchez tiene otro punto de vista, que no compartimos, pero al que hay que hacer mención. Según ella, con la reforma de la LO 1/2015 se ha suprimido el ánimo de lucro totalmente, como un elemento del tipo subjetivo.

En nuestro Código Penal existe el denominado error de prohibición invencible, este permite la desaparición de la culpabilidad del delito como consecuencia de creer erróneamente que estas actuando correctamente según lo establecido en la ley. Sin embargo, para poder apreciar este error es necesario cumplir con una serie de requisitos, que han sido ratificados por el Tribunal Supremo. Mi opinión es que en este tipo de delitos es difícil que pueda haberse producido por error, puesta que la persona que cumple el contenido típico, lo hace siendo plenamente consciente de lo que hace, y con intención de ello.

⁴¹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de derecho penal. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 2016, pp 1175-1176.

⁴² MIR PUIG, Carlos. La malversación y el nuevo delito de Administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 68, 2015, pp 218.

⁴³ MARTINEZ GALINDO, Gema. El ánimo de lucro. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm 149, 2014, pp 41-43.

6.2. Malversación impropia

Esta modalidad aparece regulada en el art.435 del CP, en el cual se establece que lo dispuesto en los artículos anteriores, se extiende a una serie de casos, que veremos más adelante en este mismo apartado.

Además, con la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se incluyó un cuarto apartado en el que se añade a los administradores concursales, como posibles sujetos de este delito y además, destaca también que la masa concursal en este último apartado no constituye un elemento patrimonial público en sí mismo⁴⁴.

Se trata de un apartado que ha suscitado controversias, ya que por ejemplo, Castro Moreno o Gutiérrez Rodríguez entienden que este debería ser incorporado con el contenido del apartado tercero de este mismo artículo, concretamente decían *“Nadie duda de que los jueces sean autoridades públicas, y que cuando estos designan en un procedimiento concursal o de otro tipo, a un administrador o a un depositario judicial sobre bienes relativos al procedimiento, se debe aplicar el art.435.3 del CP. Conforme establece el Código Civil (art.1785), el depósito judicial secuestro, tiene lugar cuando se decreta el embargo o cualquier medida de aseguramiento de los bienes, y en la medida en que la designación judicial del administrador concursal es una medida de aseguramiento de los bienes, es un caso específico de depósito judicial y, por tanto, cae de lleno en el ámbito del artículo 435.3. CP”*⁴⁵.

La principal diferencia que existe en ambas modalidades del delito de malversación, es precisamente que el sujeto activo en este concreto tipo delictivo no va a ser un funcionario o autoridad público, sino que va a ser un particular cuya situación sea asimilable a la del funcionario público, a los cuales Mir Puig considera como “funcionarios ficticios”⁴⁶, y por tanto, serán de aplicación las penas que recogen los artículos anteriores. Por tanto los casos a los que se extiende son los siguientes:

- El primer apartado se refiere *“A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas”*. Mir Puig entiende que en la redacción destaca el verbo “encargar”, entendiéndose que al sujeto activo se le encomienda una obligación específica en relación a bienes específicos que tengan un alcance limitado.

⁴⁴ GARCÍA PÉREZ, J.J., “Título XIX, Capítulo VII: De la Malversación”, en Sánchez Melgar, J. (Coord), *Código Penal: comentarios y jurisprudencia*, Sepin: Madrid, 2010, págs. 2813 y ss.

⁴⁵ CASTRO MORENO, A. y GUTIERREZ RODRIGUEZ, M.” *Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp 765 y ss.

⁴⁶ MIR PUIG, Carlos. “La malversación y el nuevo delito de Administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 68, pp. 218-220.

Se aprecia, sin ninguna duda, cómo se hace una equiparación de un particular, que es el sujeto activo, con un funcionario público. Este supuesto es del de los titulares de una administración de loterías que desvían parte del importe que reciben⁴⁷.

- El segundo apartado dice *“A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos”*. En este caso, se trata de un particular que actúa como un depositario de efectos públicos, para lo cual no es apto cualquier persona, sino solo las que estén “legalmente designadas”, como dice el precepto. Este ha sido criticado por autores como Sanz Mulas, quien entiende que este apartado podría haberse incluido en el anterior dentro de la expresión de “encargados”.
- El tercer apartado se refiere *“A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares”*. Este supuesto tiene una grandísima importancia, ya que es el que más se distancia del contenido típico del delito de malversación en sí mismo, puesto que no afecta a bienes públicos, ni el sujeto es un funcionario público. Por ello, podemos deducir que habría que cumplir aquí dos requisitos: en primer lugar, que el sujeto sea nombrado por la autoridad competente, que normalmente será la justicia, pasando así a poder ser considerado como funcionario público, debiendo además ser informado de las obligaciones que se le atribuyen con esta designación, y en segundo lugar, que los bienes también pasen a adquirir carácter público⁴⁸.
- El último apartado menciona *“A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se consideran afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecidos en la ley”*. Como ya hemos dicho, se trata de una novedad que se incluyó con la LO 1/2015. Parte de la doctrina⁴⁹ considera el mismo innecesario. Así se ha pronunciado Mir Puig *“no hay que olvidar que el art.1758 del Código Civil establece el aseguramiento de los bienes acordado por autoridad judicial es una forma de depósito judicial o secuestro, ergo, los administradores concursales lo son respecto de los bienes secuestrados como dispone el art.453.3”*⁵⁰.

⁴⁷ SANZ MULAS, N. Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 19, 2017, 20- 30.

⁴⁸ SANZ MULAS, N. (2017). Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 19, 2017, pp 21-25.

⁴⁹ ROCA AGAPITO, L. *El delito malversación de caudales públicos*. Barcelona: Bosch, 1999, pp 927 – 929.

⁵⁰ MIR PUIG, Carlos. “La malversación y el nuevo delito de Administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 68, pp. 232-233.

- Finalmente, el apartado quinto contempla la *posibilidad de autoría de malversación impropia a cargo de personas jurídicas*. La responsabilidad de las personas jurídicas llegó el Código Penal en el 2010 y con la reforma de la LO 1/2019, de 20 de febrero, se añadió el delito de malversación impropia al catálogo de delitos que podían cometer las personas jurídicas cuando estas gestionen fondos de carácter público.

7. LA INTERVENCIÓN DEL *EXTRANEUS*

Como ya sabemos, el delito de malversación es un delito especial, puesto que es preciso que el sujeto activo de estos delitos tenga una determinada cualificación, que en nuestro caso consiste en ser un funcionario o autoridad pública, o estar en una situación asimilada, como ocurre en la malversación impropia, vista anteriormente.

Pues bien, relacionado con el delito de malversación, aparece la figura del *extraneus*; que podemos definir como la persona que, sin poseer la condición especial requerida por el tipo penal, va a llevar a cabo el contenido ilícito del mismo.

Se trata de una cuestión sobre la que hay distintas opiniones. Así por ejemplo, Francisco Pacheco defendía la idea de que no existía ninguna posibilidad de que estos delitos fueran llevados a cabo por particulares⁵¹. Un poco diferente era la idea que tenían algunos autores, como Antón Oneca, que compartía la idea de Cuello Calón, quien entendía que no puede considerarse al particular como el sujeto activo de este delito, pero sí como el autor de un delito contra la propiedad⁵². Y es que, anteriormente, en el Código Penal se utilizaban expresiones como “quien sustrajere o consintiere que otro sustrajere”, por lo que fue más sencilla la inclusión de esta figura.

Sin embargo, hoy en día tales expresiones han desaparecido, por lo que resulta más compleja la concepción del *extraneus*. Sin embargo, existen diversas posiciones doctrinales muy claras que se han manifestado respecto de esta figura. La doctrina mayoritaria entiende que no se puede considerar como autor o coautor a quien no tenga la condición especial de funcionario público, y que debería ser considerado como un partícipe en la comisión del delito y, por tanto, se deberían aplicar las normas del Código Penal sobre la participación.

⁵¹ PACHECO, J. F. *El código Penal concordado y comentado*. Madrid: La ley, 1870, p. 510.

⁵² CUELLO CALON, E. *Derecho Penal II. Parte especial*. Granada: Bosch, 1957, pp. 383-384.

Eso mismo también es lo que ha venido entendiendo el Tribunal Supremo: “*si bien el extraneus no puede ser autor de delitos especiales como la prevaricación y la malversación, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación inducción y cooperación necesaria*”.⁵³

Al no poder ser considerado como el sujeto activo en sentido estricto, se le aplicaría un tipo atenuado, en virtud del apartado tercero del art. 65 del CP, que entiende que cuando no se den las cualidades personales en quien coopere en la comisión del delito, se deberá imponer la pena inferior en grado, idea que comparte Muñoz Conde⁵⁴. Sin embargo, se trata tan solo de una posibilidad, ya que el apartado tercero de este artículo dice que “*los jueces o tribunales podrán*”, pudiendo hacer una equiparación de la pena en los casos en los que el comportamiento de uno y otro tengan un desvalor semejante⁵⁵, tal y como estableció la Fiscalía General del Estado. Ha sido precisamente la Fiscalía quien ha establecido cuáles son los elementos a los que debe atender el Juez o Tribunal que resuelva el caso, y que son tanto la implicación del sujeto en la participación de la comisión del delito, como en qué posición se encuentra el sujeto respecto de la situación especial de los sujetos de estos delitos.

Un sector minoritario de la doctrina⁵⁶ entiende que el particular no debe ser condenado por este delito. Según esta idea, los funcionarios públicos serían condenados por un delito de malversación, mientras que los particulares serían condenados por un delito común, idea que no compartimos, pero resulta esencial plantearla también.

Para finalizar, creo conveniente hacer una referencia a la introducción de la provocación y de la conspiración, con la reforma del Código Penal con la LO 1/2015, lo cual aparece regulado en el art.445 del CP:

«La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este Título se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados.»

8. CONCURSOS

Al igual que ocurre con muchos otros delitos, el delito de malversación puede concurrir con otros, dando lugar así a un concurso de delitos. También puede cometerse un delito de

⁵³ STS 575/2007, de 9 de junio.

⁵⁴ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 893-895

⁵⁵ Criterio seguido por la Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado.

⁵⁶ CÓRDOBA RODA, J. *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 2063 - 2071.

malversación continuado., que tendrá lugar cuando, en palabras del Tribunal Supremo, “*el sujeto activo realice acciones en ejecución de una plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión*”.⁵⁷

Respecto al concurso medial cabe la posibilidad de que en la modalidad impropia, se den también situaciones de insolvencias punibles, o de apropiación (STS 1027/2007, de 10 de diciembre).

Hay algunos autores, como Cugat⁵⁸, que creen viable que se produzca un concurso medial entre los delitos de tráfico de influencias y el de malversación en los casos en los que se quiera obtener la resolución de un funcionario público con el objetivo de sustraer fondos públicos, pudiendo apreciar los elementos básicos para la comisión de estos delitos.

En relación con el concurso entre los delitos de fraude y de malversación, solamente se puede producir en el caso en que el primero de estos se desarrolle de manera efectiva. Cosa distinta es el concurso entre el delito de malversación y el de fraude de subvenciones, sobre el que se ha pronunciado Sánchez López⁵⁹, quien destaca que existen ciertas diferencias entre ambos delitos: en primer lugar, la parte receptora de la subvención no tiene la condición de funcionario, y la cuantía de la subvención no puede considerarse caudal público, como consecuencia de que pasa a formar parte del caudal privado de quien se beneficia. Por ello, entiende esta autora, solo será posible este concurso de delitos cuando sea el propio funcionario público de la Administración subvencionadora quien realice el contenido típico de los delitos.

Paralelamente al concurso de delitos, cabe mencionar un supuesto de concurso de normas en el ámbito de la malversación impropia: concurso con el delito de alzamiento de bienes. Sobre esto se ha pronunciado el Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias, como en la STS 1564/2005, de 4 de enero, en la cual se llegó a la conclusión de que estos casos deben ser resueltos a favor del delito de malversación impropia: “*La compatibilidad entre el delito de malversación impropia y el de alzamiento de bienes ha sido descartada por la jurisprudencia de esta Sala Casacional. En efecto, entre el delito de malversación y el de alzamiento de bienes existe sólo un concurso de normas o concurso aparente regido por el principio de consunción. De tal manera que el contenido de la ilicitud del delito de alzamiento de bienes está ya contemplado en el artículo 435. Precisamente este delito ha sido establecido en el Código Penal con la misma finalidad que el de alzamiento de bienes, toda vez que no sólo*

⁵⁷ STS 627/2014, de 7 de octubre.

⁵⁸ CUGAT MAURI, Miriam. *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1997, pp 260-262

⁵⁹ SANCHEZ LÓPEZ, Virginia. *El delito de fraude de subvenciones en el nuevo Código Penal*. Madrid: Colex. Editorial, Constitución y leyes, 1997, pp 300- 303.

protege a la administración de justicia, sino también a los acreedores en favor de cuyo crédito se ha trabado el embargo. La desaparición de los bienes embargados, en consecuencia, no puede ser sancionada conjuntamente con el delito de alzamiento de bienes sin infringir el principio «non bis in idem»”.

9. CONCLUSIONES

Elegí este tema con la intención de mostrar que se trata de un problema actual, y que se ha ido convirtiendo en uno de los delitos con mayor importancia en los últimos años como consecuencia del aumento de los casos. Además, me parece un tema bastante interesante, sobre el cual no se ha podido hacer un estudio exhaustivo a lo largo de la carrera, en parte por la amplitud de este tipo de delito.

Tras el estudio que he llevado a cabo a lo largo de este trabajo, leyendo a numerosos autores además de jurisprudencia, me gustaría resaltar:

- En relación con el bien jurídico protegido, como ya hemos visto hay una gran variedad de opiniones. Creo que este bien debería encuadrarse dentro de la protección del patrimonio público, puesto que es fundamental para el desarrollo de cualquier país, así como un funcionamiento adecuado por parte de la Administración, ya que en ella se concentra la confianza de los ciudadanos. Y, además debemos incluir también a las personas que trabajan en la Administración, a la hora de llevar a cabo sus funciones.
- En relación con el ánimo de lucro, hemos podido observar cómo hay cierta discrepancia en relación con este concepto. Entiendo que se trata de un elemento esencial, puesto que el funcionario público que comete este delito, lo hace con la intención de obtener algún tipo de ventaja económica. Siguiendo con esto, creo también que, como ha dicho el Tribunal Supremo, es un delito necesariamente doloso, porque quien lo comete lo hace siendo consciente de que lo hace, y es por esto mismo, que no comparto la idea de que pueda apreciarse en este una situación de error de tipo invencible, o si no, de manera reducida.
- En cuanto a la reforma del Código Penal, la LO 1/2015, he decir que me parece bastante acertada. Antes de la reforma, el art.432 utilizaba las expresiones “substraer”

o “consentir”, lo cual daba lugar a que quedasen fuera de la regulación conductas típicas de los funcionarios. Sin embargo, con la asimilación que hace ahora entre este artículo con los arts.252 y 253 quedan incluidas. Sin embargo, creo que en el caso de la administración desleal, la ley debería haber sido más concisa en relación con las conductas que quiere tipificar, ya que se refiere tan solo a la conducta de excederse por parte de los funcionarios. Y también considero acertado el cambio en la denominación del delito, sustituyendo caudales públicos por patrimonio público, con lo que según mi opinión se incluyen una mayor cantidad de bienes y derechos.

- En relación con el estudio estadístico realizado, podemos observar cómo hay una tendencia ascendente en la comisión del delito, en contraprestación con el número de indultos que tiene una tendencia decreciente. Además, como sabemos se trata de un delito que se incluye dentro del ámbito de la corrupción, que es un problema actual y engloba otra serie de delitos como el cohecho, y a pesar de su tendencia ascendente no es uno de los más cometidos. En los últimos años ha habido un incremento de los casos de corrupción, casos que suelen ser bastante renombrados cuando los comete un “personaje público”. Considero que habría que llevar un mayor control para evitar este tipo de delitos, y que el indulto debería excluirse para ciertos delitos, atreviéndome incluso a decir que este sería uno de ellos, ya que quien lo realiza lo hace sabiendo lo que hace y lo que implica, aunque habría que estar a cada caso concreto.
- En relación con las penas, estoy totalmente de acuerdo con el incremento del límite máximo que se ha producido, ya que se trata de un delito que merece un endurecimiento de las penas, y que recibe un gran reproche social. por el mismo motivo, me parece criticable el límite inferior de las penas, ya que posibilitan que la pena pueda ser suspendida. Nuestro Código regula la posibilidad de que el Juez o el Tribunal puedan determinar que una persona que ha sido condenado por la comisión de un delito por primera vez, pueda suspender la pena. Yo no comparto del todo esto, puesto que desde mi punto de vista es indiferente si ha cometido un delito de esta clase una vez, lo ha cometido y debería ser condenado.

Con estas conclusiones, finalizo mi Trabajo de Fin de Grado sobre el estudio del delito de malversación en España.

10. BIBLIOGRAFIA

A) Legislación consultada

Constitución española

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, del Código Penal modificado por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado

B) Doctrina consultada

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. La nueva reforma penal de 2013. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 6, 2014.

- BRUNONI, N. *Malversación y peculado: análisis comparativo entre las legislaciones española y brasileña*. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, España, 2009.

- CARRAU MELLADO, Juan. *Boletín de la real academia de jurisprudencia y legislación de las illes balears*, núm. 17, 2016.

- CASTRO MORENO, A. *La malversación de caudales en el Código penal de 1995*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.

- CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. *Administración desleal de patrimonio público (malversación)*, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Estudios crítico sobre la reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.3 de mayo de 2021.

- CÓRDOBA RODA, Juan. *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

- CUGAT MAURI, Miriam. *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1997, pp 260-262

- ENTRENA FABRÉ, Rafael. *El Delito de Malversación*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Delitos contra la administración pública. *Revista La Ley*, núm 2, 1997.

- FEIJOO SÁNCHEZ, B. Capítulo VII - De la malversación, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997.
- FERNANDEZ DE BUJAN Y FERNANDEZ, Antonio. “Ius fiscale: Instrumentos de política financiera y principios informadores del sistema tributario romano”. *Revista de Derecho UNED*, núm.5, 2009.
- GARCÍA PEREZ, J.J. *Código Penal. Comentarios y jurisprudencia*, (dir: Julián Sánchez Melgar), Madrid: Sepin, 2020.
- GARCIA VALDÉS, C. Una aproximación a los delitos contra la administración estatal, en
- FERNÁNDEZ TERUELO, JG. (dir.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Edit. Constitutio Criminalis Carolina, Madrid, 2013.
- GARRIDO FALLA, F. El concepto de servicio público en Derecho español. *Revista de administración pública*, 1994.
- GÓMEZ DÍAZ DE LEÓN, Carlos. Administración pública contemporánea. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm104, 2017.
- JAVATO MARTÍN, Antonio M^º. “El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales”. *Revista jurídica de Castilla y León*, núm 21, 2011, pp 145 – 172. .
- JIMÉNEZ PINTADO, A. *Administración desleal de fondos públicos desde un enfoque procesal y jurídico práctico para la defensa procesal*. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, Madrid, España, 2018.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal y las insolvencias punibles*. Madrid: Civitas, 2015.
- MARTINEZ GALINDO, Gema. El ánimo de lucro. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm 149, 2014.
- MESTRE DELGADO, E. Delitos contra la administración pública, en LAMARCA, C. (coord.). *Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal*, 2^a ed., Edit. Colex, Madrid, 2013.
- MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*. Barcelona: Bosch, 2000.
- MIR PUIG, Carlos. “La malversación y el nuevo delito de Administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 68, 2015.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *Sistema de derecho penal: parte especial*. Madrid: Dykinson, 2015.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial (19^a Edición)*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta*. Barcelona: Wolters Kluwer, 1996.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria, COCA VILA, Ivó. El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. *Revista Iuris*, nº 194, 2013.
- QUINTERO OLIVARES, G. *Comentarios al código penal español*, Tomo II, Aranzadi, Madrid, 2016.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Delitos contra las Haciendas Públicas y contra la Seguridad Social, fraudes de subvenciones, malversación de caudales públicos, daños en cosa propia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- ROCA AGAPITO, L. *El delito de malversación de caudales públicos*. Barcelona: Bosch, 1999.
- ROCA AGAPITO, L. Lección 14^a – Malversación, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.
- RODRIGUEZ DEVESA, Jose María. *Derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 1976.
- SANZ MULAS, N. (2017). Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 19.
- OTIZ DE URBINA, Gimeno. *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*. Atelier: Barcelona, 2011.
- ORTS BERENGUER, Enrique. *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- VAZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *Teoría general de los delitos contra la administración pública*. Instituto nacional de administración pública universidad de Santiago de Compostela.
- VELEIJE ALAVREZ, Inma. *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- VIVÓ CABO, Silvia. *El delito de malversación de caudales públicos. La cualidad de funcionario público*.

C) Búsquedas Online.

- <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/nzl> consultado el día 26 de febrero de 2021.
- <https://transparencia.org.es/casos-de-corrupcion-en-espana-las-cifras-de-la-fiscalia-general-del-estado/> consultado el día 30 de febrero
- <https://www.rae.es/> consultado el 1 de marzo de 2021.
- https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/ consultado el 8 de marzo de 2021.
- <https://elderecho.com/los-delitos-de-corrupcion-tras-la-reforma-del-codigo-penal-por-lo-12015-ii-delitos-contra-la-administracion-publica> consultado el día 15 de marzo de 2021.
- <https://www.forcamabogados.com/todo-lo-que-debes-saber-del-delito-de-malversacion-n-104-es> consultado el 17 de marzo de 2021.
- <https://www.bonattipenal.com/malversacion-fondos-publicos/> consultado el día 19 de marzo de 2021.
- https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjIxMTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUtckhlQaptWmJOcSoAifD63DUAAAA=WKE#:~:text=El%20C3%B3digo%20Penal%20distingue%20diversas,se%20trata%20de%20patrimonio%20p%C3%BAblico consultado el 19 de abril de 2021.
- <https://civio.es/el-indultometro/2018/04/04/relatividad/> consultado el 15 de mayo de 2021.
- <https://www.epdata.es/> consultado el 25 de mayo de 2021.
- <https://www.ine.es/> consultado el 10, 11, 12, 13 y 14 de mayo de 2021.
- <https://civio.es/el-indultometro/buscador-de-indultos/> consultado el 25 de mayo de 2021

D) Jurisprudencia consultada

- Sentencia del Tribunal Constitucional 85/1985, de 10 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 8/ 2003, de 11 de noviembre.

- Sentencia del Tribunal Supremo 435/1997, de 24 de junio de 1997
- Sentencia del Tribunal Supremo 1398/1998, de 11 de noviembre de 1998.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1544/2004, de 23 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 164/2004, de 16 de marzo de 2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1564/2005, de 4 de enero.
- Sentencia del Tribunal Supremo 575/2007, de 9 de junio.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1027/2007, de 10 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo 627/2014, de 7 de octubre.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 660/2011, de 16 de diciembre.

- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de julio de 2018.