



Malversación de caudales públicos

AUTOR: Marina Siegel

TUTOR: Eduardo Ramon Ribas

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| 1. REGULACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS EN EL CÓDIGO PENAL..... | 3 |
| 2. ELEMENTOS | 5 |
| 2.1. LA CUALIDAD DE FUNCIONARIO PÚBLICO | 6 |
| 2.2. LA FACULTAD DECISORIA JURÍDICA..... | 7 |
| 2.3. LA CONSIDERACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS..... | 8 |
| 2.4. LA SUSTRACCIÓN..... | 10 |
| 2.5. EL ÁNIMO DE LUCRO | 13 |
| 3. SUPUESTOS DE ESPECIAL GRAVEDAD..... | 13 |
| 4. SUPUESTO ATENUADO..... | 15 |
| 5. MALVERSACIÓN IMPROPIA..... | 15 |
| BIBLIOGRAFÍA | 16 |

1. Regulación del delito de malversación de caudales públicos en el Código Penal

El Código Penal dedica el Título XIX del Libro II a los «Delitos contra la administración pública». El Capítulo VII se ocupa de la malversación en los artículos 432 a 435. El bien jurídico protegido en estos delitos está constituido por los intereses patrimoniales del Estado, las comunidades autónomas, la provincia, el municipio y, en general, de los entes públicos, tengan o no autonomía administrativa¹. Por lo tanto, el objeto perseguido por el legislador es el correcto funcionamiento de la Administración Pública de acuerdo con el principio de eficacia². En este sentido, entiende el Tribunal Supremo³ que también se tutela en este ámbito tanto el correcto funcionamiento patrimonial de los entes citados así como la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servicio de los funcionarios que de ellos disponen.

Artículo 432 del Código Penal

“1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años.”

¹Vid. pág. 1666 y 1667, MORALES PRATS/ MORALES GARCÍA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ARANZADI, Navarra 2011

² La eficacia consiste en la consecución de fines de interés general buscando mediante su inspiración, que la Administración Pública cumpla los objetivos fijados en los servicios prestados a los ciudadanos. Pero debe ir más allá del mero cumplimiento, tendiendo hacia unos índices de calidad óptimos

³ SSTS 211/2006 de 2 de marzo, 927/2003 de 23 de junio, 986/2005 del 21 de julio, 85/2004 de 29 de enero y 228/2013 de 22 de marzo

Con carácter general, el delito de malversación de caudales públicos lesiona a la Administración en cuanto prestadora de servicios públicos. Dado que el delito de malversación es un delito patrimonial, la protección de la actuación de la Administración aquí se protege a través de los bienes necesarios para la prestación de estos servicios. Ello no obstante la jurisprudencia ha destacado el carácter pluriofensivo de este delito, manifestada, de un lado, “en el aspecto de la infidelidad del funcionario público que se plasma en la violación del deber jurídico de cuidado y custodia de los bienes que tiene a su cargo, con vulneración de la fé pública o la confianza en la correcta actuación administrativa” y de otra parte “en su dimensión como delito patrimonial en cuanto atenta contra los intereses económicos del Estado o contra la Hacienda Pública”⁴.

La naturaleza de este tipo penal es, por una parte, común a la de todos los delitos comprendidos en el Título XIX, en cuanto constituye una infracción del deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario con la Administración⁵. Pero, por otra parte, la malversación ostenta un carácter patrimonial evidente, al incidir sobre los fondos públicos, lesionando los intereses patrimoniales del Estado. Aunque DE LA MATA y ETXEBARRÍA afirman que debido a la peculiar naturaleza del patrimonio afectado y del marco de la Administración pública en el que se desarrolla la conducta del sujeto activo obligan a precisar que en este caso se trata “del interés en el mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y en su correcta gestión”⁶. Mientras, MORALES GARCÍA considera que lo que se protege es “el principio de eficacia, recogido en los artículos 103 y 31.2 de la Constitución española, en la actuación de la Administración”⁷.

⁴ SSTS 1615/2002 de 1 de octubre, 1308/2003 de 7 de enero de 2004 y 238/2010, 17 de marzo

⁵ Vid. pág. 1032, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, tirant lo blanch, Valencia 2010

⁶ Vid. pág. 78, DE LA MATA/ ETXEBARRÍA, *Malversación y lesión del Patrimonio público*, J. M. BOSCH, EDITOR, Barcelona 1995

⁷ Vid. pág. 99, MORALES GARCÍA, *Los Delitos de Malversación*, ARANZADI, Navarra 1999

2. Elementos

Los elementos del delito de malversación de caudales públicos son los siguientes⁸:

a) La cualidad de funcionario público o autoridad del agente, concepto suministrado por el art. 24 del Código Penal, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública.

b) Una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material.

c) Los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al Erario público.

d) La sustracción o el consentimiento para que otro sustraiga dichos caudales, sustracción que equivale a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo.

e) Ánimo de lucro del que sustrae o de la persona a la que se facilita la sustracción. En el tipo subjetivo, es necesaria la concurrencia del dolo, que en este tipo penal comprenderá el conocimiento de que los objetos sustraídos pertenecen al Estado o a las Administraciones, o se hallan depositadas, secuestradas o embargadas por la Autoridad Pública, constituyendo, por tanto, tales objetos caudales o efectos públicos.

A continuación vamos a analizar estos elementos uno por uno.

⁸ SSTS 132/2010 de 18 de febrero y 1347/2009 de 29 de diciembre

2.1. La cualidad de funcionario público

El autor o sujeto activo del delito de malversación de caudales públicos debe ser funcionario público o autoridad del agente en los términos del artículo 24 del Código Penal.

Artículo 24 del Código Penal

“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.”

Este concepto también ha sido fijado jurisprudencialmente de forma unánime por la unión de dos notas: el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del derecho administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal, de modo que abarca e incluye según el artículo 24.2º a todo aquél que "... por disposición inmediata de la ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas ..." y el factor que complementa la definición de funcionario es, precisamente, la participación en funciones públicas.

De ello se deriva que a los efectos penales, el funcionario público es el titular, interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona está al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia⁹.

⁹ Doctrina constante declarada por el Tribunal Supremo. SSTC del 11 de febrero de 1974, del 8 de octubre de 1990, 1292/2000 del 10 de julio y 1544/2004 de 23 de diciembre

2.2. La facultad decisoria

El sujeto activo es la autoridad o funcionario público, tal y como lo acabamos de definir. Pero el carácter de sujeto de este delito no lo da sólo el hecho de ser autoridad o funcionario público, sino la relación de estas personas con el objeto material del delito que son los caudales o efectos públicos¹⁰.

El segundo elemento, de naturaleza objetiva, esta constituido por los efectos o caudales. Por caudal o efecto se entiende cualquier objeto o cosa mueble, dinero, efectos negociables, etc. que tengan un valor económico apreciable¹¹.

Según MORAELS GARCÍA, su aptitud para ser considerado como tal debe referenciarse, especialmente, “en el proceso de conformación de la voluntad de los entes públicos”¹². En todo caso son siempre de naturaleza mueble, nunca inmuebles, y han de ser públicos es decir, deben pertenecer y formar parte de los bienes propios de la Administración Pública, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de la misma¹³.

El carácter público se determina por la pertenencia de los bienes a la Administración pública, es decir, deben pertenecer y formar parte de los bienes propios de la Administración Pública, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de la misma. No es necesario, en este sentido, que aquellos sean de propiedad pública, bastando al efecto que se hallen en el circuito público, afectados a una determinada finalidad¹⁴. En todo caso ha de tratarse de bienes que reflejen un valor económico perteneciente a alguna administración estatal.

¹⁰ Vid. pág. 1033, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, tirant lo blanch, Valencia 2010

¹¹ Vid. pág. 1668, MORALES PRATS/ MORALES GARCÍA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ARANZADI, Navarra 2011

¹² Vid. MORALES GARCÍA, *Los Delitos de Malversación*, ARANZADI, Navarra 1999

¹³ Como afirma Tribunal Supremo en la Sentencia 657/2004 de 19 de mayo, 1984/2000 de 20 de diciembre o en la más reciente de 21 de julio de 2005.

¹⁴ Vid. pág. 1670, MORALES PRATS/ MORALES GARCÍA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ARANZADI, Navarra 2011

En cuanto al momento a partir del cual pueden considerarse los caudales como públicos, la mayoritaria doctrinal y jurisprudencial entiende que se puede decir que tal pertenencia comienza desde el momento en que existe un derecho expectante de la Administración a la entrega de los caudales, aunque no hayan ingresado formalmente en las arcas de la entidad. Afirma que basta la constancia de un derecho expectante a su recepción por parte de aquél, entendiéndose que el nacimiento de la expectativa se produce en el momento de la recepción de los caudales por la autoridad o funcionario. No se requiere que sean de propiedad pública, bastando al efecto que se hallen en el circuito público, afectos a una determinada finalidad. También se atribuye el carácter público a los intereses que devenguen esos caudales¹⁵. Según CASTRO MORENO es suficiente la percepción por parte del funcionario de los caudales públicos destinados a la Administración para que estos adquieran la categoría de públicos, siempre y cuando haya un “derecho expectante”¹⁶.

2.3. La consideración de caudales públicos

El tercer elemento se refiere a la especial situación en la que deben encontrarse tales caudales o efectos públicos respecto al funcionario. Aquellos deben estar "... a su cargo por razón de sus funciones...", afirma el Código penal en los artículos 432 y 433. En general, la doctrina científica estima que no es suficiente que el funcionario tenga los caudales con ocasión o en consideración a la función que desempeña, siendo preciso que la tenencia se derive de la función y competencia específica derivada del cargo¹⁷. No habrá por lo tanto, malversación cuando la tenencia obedezca a una negativa abusiva, a un acto administrativo ilegal, a engaño, abuso de oficio, etc. Siendo necesario además, que estos caudales estén “a su cargo”. Entiende ROCA AGAPITO que no se precisa la tenencia material, bastando con la posibilidad de disposición meramente jurídica¹⁸.

¹⁵ Vid. pág. 1033, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, tirant lo blanch, Valencia 2010

¹⁶ Vid. pág. 1606, CASTRO MORENO, *Comentarios al Código Penal*, LEX NOVA, Valladolid 2011

¹⁷ Vid. pág. 1034, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, tirant lo blanch, Valencia 2010

¹⁸ Vid. pág. 156, ROCA AGAPITO, *El Delito de Malversación de caudales públicos*, J. M. BOSCH, EDITOR, Barcelona 1999

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado el requisito de la facultad decisoria del funcionario sobre los bienes en el sentido de no requerir que las disposiciones legales o reglamentarias que disciplinan las facultades del funcionario le atribuyan específicamente tal cometido¹⁹.

Por su parte, la Sentencia 1840/2001 de 19 de septiembre, se refiere a las funciones efectivamente desempeñadas. En este sentido, se ha entendido que "tener a su cargo" no sólo significa responsabilizarse de su custodia material sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario que tiene capacidad de ordenar gastos e inversiones²⁰.

En definitiva, como viene exigiendo la doctrina defendida por SUÁREZ MONTES, MUÑOZ CONDE, ORTS y ROCA, es preciso que la tenencia de los caudales por parte del funcionario se derive de la función y competencia específicas residenciadas en el funcionario, que quebranta la lealtad en él depositadas²¹. Es decir, que según ellos será necesaria la existencia de una norma, disposición u orden de la autoridad competente que habilite al funcionario, expresamente, para la gestión de los mismos.

Sin embargo, por otro lado, OLESA y ZABALEGUI defienden una apertura típica sobre la base de una extensión de la relación funcional con los caudales o efectos públicos. Consideran suficiente que el funcionario disponga de ellos "con ocasión" de sus funciones, basando su afirmación en la correcta interpretación del jurídico tutelado a una neta identificación entre la cualidad del funcionario y la razón de las funciones. En el fondo subyace una confusión entre dos elementos típicos que hay que diferenciar puesto que ni los caudales o efectos tienen que estar a cargo del funcionario por el mero hecho de que esa pueda ser una de sus funciones, ni siempre que estén a su cargo habrá de ser por razón específica de la función que desempeñe.

¹⁹ En tal sentido se pronuncia la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la Sentencia 2193/2002 de 26 de diciembre y las en ella citadas, y la Sentencia 875/2002 de 16 de mayo

²⁰ En tal sentido se pronuncia la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la Sentencia 2193/2002 de 26 de diciembre y las en ella citadas, así como en la Sentencia 875/2002 de 16 de mayo y 1368/1999 de 5 de octubre.

²¹ Vid. pág. 1671, MORALES PRATS/ MORALES GARCÍA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ARANZADI, Navarra 2011

Esta distinción se desvanece en la identificación entre “ejercicio de las funciones” y “ocasión de las funciones” , por una parte y en el deseo de incriminar bajo los tipos de malversación cuantas situaciones versen sobre caudales ya calificados como públicos, por otra²².

2.4. La sustracción

La actual regulación obliga a distinguir dos modalidades distintas de malversación: una activa y otra omisiva. En el primer sentido, el termino sustracción, en relación con el ánimo de lucro, debe ser entendida como apropiación. Esto significa una separación definitiva de los caudales o efectos públicos de la esfera del dominio público, privando a su propietario de los derechos inherentes a la misma. La modalidad omisiva, a cambio, cuyo fundamento responde a la necesidad de sustraer en enjuiciamiento de la conducta del funcionario al régimen general de la participación comprende aquellos supuestos en que el funcionario, dolosamente permite la sustracción de los caudales o efectos públicos por un tercero²³.

- Modalidad activa: sustracción

La modalidad activa consiste en sustraer los caudales públicos que tenga el funcionario a su cargo por razón de sus funciones. Sujeto activo es un funcionario público. Según el Tribunal Supremo “sustraer” ha de entenderse en el sentido más amplio y comprensivo de separar, extraer, quitar o despejar los caudales o efectos estatales, el funcionario público, que le están encomendadas en apropiación definitiva, con deseo de no restituir, por plena suplantación de la propiedad²⁴.

²² Vid. Pág. 1672, MORALES PRATS/ MORALES GARCÍA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ARANZADI, Navarra 2011

²³ Vid. Pág. 1672 y 1673, MORALES PRATS/ MORALES GARCÍA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ARANZADI, Navarra 2011

²⁴ STS de 31 de enero de 1996 y Auto del Tribunal Supremo núm. 1487/2000 de 31 mayo

El termino sustracción debe interpretarse en estos casos como sinonimo a “apropiación” sencillamente, ya que funcionario tiene previa posesión o disponibilidad sobre los caudales o efectos públicos. Lo esencial en este tipo del de malversación de caudales públicos, para distinguirlo del tipo previsto en el artículo 433, es el ánimo de apropiación definitiva que debe guiar al funcionario y no simplemente de su uso ajeno a la función pública²⁵.

El artículo 433 castiga la distracción de los bienes –a diferencia de la apropiación que se regula en el artículo anterior - por parte de la autoridad o funcionario que los tiene a su cargo por razón de sus funciones, a fines distintos de los propios de la función pública. Se trata de dar distinto destino del que corresponde, dotando a la conducta de una temporalidad en la medida en que, de no reintegrar el importe objeto de distracción, "dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior"; lo que supone una sustracción provisional de los bienes sin que exista el ánimo de apoderamiento definitivo que requiere el artículo anterior. No se trata tampoco de la desviación formal de fondos, es decir de darle una aplicación distinta de la presupuestada, pero pública en todo caso -que daría lugar a responsabilidad administrativa- sino de una apropiación transitoria en beneficio propio o ajeno con propósito de reintegro²⁶.

En efecto, la doctrina del Tribunal Supremo ha establecido la diferencia entre los artículos 432 y 433 del Código penal, procediendo la incardinación en el artículo 432 cuando el tribunal sentenciador aprecie la concurrencia del animus rem sibi habendi, y procederá el encuadramiento en el artículo 433 cuando tan sólo sea de apreciar el animus utendi. La diferencia entre el animus rem sibi habendi y el animus utendi consiste en que el animus rem sibi habendi opera cuando el agente ha obrado con el propósito de apropiación con carácter definitivo de los caudales o efectos públicos, a cambio del animus utendi cuando el agente hubiese dispuesto de ellos de manera transitoria, destinándolos a usos distintos de los legalmente previstos, con ánimo de reintégraes²⁷.

²⁵ Vid. pág. 1035, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, tirant lo blanch, Valencia 2010

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo del 24 de enero de 2001

²⁷ SSTs 990/2003 de 2 de julio, 1544/2004 de 23 de diciembre, 580/2010 del 16 de junio y 914/2013 del 29 de noviembre

A cambio de la antigua regulación del delito de malversación de caudales públicos, la reforma del Código Penal optó por incluir la exigencia de ánimo de lucro en la conducta. La expresión “con ánimo de lucro” indica el carácter doloso del delito, aunque es indiferente el móvil con el que se realice. El ánimo de lucro no sólo formará parte de la tipicidad subjetiva que realice el tercero sino que, además constituye un elemento objetivo del delito de malversación de caudales públicos que habrá de integrar el elemento cognitivo del dolo propio del funcionario público o autoridad. De esta manera, quedarán fuera del ámbito del artículo 432 del Código Penal aquellos supuestos en los que el funcionario consiente sustracciones de terceros sin que en éste concurra ánimo de lucro, sea por el conocimiento expreso de dicha situación, sea en la creencia errónea de que el tercero actúa sin ánimo de lucro²⁸.

- Modalidad omisiva: consentir que otro sustraiga

El artículo 432.1 castiga también a la autoridad o funcionario público que “consistiere que un tercero, con igual ánimo sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones”. Se trata de un delito de comisión por omisión del deber de custodia de los caudales a cargo del funcionario. Esencial es, por tanto, la infracción de ese deber, independientemente de que dicha infracción se lleve a cabo por acciones positivas o puramente omisivas. La infracción del deber ha de ser dolosa, por cuanto el consentimiento es un consentimiento a la sustracción²⁹. Según MUÑOZ CONDE, la intención del legislador era equiparar de forma expresa estas conductas para evitar que el funcionario “saliera absurdamente privilegiado, respondiendo sólo como partícipe, o incluso quedar impune, en caso de no ser delictiva la sustracción llevada a cabo por el particular.

Por otro lado, el artículo 432 exige también la actuación con ánimo de lucro por parte del particular, restringiendo de esta manera, sin embargo, su ámbito de aplicación a aquellos casos en los que la conducta del particular sea constitutiva de un delito de carácter patrimonial, es decir, hurto o robo³⁰.

²⁸ Vid. pág. 1673, MORALES PRATS/ MORALES GARCÍA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ARANZADI, Navarra 2011

²⁹ Vid. pág. 1035, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, tirant lo blanch, Valencia 2010

³⁰ Vid. pág. 1035, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, tirant lo blanch, Valencia 2010

2.5. El ánimo de lucro

El ánimo de lucro, al que ya hemos hecho referencia en relación con tema de la sustracción, se puede definir como “cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el reo con su antijurídica conducta”³¹, siendo suficiente para estimar en el autor “la existencia de dicho elemento del injusto, dada su amplia interpretación que prevalece al sopesar la específica intención lucrativa, la cooperación culpable al lucro ajeno, al no ser preciso un lucro propio, bastando que sea para beneficiar a un tercero”³².

Se identifica, como en los restantes delitos de apropiación, con el *animus rem sibi habendi*³¹, que no exige necesariamente enriquecimiento, sino, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene señalando desde antiguo, que es suficiente con que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio, bien entendido que el tipo no exige como elemento del mismo el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existe aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero³⁴.

La expresión “ánimo de lucro” indica por lo tanto el carácter eminentemente doloso del delito, excluyéndose así la tipicidad culposa.

3. Supuestos de especial gravedad

El Artículo 432.2 del Código Penal tipifica tres tipos o supuestos de agravación, por razón de la especial gravedad, el valor histórico o artístico o, en último lugar, por tratarse de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

³¹ SSTS 722/1999 de 6 de mayo y 523/98 de 24 de marzo de 1999

³² SSTS 629/2002 de 13 de marzo, 287/2000 de 20 de febrero, 577/2002 de 8 de marzo y 238/2003 de 12 de febrero

³³ *animus rem sibi habendi* significa la intención de hacerse propietario de la cosa.

³⁴ STS 1514/2003, de 17 de noviembre, 1404/1999, de 11 de octubre y 310/2003, de 7 de marzo.

En el primer caso se agrava la pena si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. La especial gravedad se dará en los supuestos en que lo sustraído tenga un valor muy elevado, no estableciendo nada el precepto será la jurisprudencia la que tenga que fijar los límites concretos así como valorar el daño o entorpecimiento causado al servicio público para que entre en juego la agravación.

Sin embargo, la valoración no dependerá exclusivamente de la cuantía económica de la sustracción, sino que habrá de relacionarla con el daño causado al servicio público³⁵. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los criterios deben ser necesariamente conjunta, puesto que se trata de dos criterios que “la ley impone como únicos para valorar si hay o esa especial gravedad”³⁶, prohibiendo acudir a otros criterios.

El segundo supuesto de agravación tiene lugar cuando las cosas malversadas hayan sido declaradas de valor histórico o artístico, siendo necesario su previo registro en el Inventario General, lo que cobra sentido teniendo en cuenta los deberes de diligencia de la Administración Pública³⁷.

La referencia a los “efectos” destinados a aliviar alguna calamidad pública excluye la aplicación de la agravante sobre sustracciones de dinero presupuestado para tales fines³⁸. Se trate de caudales o efectos públicos que por sus funciones están destinados a paliar problemas causados por terremotos, epidemias, incendios, inundaciones o sequías.

³⁵ Vid. pág. 1674, MORALES PRATS/ MORALES GARCÍA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ARANZADI, Navarra 2011

³⁶ STS de 17 de diciembre de 1998

³⁷ Vid. pág. 1675, MORALES PRATS/ MORALES GARCÍA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ARANZADI, Navarra 2011

³⁸ Vid. pág. 1676, MORALES PRATS/ MORALES GARCÍA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ARANZADI, Navarra 2011

4. Supuesto atenuante

El artículo 432.3 recoge un supuesto atenuado del delito de malversación de caudales públicos en el caso de que “la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros”.

El apartado tercero de este precepto, según el Tribunal Supremo recoge un tipo de sustracción con ánimo de lucro cuya cuantía no ha quedado acreditada³⁹.

Cuando el valor de los caudales o efectos públicos sustraídos supere esa cantidad, estaremos en el delito del número primero del artículo 432, y si fuera de especial gravedad, en el número segundo. En el caso de que se tratara de cantidades indeterminadas, no pudiendo cuantificarse que superan los 4.000 euros, deberá condenarse por el artículo 432.3 en aplicación del principio in dubio pro reo⁴⁰.

5. Malversación impropia

Artículo 435 del Código Penal

“Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

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

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

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

³⁹ STSS de 9 de febrero de 1993 y 25 de junio de 1993

⁴⁰La Sentencia 580/2010 de 16 junio del Tribunal Supremo confirma la aplicación de este principio afirmando que por falta posibilidad de determinar el valor, no puede presumirse en contra del reo una defraudación superior a los 4.000 euros.

El artículo citado 435 del Código Penal amplía el círculo de autores o posibles sujetos activos del delito de malversación considerando que también pueden ser autores todas aquellas personas que no son funcionarios o autoridades. Los dos primeros supuestos se refieren a situaciones en las que una persona ocupa una posición prácticamente similar a la de un funcionario que tiene a su cargo caudales o efectos por razón de sus funciones.

Sin embargo, en el tercer supuesto, los bienes, por la intervención de la autoridad pública en la constitución de secuestro, depósito o embargo se asimilan a los caudales públicos, pretendiendo otorgar una mayor protección a las decisiones de la autoridad, al constituir dichos estados posesorios⁴¹.

⁴¹ Vid. pág. 1038, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, tirant lo blanch, Valencia 2010

Bibliografía

- MORALES PRATS/ MORALES GARCÍA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, ARANZADI, Navarra 2011
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, tirant lo blanch, Valencia 2010
- DE LA MATA/ ETXEBARRÍA, *Malversación y lesión del Patrimonio público*, J. M. BOSCH, EDITOR, Barcelona 1995
- MORALES GARCÍA, *Los Delitos de Malversación*, ARANZADI, Navarra 1999
- CASTRO MORENO, *Comentarios al Código Penal*, LEX NOVA, Valladolid 2011
- www.aranzadidigital.es
- www.vlex.es/
- www.poderjudicial.es
- Código Penal
- Sentencias del Tribunal Supremo:
 - 211/2006 de 2 de marzo
 - 927/2003 de 23 de junio
 - 986/2005 del 21 de julio
 - 85/2004 de 29 de enero
 - 228/2013 de 22 de marzo
 - 1615/2002 1 de octubre
 - 1308/2003 7 de enero de 2004
 - 238/2010 17 de marzo

- 132/2010 de 18 de febrero
- 1347/2009 de 29 de diciembre
- STC del 11 de febrero de 1974
- STC del 8 de octubre de 1990
- 1292/2000 del 10 de julio
- 1544/2004 de 23 de diciembre
- 657/2004 de 19 de mayo
- 1984/2000 de 20 de diciembre
- STC de 21 de julio de 2005
- 2193/2002 de 26 de diciembre
- 875/2002 de 16 de mayo
- 1368/1999 de 5 de octubre
- STS de 31 de enero de 1996
- Auto 1487/2000 de 31 mayo
- 722/1999 de 6 de mayo
- 523/98 de 24 de marzo de 1999
- 629/2002 de 13 de marzo
- 287/2000 de 20 de febrero
- 577/2002 de 8 de marzo
- 238/2003 de 12 de febrero

- 1514/2003 de 17 de noviembre
- 1404/1999 de 11 de octubre
- 310/2003, de 7 de marzo
- STS de 17 de diciembre de 1998
- STS de 9 de febrero de 1993
- STS de 25 de junio de 1993
- 580/2010 de 16 junio
- STS del 24 de enero de 2001
- 27 SSTS 990/2003 de 2 de julio
- 1544/2004 de 23 de diciembre
- 580/2010 del 16 de junio
- 914/2013 del 29 de noviembre

