



FACULTAD DE DERECHO

**EL DELITO DE MALVERSACIÓN EN EL
PROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR
EL QUE SE MODIFICA LA LEY
ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE
NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL**

Autor: Antonio Melantuche Bruned

Tutor: Javier Gómez Lanz

Madrid

Abril 2014

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. Introducción.....	5
1.1 Estado de la cuestión y objetivos.....	5
1.2 Estructura del trabajo.....	5
2. Regulación actual del delito de malversación	6
2.1 Malversación propia	6
2.1.1 Artículo 432 CP	6
I. Tipicidad.....	7
A) Sujetos	7
B) Objetos.....	8
C) Conducta típica. Tipo básico del art. 432.1 CP	10
D) Subtipos agravados. Cualificaciones del art. 432.2 CP	11
E) Subtipo privilegiado. Tipo atenuado del art. 432.3 CP.....	12
F) Clasificación del tipo	13
II. Culpabilidad.....	13
III. Participación	13
IV. Penalidad	15
2.1.2 Artículo 433 CP	15
I. Tipicidad.....	15
A) Sujetos	15
B) Objetos.....	15
C) Conducta típica	15
D) Clasificación del tipo.....	18
II. Culpabilidad.....	18
III. Participación	18
IV. Penalidad	18
2.1.3 Artículo 434 CP	19
I. Tipicidad.....	19
A) Sujetos	19
B) Objetos.....	20
C) Conducta típica	20
D) Clasificación del tipo.....	21
II. Culpabilidad.....	22

III. Participación	22
IV. Penalidad	22
2.2 Malversación impropia	22
3. Principales problemas que presenta la regulación actual	24
4. Regulación contenida en el Proyecto de Reforma (PCP)	26
4.1 Malversación propia	28
4.1.1 Artículo 432 PCP	28
I. Tipicidad.....	29
A) Sujetos	29
B) Objetos.....	29
C) Conducta típica. Tipo básico de los arts. 432.1 y 432.2 PCP	31
D) Subtipos agravados. Cualificaciones del art. 432.3 PCP.....	35
E) Clasificación del tipo	36
II. Culpabilidad.....	36
III. Participación	36
IV. Penalidad	36
4.1.2 Artículo 433 PCP	37
4.1.3 Artículo 434 PCP	39
4.2 Malversación impropia	42
5. Conclusiones.....	45
6. Bibliografía.....	48
7. Anexos	50
7.1 Resoluciones judiciales consultadas y citadas.....	50

RELACIÓN DE ABREVIATURAS

APC: Anteproyecto de Reforma del Código Penal

AP: Audiencia Provincial

CP: Código Penal

PCP: Proyecto de Reforma del Código Penal

SAP: Sentencia Audiencia Provincial

STS: Sentencia Tribunal Supremo

SSTS: Sentencias Tribunal Supremo

TS: Tribunal Supremo

Título TFG: El delito de malversación en el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Autor: Antonio Melantuche Bruned

Tutor: Javier Gómez Lanz

Resumen

Estudio de los delitos de malversación, partiendo de la regulación actual para luego detenerse en el tratamiento de dichos delitos en el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Se exponen los principales problemas de la actual regulación y se estudia si han sido superados.

Abstract

Study of embezzlement, starting from the current regulation and finishing with the treatment of such crimes in the Draft Law amending the Organic Law 10/1995, of 23 November, of the Criminal Code. The objective is to discuss the main problems of the current regulation and check if they have been overcome.

Palabras clave

Código Penal, delitos contra la Administración Pública, malversación, Proyecto de Reforma, corrupción.

Key words

Criminal Code, crimes against Public Administration, embezzlement, Draft Law, corruption.

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Estado de la cuestión y objetivos

El Proyecto de Reforma del Código Penal (en adelante PCP), que actualmente se encuentra tramitándose en el Congreso de los Diputados, modifica de forma sustancial la regulación de los delitos de malversación. Esta modificación, a su vez, trae causa de la modificación de los delitos de administración desleal y apropiación indebida, en la medida en que la tipificación de los primeros se remite a los segundos. En consecuencia, con este trabajo lo que se pretende es poner de manifiesto la nueva regulación prevista en el PCP y ver el porqué de esas modificaciones y las principales diferencias respecto a la regulación que actualmente está vigente para estos delitos. Delitos cuya importancia ponen de manifiesto los bienes jurídicos que tratan de proteger y su actualidad, ya que este es un delito que por su naturaleza está ligado a la corrupción, fenómeno más frecuente de lo que sería deseable en nuestra sociedad.

1.2 Estructura del trabajo

Para conseguir el objetivo expuesto, el trabajo se ha estructurado en cuatro partes. En primer lugar, se expone el punto de partida, es decir, la regulación vigente de los delitos de malversación, epígrafe que se divide en dos grupos según se esté ante casos de malversación propia o impropia, estudiándose dentro de cada grupo el contenido de los distintos artículos que lo componen. Una vez expuesta la regulación actual, se dedica un epígrafe a resumir los principales problemas que presenta la actual redacción de los delitos de malversación. A continuación, se presenta la nueva regulación que contiene el PCP siguiendo el mismo esquema que para el estudio de la norma hoy vigente, finalizándose el trabajo con un epígrafe de conclusiones.

2. REGULACIÓN ACTUAL DEL DELITO DE MALVERSACIÓN

En la redacción vigente del Código Penal (en adelante CP) se dedica el capítulo VII del Título XIX a la regulación del delito de malversación. Este delito, que es uno de los más evidentes ejemplos de corrupción¹, sin embargo, es de “*poliforma tipificación y una compleja naturaleza*”². Su complejidad deriva de que es un delito contra la Administración Pública pero por su contenido también es un delito contra el patrimonio. Así, para el estudio del delito de malversación se opta, como ya se explicó en la introducción, en primer lugar, por distinguir entre los supuestos de malversación propia e impropia, para después analizar por separado cada uno de los artículos que componen el citado capítulo.

2.1 Malversación propia

En este epígrafe se hace referencia a la malversación del patrimonio público integrado por todo tipo de bienes destinados al funcionamiento de la Administración Pública, es decir, bienes propiamente públicos, llevada a cabo por autoridades o funcionarios públicos también en sentido estricto. En concreto, se trata del análisis de los artículos 432, 433 y 434 del CP.

2.1.1 Artículo 432 CP

La redacción actual del precepto es la que sigue:

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

¹ Así es considerado por el Art. 19.4 de la Ley 50/1981, de 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE núm. 11, de 13-01-1982) que establece que “*La Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada practicará las diligencias a que se refiere el artículo Cinco de esta Ley e intervendrá directamente en procesos penales, en ambos casos siempre que se trate de supuestos de especial trascendencia, apreciada por el Fiscal General del Estado, en relación con: d) Malversación de caudales públicos*”.

² F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 1032.

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.

I. Tipicidad

A) Sujetos

a) Activo

El sujeto activo del delito es el que realiza la acción, luego en este caso sólo se puede tratar de autoridades o funcionarios públicos. Ahora bien, se debe tener en cuenta que a efectos penales para determinar si una persona ostenta o no tal condición hay que acudir al art. 24 CP³. En consecuencia, el concepto ha sido fijado *“jurisprudencialmente de forma unánime por la unión de dos notas: 1) 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 suerte que abarca e incluye 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 2) el factor que colorea la definición de funcionario es, precisamente, la participación en funciones públicas”*⁴.

Sin embargo, no cualquier funcionario o autoridad pública pueden ser sujetos activos de este delito, sino que se requiere que dicho funcionario se encuentre en una determinada situación respecto de los caudales o efectos públicos. Así, la STS. (Sala 2ª) de 22-05-2008, RJ 2008/4175 establece que *“aquellos deben estar “a su cargo por razón de sus funciones” [...] En general, la doctrina*

³ Art. 24 CP: *“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”*.

⁴ G. RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, J. GABRIEL RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, P. COLINA OQUENDO, *Código penal: concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, Collado Mediano (Madrid), 2011, pág.1252.

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 cargo”. Además, en la misma sentencia, se añade que la expresión “tener a su cargo” significa que el funcionario también ostenta “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 inversiones” dando igual que dicha capacidad derive de una situación de hecho -uso o práctica administrativa- o de derecho -atribución normativa-.

b) Pasivo

El sujeto pasivo hace referencia al titular del bien jurídico protegido, en este caso la Administración Pública. A estos efectos, por Administración Pública se debe entender *“tanto la Administración Central del Estado, como las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, sin excluir otras [...] como las Diputaciones Provinciales o la propia Unión Europea”*⁵. Además, y sólo de forma ocasional y excepcional *“pueden aparecer también particulares como damnificados por el delito. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando el funcionario sustraiga las cantidades afectas a la devolución por declaraciones a Hacienda”*⁶.

B) Objetos

a) Jurídico

El objeto jurídico es el bien jurídico que se pretende proteger mediante la tipificación de los delitos. En este caso, por la compleja naturaleza del delito, no existe un único bien jurídico protegido y *“la jurisprudencia viene admitiendo la naturaleza pluriofensiva de este delito”*⁷. Es obvio que el tipo penal protege el patrimonio de la Administración o patrimonio público, pero mediante este tipo penal también se busca tutelar *“la confianza de los ciudadanos en la honesta*

⁵ A. CASTRO MORENO, “Título XIX, Capítulo VII: De la Malversación”, en Gómez Tomillo (Coord), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pág. 1607.

⁶ H. ROLDÁN BARBERO, *El delito de malversación*, Instituto andaluz de Administración Pública, Sevilla, 1996, pág. 18.

⁷ STS. (Sala 2ª) de 10-05-1998, RJ 1999/4971.

gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios”⁸.

b) Material

El objeto material del tipo es la persona o la cosa sobre la que recae la acción típica, luego en el delito de malversación el objeto material hace referencia a los caudales o efectos públicos. Por caudales o efectos públicos debemos entender cualquier cosa mueble⁹ -en ningún caso inmuebles¹⁰- que sea susceptible de valoración económica y que pertenezca a la Administración Pública, con independencia de su ámbito territorial o funcional¹¹. Además, *“la distinción entre “caudales” y “efectos” no tiene mayor trascendencia”¹²*, si bien es cierto, que el primero hace referencia al dinero en sus distintas formas y el segundo a bienes de contenido patrimonial en general. En cualquier caso, es importante destacar que no se exige que los caudales o efectos públicos estén incorporados al patrimonio público, sino que es suficiente con que *“ése sea su destino y que el manejo y gestión de aquéllos dependa del funcionario público que comete la infracción”¹³*.

⁸ J.J. GARCÍA PÉREZ, “Título XIX, Capítulo VII: De la Malversación”, en Sánchez Melgar, J. (Coord), *Código Penal: comentarios y jurisprudencia*, Sepin, Madrid, 2010, pág. 2821.

⁹ En este sentido se ha pronunciado el TS [STS. (Sala 2ª) de 07-02-1994, RJ 1994/1272] al afirmar que *“son caudales públicos todos los bienes muebles que se hallen integrados en el patrimonio de la Administración, sin excepciones ni exclusiones de ningún tipo”*. Además, por cosa mueble se debe entender, cualquiera susceptible de ser trasladada físicamente, incluso con independencia de que se encuentre adherida a un inmueble, siempre y cuando dicho traslado se pueda hacer sin que medie menoscabo del bien inmueble.

¹⁰ STS. (Sala 2ª) de 21-07-2005, RJ 2005/6729: *“el objeto material de la sustracción que el art. 432.1 tipifica se refiere a bienes muebles sin incluir los inmuebles, según la jurisprudencia de esta Sala que transcribe y la doctrina más autorizada que cita”*.

¹¹ Los fondos reservados han sido considerados por el Tribunal Supremo caudales y efectos públicos independientemente de que exista una capacidad de disposición discrecional [STS. (Sala 2ª) de 20-07-1998, RJ 1998/5855)].

¹² A. CASTRO MORENO, “Título XIX, Capítulo VII: De la Malversación...”, *op. cit.*, pág. 1608.

¹³ L. POZUELO PÉREZ, “Malversación”, en Molina Fernández, F. (Coord), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, Ediciones Francis Lefebvre, 2011, pág. 1444.

C) Conducta típica. Tipo básico del art. 432.1 CP

a) Acción

El apartado 1 del art. 432 CP contempla dos acciones típicas, una activa y otra pasiva u omisiva. La primera consiste en sustraer, es decir, separar -extraer quitar o despojar- la cosa del ámbito de disponibilidad del sujeto pasivo con el objetivo de aprehenderla. La utilización por parte del legislador del término “sustraer” es criticada por la doctrina porque *“parece indicar el apoderamiento de una cosa cuya posesión no se tenía, cuando en este delito el funcionario o autoridad deben tener la cosa ya a su cargo por razón de sus funciones”*¹⁴. En consecuencia, se consideran más adecuadas otras expresiones como, por ejemplo, “apropiación sin propósito de ulterior reintegro”¹⁵. Por otro lado, la modalidad omisiva consiste en consentir que un tercero sustraiga los caudales o efectos públicos. Se trata claramente de un delito de comisión por omisión¹⁶ pues se está ante un comportamiento consistente en la no realización de una conducta esperada -el funcionario tiene el deber de custodiar los caudales a su cargo y, por tanto, debería protegerlos frente al intento de un tercero de sustraerlos- que genera, o no evita, un resultado -la sustracción de los mismos-. En resumen, el funcionario no crea ningún riesgo en relación con los bienes jurídicos en cuestión, sino que se limita a permitir que un riesgo creado por un tercero se materialice.

b) Resultado

Se exige la apropiación definitiva de la cosa, es decir, la posibilidad de disponer de la cosa como dueño.

¹⁴ A. CASTRO MORENO, “Título XIX, Capítulo VII: De la Malversación...”, *op. cit.*, pág. 1610.

¹⁵ G. RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, J. GABRIEL RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, P. COLINA OQUENDO, *Código penal: concordado...*, *op. cit.*, pág. 1254.

¹⁶ Llama la atención el hecho de que esta conducta esté tipificada puesto que como dicen OBREGÓN Y LANZ (A. OBREGÓN GARCÍA, J. GÓMEZ LANZ, *Derecho penal: parte general: elementos básicos de teoría del delito*, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 46): “Los delitos de comisión por omisión no se encuentran expresamente tipificados, salvo alguna excepción. Tal es el caso del supuesto contemplado en el art. 432.1...”. Ahora bien, esta conducta omisiva se podría haber sancionado sin necesidad de tipificación de acuerdo con la regulación de la comisión por omisión del art. 11 CP, pues en el funcionario existe un deber de custodia de los caudales a su cargo. Sin embargo, parece que el legislador opta por tipificar expresamente la conducta para impedir que la imputación pueda ser a título de partícipe -cooperación necesaria omisiva o complicidad omisiva-, y no de autor.

c) Elemento subjetivo del injusto

El tipo exige la presencia de ánimo de lucro, ya sea del funcionario público, o de un tercero. Obra con ánimo de lucro quien tiene la intención de obtener cualquier ventaja o beneficio económico al realizar la acción típica, bien para sí mismo, bien para un tercero. En palabras del Tribunal Supremo, “*El art. 432.1 [...] no exige como elemento del tipo delictivo el lucro personal del funcionario (o autoridad) sustractor, sino su actuación con ánimo de lucro, que existe aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero. Como dice la Sentencia recurrida, basta la intención «de aumentar el propio patrimonio o el ajeno mediante la incorporación al mismo de caudales públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones»*”¹⁷. Es por esta razón que el ánimo de lucro “*se identifica, como en los restantes delitos de apropiación con el animus rem sibi habendi,*”¹⁸.

D) Subtipos agravados. Cualificaciones del art. 432.2 CP

- a) Especial gravedad de la malversación. Para calificar como grave la malversación el precepto nos remite a dos criterios: valor de las cantidades sustraídas -sin que se especifique legalmente una cuantía fija- y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. En ambos casos, al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados, la jurisprudencia es la que ha tenido que delimitar su alcance. A mayor abundamiento, se debe tener presente que la doctrina ha establecido que “*tales criterios deben ser valorados conjuntamente por el operador jurídico para determinar la aplicación del subtipo agravado [...], mientras que la jurisprudencia no se ha mostrados unánime al respecto*”¹⁹. Así, por ejemplo, la STS. (Sala 2ª) de 22-05-1997, RJ 1997/4453 establece que “*no es preciso que concurren necesariamente una y otra, sino que bastará con que, por concurrir una, se pueda afirmar la especial gravedad de la malversación*”, mientras que en la STS. (Sala 2ª) de 18-02-1998, RJ 1998/1171 se afirma lo contrario. Sin embargo, son conceptos que están íntimamente relacionados, aunque puede ocurrir que se de uno y no el otro, y esto ha hecho que, en la mayoría de

¹⁷ STS. (Sala 2ª) de 11-10-1999, RJ 1999/7027.

¹⁸ STS. (Sala 2ª) de 17-03-2010, RJ 2010/2423.

¹⁹ A. CASTRO MORENO, “Título XIX, Capítulo VII: De la Malversación...”, *op. cit.*, pág. 1611.

ocasiones, la jurisprudencia se haya *“orientado en el sentido de entender que si la cantidad sustraída es de poco valor nunca revestirá el delito especial gravedad, si por el contrario es grande ese valor, siempre revestirá la gravedad especial y, en los casos de un valor intermedio, habrá de concurrir también la otra exigencia expresada en el texto legal de daño o entorpecimiento del servicio público, la cual habrá de ser objeto de investigación sumarial y de prueba”*²⁰.

- b) Malversación de cosas declaradas de valor histórico o artístico. La peculiaridad de este subtipo reside en que exige que el valor histórico o artístico haya sido declarado. En consecuencia, no basta la mera consideración de ese carácter histórico o artístico tal y como sucedería en el delito de hurto con el subtipo cualificado por la misma razón recogido en el art. 235. 1 CP.
- c) Malversación de efectos destinados a aliviar una calamidad pública. Se vuelve a tratar de un concepto jurídico indeterminado sin que exista ninguna norma penal o extrapenal que acote de manera cierta el concepto de calamidad pública²¹. En consecuencia, parece que se trata de *“un elemento de valoración cultural que el juez ha de integrar conforme al contexto social que nos preside”*²².

E) Subtipo privilegiado. Tipo atenuado del art. 432.3 CP

Se atenúa la pena del delito tipificado en el apartado 1 si la cuantía de lo malversado no excede los 4000 €.

²⁰ STSS. (Sala 2ª) de 03-01-2000, RJ 2001/394; de 17-12-1998, RJ 1998/10320 y de 29-07-1998, RJ 1998/5855.

²¹ Con el fin de intentar acercarse a este concepto se podría recurrir al Código Civil, art. 1781, en la regulación del depósito necesario, cuando dice *“Es necesario el depósito: 2º Cuando tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes”*. De igual modo se podría acudir a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio (BOE núm. 134, de 05-06-1981) que en su art. 4 establece que *“El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116.2 de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad: a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud”*.

²² H. ROLDÁN BARBERO, *El delito de malversación...*, op. cit., pág. 24.

F) Clasificación del tipo

De resultado -aunque puede resultar discutible pues implicaría entender que la apropiación tiene lugar en un momento diferente a la acción de tomar la cosa-, de lesión, en la medida en que se exige un menoscabo efectivo del bien jurídico, y especial propio porque el papel de sujeto activo sólo lo puede desempeñar un funcionario o autoridad pública.

II. Culpabilidad

Se exige necesariamente dolo, es decir, conocer los elementos de la acción típica y querer realizar el tipo de injusto. No se castiga la comisión culposa, de acuerdo con lo establecido en el art. 12 CP²³, al no estar expresamente tipificada²⁴.

III. Participación

El principal problema que surge en este apartado, como en todo delito especial, se presenta cuando un extraño (*extraneus*), es decir, aquel que no reúne la condición de autoridad o funcionario público de acuerdo con el art. 24 CP, participa en la comisión de un delito de malversación. A este respecto, se deben diferenciar los supuestos en los que el tercero no cualificado participa, bien mediante inducción, bien por cooperación, en la malversación del funcionario, de aquellos en los que el funcionario participa en la sustracción de un tercero, consintiendo que éste sustraiga.

En el primer caso, *“la jurisprudencia y doctrina más recientes consideran [...] que son de aplicación también aquí las reglas generales de la participación: accesoriedad y unidad del título de imputación”*²⁵. En consecuencia, el *extraneus* respondería también por el delito de malversación teniendo en cuenta que el art. 65.3 CP posibilita al tribunal

²³ Art. 12 CP: *“Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”*.

²⁴ Así lo expresa la STS . (Sala 2ª) de 07-02-2000, RJ 2000/933 que dice: *“a lo sumo, sería imputable al hoy acusado una actuación negligente en relación con sus obligaciones de custodia y conservación de los bienes embargados, conducta negligente que el Código Penal derogado sancionaba -art. 395- pero que ha quedado despenalizado en el Nuevo Código Penal, al no contemplar, entre los tipos legales de malversación, ninguna conducta imprudente, debiendo pues concluir que la conducta del acusado es penalmente irrelevante -art. 12. Código Penal 1995-”*.

²⁵ F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial ...*, op. cit., pág. 1039.

a imponer la pena inferior en grado²⁶. Un ejemplo de la citada jurisprudencia lo constituye la STS. (Sala 2ª) de 11-06-2002, RJ 2002/6817 que dice que *“La doctrina de esta Sala ha establecido con reiteración (Sentencia de 14 de enero de 1994, Sentencia de 2 de mayo de 1996, [...] entre otras) que cuando un particular, «extraneus», participa en el delito especial propio cometido por un funcionario, «intraneus», dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriidad en relación con el delito realmente ejecutado [...] Ni el texto del art. 14 del Código Penal de 1973, ni el de los arts. 28 y 29 del Código Penal de 1995, exigen que los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y cómplices) en un delito especial propio (es decir aquellos en que el tipo penal prevé exclusivamente la autoría de un sujeto activo con especial cualificación), tengan la misma condición que el autor. Dicha cualificación se exige únicamente para la autoría en sentido propio (art. 28, apartado primero del Código Penal de 1995), pero no para las modalidades de participación asimiladas punitivamente a la autoría (inducción y colaboración necesaria, art. 28 del Código Penal de 1995, párrafo segundo, apartados a y b), o para la complicidad”*.

En cambio, en el segundo caso, es el funcionario el que respondería por un delito de malversación, mientras que el tercero no cualificado lo haría por el correspondiente delito común, como pueda ser el hurto u otros delitos patrimoniales. Ya en una antigua sentencia de 1979 el Tribunal Supremo manifiesta esta idea al decir que *“si hay diversidad de tipos aplicables, como sería el caso de que el funcionario (o asimilado) responda por malversación culposa del art. 395, en tanto que el no cualificado incurra en la sustracción del art. 394, es evidente que entonces se rompería el título de imputación común que ampara a autor y partícipe, para devenir en autores directos de sendos delitos independientes: el de malversación impropia para el que ostenta la cualidad personal prevista en el art. 399, y el correspondiente delito común para el que no reuniendo dicha cualidad no le puede ser extendida o comunicada a virtud de una participación que no existe por causa de aquella dualidad típica”*²⁷.

²⁶ Art. 65.3 CP: *“Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”*.

²⁷ STS. (Sala 2ª) de 19-02-1979, RJ 1979/691.

IV. Penalidad

El tipo básico del art. 432.1 CP se castiga con pena de prisión de 3 a 6 años y de inhabilitación absoluta de 6 a 10 años, mientras que los subtipos cualificados -art. 432.2 CP- conllevan pena de prisión de 4 a 8 años y pena de inhabilitación absoluta de 10 a 20 años. Finalmente, en los supuestos en los que se aplica el tipo atenuado -art. 432.3 CP- las penas a imponer son: multa de 2 a 4 meses, prisión de 6 meses a 3 años y suspensión de empleo o cargo público de hasta 3 años.

2.1.2 Artículo 433 CP

La redacción actual del precepto es la que sigue:

La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.

I. Tipicidad

A) Sujetos

No hay cambios respecto al tipo del artículo 432 CP expuesto en el epígrafe 2.1.1.

B) Objetos

No hay cambios respecto al tipo del artículo 432 CP expuesto en el epígrafe 2.1.1.

C) Conducta típica

a) Acción

El art. 433 CP contempla una única acción típica, la distracción de caudales o efectos públicos, es decir, destinar a usos ajenos a la función pública dichos recursos sin apropiarse de ellos de forma definitiva²⁸. Esta es la gran diferencia

²⁸ En ningún caso puede entenderse que el destino de caudales o efectos públicos a un uso distinto del asignado, pero público, constituye la acción típica del art. 433 CP. Esta era una conducta que si estaba tipificada en el CP de 1973 pero que despenalizó el CP actual. Como ejemplo de lo dicho se reproduce a

entre la conducta tipificada en el art. 433 CP y la del 432 CP, pues en esta última se requiere una acción destinada a incorporar al propio patrimonio de forma definitiva.

b) Resultado

En este caso no se exige la apropiación definitiva, pero sí la no definitiva, es decir, su distracción.

c) Elemento subjetivo del injusto

A diferencia de lo establecido en el art. 432 CP este tipo no exige ánimo de lucro, luego el tipo no tiene elemento subjetivo²⁹.

Como se puede apreciar, este artículo está constituido por un único tipo recogido en su párrafo 1º que sanciona penalmente la conducta descrita *supra*. Además, el artículo, en su párrafo 2º, establece una equiparación en términos penológicos de las conductas de distracción sin reintegro y de las conductas de sustracción, en la medida en que la pena para las primeras -tipificadas en el art. 433 CP- se remite a la pena establecida para las

continuación un fragmento de la STS (Sala 2ª). 15-02-1998, RJ 1998/957 que dice “1.-Sostiene la parte recurrente que no se ha despenalizado el tipo de malversación impropia ya que solamente ha sufrido una importante modificación ... Sostiene que el llamado peculado por distracción del antiguo art. 397 aparece hoy regulado en el art. 433, cuando se regula la conducta de la autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública, los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones. 2.-Como admite la propia parte recurrente, ha desaparecido el tipo penal contemplado en el art. 397 para el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare, una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, pero ello no quiere decir que dicha conducta haya quedado enteramente incardinada en el art. 433 del nuevo Código Penal, ya que, su ámbito es mucho más restringido, pero, en todo caso, mantiene el requisito de que el destino sea para usos ajenos a la función pública, cosa que no sucede en el caso presente. Como se deriva palmariamente del hecho probado, el Alcalde entregó el talón de 8.000.000 de pesetas, como parte del precio de adquisición del local que como carpintería venía utilizando el Ayuntamiento, lo que quiere decir que tal dinero fue destinado a usos públicos, por lo que no se dan los requisitos del tipo que se pretende aplicar por la parte acusadora, al margen de la regularidad administrativa y contable de dicha operación”.

²⁹ CASTRO MORENO (A. CASTRO MORENO, “Título XIX, Capítulo VII: De la Malversación..., *op. cit.*, pág. 1613.) sostiene que la no inclusión en el tipo del ánimo de lucro es un olvido del legislador y que debería ser introducido vía interpretación restrictiva, porque en caso contrario “se producirían consecuencias político criminales de imposible admisión, pues resultaría que la disposición definitiva de aquéllos sin ánimo de lucro no sería punible [...], pero quedarían incriminadas las meras disposiciones temporales”. Sin embargo, esta idea parece excesiva porque consiste en introducir un nuevo elemento del tipo. Si esa hubiera sido la intención del legislador, dispuso de infinidad de reformas para enmendar su error, siendo la realidad que no lo hizo. Por lo tanto, no se puede entender que el ánimo de lucro sea un elemento típico del art. 433 CP.

segundas -art. 432 CP-. Esta equiparación guarda una lógica aplastante, y como se verá más adelante es trasladada al PCP, puesto que la lesión que se produce a los bienes jurídicos protegidos en el caso de distracción sin reintegro es idéntica que en los casos de sustracción y, por tanto, tales conductas serían merecedoras del mismo reproche penal.

Así las cosas, es importante resaltar que la equiparación se produce únicamente a efectos penológicos, luego la no restitución de lo distraído -o una restitución parcial o fuera de plazo- no hace que se aplique el art. 432 CP, sino que se aplica el art. 433 CP *“porque el reintegro en el plazo legal establecido es, pues, la condición para el tratamiento del hecho con la menor pena del art. 433, pero no el fundamento”*³⁰. Así, el simple hecho del reintegro no implica *“la modificación del núcleo del tipo y consecuentemente el cambio de la naturaleza jurídica de la infracción (lo que conculcaría los principios esenciales y recortes del Derecho Penal)”*³¹. En consecuencia, y pensando en el caso contrario, *“la restitución ulterior de lo sustraído con intención definitiva, no hace desaparecer el delito del art. 432”*³². Sin embargo, es cierto que en muchas ocasiones es difícil conocer el ánimo del autor y la devolución de los caudales o efectos públicos puede ser un indicio de que el carácter de la incorporación al propio patrimonio era temporal y no definitiva. En esta línea, MUÑOZ CONDE afirma que *“esta disposición [...] es una puerta de escape que se ofrece al funcionario en casos dudosos de apropiación para que pueda evitar las graves penas del art. 432”*³³.

Finalmente, es preciso apuntar, que en caso de reintegro, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 67 CP³⁴, no es posible apreciar la atenuante de reparación del daño causado -art. 21.5 CP- porque *“esa atenuante que se propugna ya está expresamente incluida en el tipo delictivo que corresponde a la acción enjuiciada, de ahí que devenga totalmente imposible aplicarla con carácter genérico cuando ya se ha tenido en cuenta*

³⁰ H. ROLDÁN BARBERO, *El delito de malversación...*, op. cit., pág. 26.

³¹ STS. (Sala 2ª) de 08-11-1995, RJ 1995/8094.

³² G. RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, J. GABRIEL RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, P. COLINA OQUENDO, *Código penal: concordado...*, op. cit., pág. 1257.

³³ F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial ...*, op. cit., pág. 1037.

³⁴ Art. 67 CP: *“Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”*.

en la propia calificación jurídica. Hacer o resolver lo contrario conduciría al absurdo de considerar que una misma y única circunstancia atenuatoria puede ser duplicada y servir dos veces al mismo fin de disminuir la culpabilidad del sujeto, con las consecuencias penológicas que ello supondría. Creemos que ante tal absurdo, el problema planteado no necesita de más amplios comentarios”³⁵.

D) Clasificación del tipo

De resultado -aunque aquí, al igual que en el tipo anterior, es discutible que la distracción pueda configurarse como un elemento diferenciado espacio-temporalmente de la acción de tomar la cosa-, de lesión, en la medida en que se exige un menoscabo efectivo del bien jurídico, y especial propio porque el papel de sujeto activo sólo lo puede desempeñar un funcionario o autoridad pública.

II. Culpabilidad

No hay cambios respecto a lo ya expuesto para el tipo recogido en el art. 432 CP.

III. Participación

No hay cambios respecto a lo ya expuesto para el tipo recogido en el art. 432 CP

IV. Penalidad

Para conductas de distracción con reintegro, pena de multa de 6 a 12 meses y pena de suspensión de empleo o cargo público de 6 meses a 3 años. En caso de distracción sin reintegro pena de prisión de 3 a 6 años y pena de inhabilitación absoluta de 6 a 10 años.

³⁵ STS. (Sala 2ª) de 22-03-1997, RJ 1997/2267.

2.1.3 Artículo 434 CP

El art. 434 CP fue introducido por el CP de 1995 y supuso “*una de las novedades más destacadas [...] en materia de malversación*”³⁶. Este precepto venía “*a cubrir una de las lagunas más denunciadas de la anterior regulación, por cuanto se entendía que el uso para fines privados de inmuebles...no estaba comprendido en el delito de malversación*”³⁷. Concretamente, se quería evitar que conductas como las del “Caso Guerra” quedaran impunes³⁸. Ahora bien, la inclusión de este precepto ha traído más contrariedades que soluciones. De esta opinión es DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que establece que “*el art. 434 CP es una pésima forma de legislar a golpe de caso concreto, introduciendo en una materia importante como la malversación un cuerpo extraño*”³⁹, cuerpo extraño que dificulta no sólo la aplicación del propio precepto, sino también la de los dos anteriores. Una vez introducido el artículo 434 CP, se pasa a su estudio, posponiéndose, en la medida de lo posible, el tema de su difícil encaje en la actual regulación al epígrafe 3, al hilo de los principales problemas que presenta el capítulo VII del CP.

La redacción actual del precepto es la que sigue:

La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad Estatal, Autonómica o Local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

I. Tipicidad

A) Sujetos

Como en los epígrafes anteriores es necesario que sean autoridades o funcionarios públicos de acuerdo con lo establecido en el art. 24 CP, pero ya no es necesaria esa

³⁶ A. CASTRO MORENO, “Título XIX, Capítulo VII: De la Malversación...”, *op. cit.*, pág. 1615.

³⁷ F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial ...*, *op. cit.*, pág. 1037.

³⁸ El caso fue resuelto por el TS en la STS. (Sala 2ª) de 24-10-1996, RJ 1996/ 7840 y trataba de la supuesta utilización por parte del Sr. Juan Guerra (hermano del Sr. Alfonso Guerra, entonces Vicepresidente del Gobierno) de un despacho de la Delegación del Gobierno de Sevilla para actividades privadas.

³⁹ M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “La malversación por aplicación privada de bienes muebles o inmuebles de organismos públicos (art. 434 CP). Un tipo desafortunado”, en Arroyo Zapatero, L.A. y Berdugo Gómez de la Torre, I. (Coords), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*, vol. 2, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, págs. 113 y 114.

especial relación entre el funcionario y los bienes públicos, es decir, entre sujeto activo y objeto material porque el precepto no incluye ninguna expresión como “que tenga a su cargo por razón de sus funciones” o “puestos a su cargo por razón de sus funciones”⁴⁰.

B) Objetos

No hay cambios respecto al tipo del art. 432 CP expuesto en el epígrafe 2.1.1 salvo porque en este caso los bienes inmuebles sí que pueden ser objeto del delito de malversación.

C) Conducta típica

a) Acción

Se requiere “dar una aplicación” (privada) a los bienes del patrimonio público. Aquí se presenta el primer problema al que hacer frente, ya que, dicha expresión *“no difiere sustancialmente de las conductas de los preceptos anteriores, pues quien sustrae los bienes (art. 432 CP) les está dando una aplicación privada (art. 434 CP) y, al tiempo, quien les da esa aplicación privada los está destinando a usos ajenos a la función pública (art. 433 CP)”*⁴¹. Sin embargo, hay quien opina que los verbos típicos de los arts. 432 y 434 CP *“parecen poseer campos semánticos bastante diferenciados”*⁴² y que, en consecuencia, “dar una aplicación” equivaldría únicamente a *“aplicar, o sea, destinar, adjudicar, asignar”*⁴³. En este sentido la AP de Badajoz ha establecido que *“dar una aplicación privada no es más que una forma de dar un uso ajeno a la función pública”*⁴⁴.

⁴⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO opina que *“fuera su no mención una decisión consciente del legislador o un mero olvido, creo que conviene, como hace de forma prácticamente unánime la doctrina que se ha ocupado del precepto y de esta cuestión, realizar una interpretación sistemática y teleológica del mismo en el sentido de exigir también en él la especial relación”*. (M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “La malversación por aplicación...”, *op. cit.*, pág. 100). De nuevo, al igual que en el caso del ánimo de lucro y el art. 433 CP, parece excesivo establecer como elemento del tipo algo que no figura en el.

⁴¹ A. CASTRO MORENO, “Título XIX, Capítulo VII: De la Malversación...”, *op. cit.*, pág. 1615.

⁴² M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “La malversación por aplicación...”, *op. cit.*, pág. 83.

⁴³ M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “La malversación por aplicación...”, *op. cit.*, pág. 83.

⁴⁴ AP. de Badajoz (Sección 3ª), de 23-03-2004, JUR 2004/135354.

En consecuencia con lo expuesto, y a efectos de clarificar y simplificar este trabajo, así como teniendo en cuenta la paradoja penológica que lo contrario produciría -que se pone de manifiesto en el epígrafe 3-, se opta por entender que la acción que recoge el art. 434 CP es una conducta de distracción o de apropiación no definitiva.

b) Resultado

Al estar ante una conducta de distracción, se exige apropiación -incorporación al propio patrimonio- no definitiva y, al mismo tiempo, el tipo exige la causación de un grave perjuicio a la causa pública. La exigencia de este resultado busca diferenciar aquellas conductas que, a juicio del legislador, son merecedoras del reproche penal frente a otras que quedarían en el ámbito administrativo. Concretamente, en los casos de uso ocasional del bien público no suele concurrir un grave perjuicio y, consecuentemente, estas acciones no son subsumibles en este tipo penal, o sea, serían atípicas. En cualquier caso, se está ante un elemento normativo del tipo por lo que siempre se requerirá una valoración por parte de los tribunales.

c) Elemento subjetivo del injusto

En este caso, a diferencia del recogido en el art. 433 CP, si se exige ánimo de lucro, es decir, voluntad de obtener cualquier ventaja económica o patrimonial, bien para sí mismo, bien para un tercero.

D) Clasificación del tipo

De resultado -se sigue manteniendo la dificultad de tener que entender la distracción como algo separado espacio-temporalmente de la acción de tomar la cosa, pero en este caso, además, se exige la causación de un grave perjuicio para la causa pública, luego indiscutiblemente es un tipo de resultado-, de lesión, en la medida en que se exige un menoscabo efectivo del bien jurídico, y especial propio porque el papel de sujeto activo sólo lo puede desempeñar un funcionario o autoridad pública.

II. Culpabilidad

No hay cambios respecto a lo ya expuesto para el tipo recogido en el art. 432 CP.

III. Participación

No hay cambios respecto a lo ya expuesto para el tipo recogido en el art. 432 CP.

IV. Penalidad

Pena de prisión de 1 a 3 años y pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 3 a 6 años.

2.2 Malversación impropia

La malversación impropia, que aparece regulada en el art. 435 CP, hace referencia a aquellos casos en los que el autor del delito no es autoridad o funcionario público -art. 435.1 y 2 CP- y también a aquellos en los que el autor no es autoridad o funcionario público pero tampoco los caudales o efectos en cuestión revisten dicho carácter -art. 435.3 CP-, y sin embargo, se produce una equiparación o asimilación “*a éstos por razones de política criminal*”⁴⁵. En consecuencia, en relación con el esquema expuesto para los delitos tipificados en los arts. 432, 433 y 434 CP, lo que se produce es una ampliación, en determinadas circunstancias, de aquellas personas que pueden ser sujetos activos, así como una ampliación del concepto de caudales o efectos públicos. Concretamente, el citado precepto reza lo siguiente:

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.

⁴⁵ J.J. GARCÍA PÉREZ, “Título XIX, Capítulo VII: De la Malversación...”, *op. cit.*, pág. 2814.

En el primer y segundo caso, el objeto material del tipo son siempre caudales o efectos públicos -luego nada cambia respecto a lo ya visto-, mientras que los autores son particulares que debido a una serie de circunstancias ostentan los mismos deberes que un funcionario en relación con los bienes públicos que están bajo su cargo -ampliación de los sujetos activos-. De alguna forma, se puede afirmar que las personas en cuestión son “*partícipes de la función pública*”⁴⁶.

El caso del apartado 3º, sin embargo, no se basa en una ficción, sino en dos. Por un lado, se equipara a un particular -si bien es cierto que ostenta una posición singular- con un funcionario y, por el otro, pese a tratarse de bienes privados se les da la consideración de caudales o efectos públicos. Por este motivo, la doctrina discute sobre el sentido del encaje de este apartado en los delitos de malversación, proponiendo el traslado a otros capítulos del CP, como el dedicado a las insolvencias punibles. En cualquier caso, el PCP ha mantenido este apartado y ha incluido otro de la misma naturaleza, luego será en el epígrafe 4.2 donde se desarrolle con más detalle este problema.

El hecho de que se tipifique un delito sobre dos ficciones ha llevado a que la jurisprudencia entienda “*que debe aplicarse el precepto casuísticamente con una interpretación muy restrictiva*”⁴⁷ siendo necesario para que sea de aplicación el precepto en cuestión una serie de requisitos. Así, “*Conforme a la doctrina de esta Sala (por ejemplo, Sentencias de 30 enero y 7 marzo 1989) el delito enjuiciado se comete cuando concurren los siguientes elementos: a) la existencia de un procedimiento judicial o expediente administrativo; b) que en el mismo se haya acordado por la Autoridad competente un embargo, secuestro o depósito de bienes de determinada persona física o jurídica; c) que se constituya el depósito de bienes en legal forma, entregando su posesión al depositario; d) que éste haya aceptado el cometido que se le*

⁴⁶ J.J. GARCÍA PÉREZ, “Título XIX, Capítulo VII: De la Malversación...”, *op. cit.*, pág. 2842.

⁴⁷ G. RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, J. GABRIEL RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, P. COLINA OQUENDO, *Código penal: concordado...*, *op. cit.*, pág. 1259.

encomienda, siendo instruido de sus deberes y responsabilidades; e) que el depositario sustraiga los bienes o consienta que otro los sustraiga.”⁴⁸.

3. PRINCIPALES PROBLEMAS QUE PRESENTA LA REGULACIÓN ACTUAL

La redacción actual de los tipos que componen los delitos de malversación presenta un problema principal: la relación entre ellos. La causa del problema, como ya se apuntó en el epígrafe 2.1.3, reside en el actual art. 434 CP, de cuya redacción derivan “*dificultades interpretativas y de delimitación respecto de otras figuras de malversación*”⁴⁹. A su vez, toda esta problemática se produce porque el legislador incluye, en un artículo que está destinado a tipificar el uso para fines privados de los bienes inmuebles públicos, la expresión “bienes muebles”. Si se eliminara la referencia a los bienes muebles en el art. 434 CP, la relación entre los tipos sería, no perfecta, pero sí mucho más sencilla.

El problema, tal y como se han presentado los tipos en el epígrafe anterior, se da principalmente entre los arts. 433 CP y 434 CP, puesto que la acción que recogería el art. 434 CP sería idéntica a la del 433 CP aunque se hubiese utilizado una redacción distinta. Así, recuerda DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que ORTS BERENGUER “*observó que la configuración y deslinde de las figuras de los arts. 433 y 434 CP obliga a un esfuerzo interpretativo desproporcionado*”⁵⁰. Sin embargo, este problema de relación entre los tipos penales se agravaría si se entiende que la expresión “dar una aplicación privada” contenida en el art. 434 CP no sólo comprende conductas de distracción, sino también de apropiación definitiva, es decir, de las reguladas en el art. 432 CP.

Las diferencias entre el tipo del art. 433 CP y del art. 434 CP se ponen de manifiesto en el sujeto activo -el art. 434 CP no exige una especial relación entre el funcionario y el patrimonio público-, objeto material -el art. 434 CP admite los bienes inmuebles-,

⁴⁸ STS. (Sala 2ª) de 09-02-1996, RJ 1996/1047. La sentencia se pronuncia sobre un caso concreto donde la conducta típica es propia del art. 432, luego cuando en el apartado e) se habla de sustraer o consentir que otro sustraiga (art. 432 CP) valdría también cualquier conducta de distracción de los arts. 433 y 434 CP, porque las disposiciones del art. 435 son de aplicación para los tres artículos que le preceden.

⁴⁹ M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “La malversación por aplicación...”, *op. cit.*, pág. 82.

⁵⁰ M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “La malversación por aplicación...”, *op. cit.*, pág. 82.

resultado -el art. 434 CP exige la causación de un grave perjuicio para la causa pública- y el elemento subjetivo del injusto -el art. 434 CP exige ánimo de lucro-. Además, el art. 434 CP no contempla la posibilidad de un reintegro de lo malversado. Este hecho parece derivar de que como la conducta contemplada es de mayor gravedad debido a la presencia de ánimo de lucro y a la causación de un grave perjuicio para la causa pública, el legislador ha entendido que la reintegración de lo malversado no debe tener más efectos que los contemplados en el art. 21 CP a efectos de la atenuante de reparación del daño causado.

Así, para la malversación de bienes muebles -en el caso de bienes inmuebles la conducta sólo puede subsumirse en el art. 434 CP-, parece que el tipo del art. 434 CP tiene una relación de especialidad respecto al del art. 433 CP porque incorporaría diversos elementos típicos adicionales a los contenidos en éste último. Ahora bien, el problema surge cuando se atiende a las penas porque, en caso de que no haya reintegro de lo malversado, la pena asociada a la conducta del art. 433 CP es de 3 a 6 años de prisión y de 6 a 10 años de inhabilitación absoluta. Sin embargo, la asociada a la conducta del art. 434 CP es de 1 a 3 años de prisión y de 3 a 6 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público. O sea, que un tipo penal que exige ánimo de lucro y un grave perjuicio para la causa pública tiene asociada una pena menor que aquel que no exige dichos elementos que harían que la conducta fuera merecedora de un mayor reproche penal. Únicamente en el caso de que existiera reintegro de lo malversado, las penas sí que indicarían la relación de especialidad.

El mismo dilema se plantearía entre el art. 432 CP y el art. 434 CP si se entiende que el segundo no sólo se refiere a conductas de distracción, sino también de apropiación o sustracción. Las penas del art. 434 CP son menores y se exige la causación de un grave perjuicio para la causa pública. Además en este caso, no existe la posibilidad de reintegro, luego en ningún caso la relación apuntaría hacia la especialidad. En un ejemplo algo simple, sería como si la pena asociada al tipo de asesinato fuera menor que la del tipo de homicidio.

El único motivo que explicaría estas paradojas penológicas, sería el hecho de que el art. 434 CP no exige una especial relación entre el patrimonio público y el funcionario, es decir, que al no existir una relación entre los bienes en cuestión y el funcionario, no

habría un especial deber de custodia y, en consecuencia, sería lógico que las penas fuesen menores. Ahora bien, ya se ha visto que si se considera que el art. 434 CP sólo incluye conductas de apropiación no definitiva, la propia falta de esta exigencia, origina otras paradojas penológicas como que si la malversación se produce sobre bienes que no se tienen a su cargo por razón de determinadas funciones, sólo resultarían punibles las conductas de distracción o apropiación temporal y no las de apropiación definitiva.

En resumen, se estaría ante unos concursos de normas -los hechos pueden ser comprendidos en ambos preceptos penales pero es imposible aplicar ambos al mismo tiempo- ante los cuales lo más lógico sería resolver de acuerdo con la regla de especialidad y, sin embargo, la configuración de los preceptos en su conjunto obliga a aplicar la regla de la alternatividad -una de cuyas funciones es corregir los errores técnicos cometidos por el legislador- y, en consecuencia, aplicar el art. 433 CP porque es el que recoge la mayor pena, luego recoge el mayor desvalor.

Como se puede apreciar, *“es muy difícil, si no imposible, por mucha finura dogmática que se emplee, conseguir una interpretación clara y razonable”*⁵¹ de los preceptos en cuestión⁵². Ahora bien, la importancia que tienen estos problemas en el contexto de una inminente reforma que da una nueva redacción a los delitos de malversación y donde parece que estos errores no se vuelven a repetir es poca, luego no tiene sentido extender más este epígrafe y lo conveniente ahora es pasar a la presentación y el estudio del contenido del PCP en lo tocante a los delitos de malversación.

4. REGULACIÓN CONTENIDA EN EL PROYECTO DE REFORMA (PCP)

El PCP contempla una nueva redacción para los delitos de malversación que parte de la idea de que la malversación del patrimonio público no es más que una modalidad de

⁵¹ M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “La malversación por aplicación...”, *op. cit.*, pág. 82.

⁵² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO termina el artículo dedicado a explicar la relación entre los arts. 433 y 434 CP diciendo: *“si bienintencionados y reconocidos penalistas desarrollando (creo que más allá de lo exigible) todos sus esfuerzos o finura dogmática, desde luego de forma hábil y fundamentada, intentando mantener al límite el principio de vigencia, no logran (no logramos) en la mayoría de los casos convencerse ni siquiera a sí mismos, y acaban por señalar lo desafortunado del art. 434 CP, ¿qué pensaría un profano de todo ello?. No es éste el mejor ejemplo de la determinación o concreción de los tipos penales a que obliga el principio de legalidad”*. (M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “La malversación por aplicación...”, *op. cit.*, pág. 116.)

administración desleal. Es la propia Exposición de Motivos del PCP la que dice que *“la malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismo”*⁵³.

Como ya se anticipó en la introducción, esta modificación trae causa de la modificación de los delitos de administración desleal que se desligan de los delitos societarios y se insertan en el ámbito de los delitos patrimoniales. En consecuencia, *“así concebido el delito de administración desleal puede tener cualquier sujeto pasivo y, aplicando esa óptica, al Anteproyecto erige al delito de malversación como un caso de administración desleal de fondos públicos”*⁵⁴. Ahora bien, como dice NIETO MARTIN, *“aunque la malversación de caudales públicos sea un caso de administración desleal, que lo es [...]”* y, en consecuencia, se pudieran incriminar dichas conductas sin un tipo específico, *“[...] resulta conveniente por razones de taxatividad tipificarla de manera expresa y atendiendo a las diversas particularidades que tiene”*⁵⁵.

El hecho de que la malversación se configurara como la administración desleal del patrimonio público se valoró positivamente pero también generó fuertes críticas porque en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal (en adelante ACP), al referenciar la malversación únicamente a la administración desleal, se suprimía la modalidad de apropiación de caudales públicos. Así lo exponía la Fiscalía General del Estado al decir que *“en su actual configuración el delito de malversación es más que una administración desleal, pues [...] también incluye conductas de apropiación indebida que a lo que parece, van a quedar despenalizadas”*⁵⁶ o el Consejo General de Poder

⁵³ ESPAÑA. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, “Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.”, Madrid, 2013, pág. 14

⁵⁴ ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO, “Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, Madrid, 2013.

⁵⁵ A. NIETO MARTÍN, “Administración Desleal”, en Álvarez García, F.J. (Dir) y Dopico Gómez-Aller, J. (Coord), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 795.

⁵⁶ ESPAÑA. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal”, Madrid, 2013, pág. 288

Judicial que en su informe al ACP establecía que *“tampoco se ajusta al esquema seguido para los supuestos de administración desleal en el ámbito privado pues, en este contexto, se mantiene el tipo de apropiación indebida en sentido estricto (artículo 253) que, sin embargo, no se trasvasa al ámbito de la malversación”*⁵⁷.

A raíz de las críticas expuestas, el PCP ha referenciado la malversación a la administración desleal -art. 432.1 PCP-, pero también a la apropiación indebida -art. 432.2 PCP-. Una vez expuesto el marco principal sobre el que trabajar, se pasa al estudio del contenido de la reforma, optándose por seguir el mismo esquema que para la exposición de la regulación vigente.

4.1 Malversación propia

Igual que actualmente, se trata de supuestos en los que siempre los sujetos activos son autoridad o funcionario público y en los que la acción típica recae siempre sobre bienes de la Administración Pública.

4.1.1 Artículo 432 PCP

La nueva redacción dada al artículo en el PCP⁵⁸ es la que sigue:

⁵⁷ ESPAÑA. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, Madrid, 2013, pág. 263.

⁵⁸ La redacción dada por el ACP no era idéntica: *“1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 de este Código sobre el patrimonio público administrado, será castigado con una pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años.*

2. Si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro propio o ajeno se impondrá una pena de dos a seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años. 3. Se impondrán las penas de prisión de dos a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años, en el caso del número 1, y de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años en el caso del número 2, si en los hechos hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) Se hubiera causado un perjuicio de especial gravedad, atendido el daño o entorpecimiento causado al servicio público.

b) Concurriese la circunstancia del ordinal 6o del número 1 del artículo 250 de este Código.

4. Cuando el perjuicio causado resulte de escasa gravedad y no haya causado una alteración relevante al servicio público, se impondrá una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de seis meses a tres años”.

1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez 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.

I. Tipicidad

A) Sujetos

No hay cambios respecto a la regulación actual ni en relación con el sujeto activo -que tiene que ser autoridad o funcionario público-, ni con el pasivo.

B) Objetos

Los bienes jurídicos protegidos por este delito no cambian respecto de la regulación actual, luego el objeto jurídico no cambia. Sin embargo, el objeto material puede haber cambiado pues se ha sustituido la expresión “caudales o efectos públicos”, que excluía los bienes inmuebles, por “patrimonio público”. Como no existe una definición del concepto de patrimonio público a efectos penales -a diferencia de lo que sucede con el concepto de funcionario público-, se debe acudir al ámbito administrativo para buscar que se entiende por dicha expresión. Pues bien, el art. 3.1 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas⁵⁹ establece que “*el patrimonio de las Administraciones públicas está constituido por el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos*”. El problema surge de la matización que hace el apartado segundo del

⁵⁹ Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. BOE núm 264, de 04-11-2003.

mismo precepto, que establece que *“no se entenderán incluidos en el patrimonio de las Administraciones públicas el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda ni, en el caso de las entidades públicas empresariales y entidades análogas dependientes de las comunidades autónomas o corporaciones locales, los recursos que constituyen su tesorería”*. Pues bien, es evidente que a efectos penales, no se debería tener en cuenta lo establecido en el apartado segundo, pues de lo contrario toda conducta malversadora que recayera sobre lo que antes se denominaba “caudales públicos” no sería punible. En consecuencia, sería recomendable, ya que se está tramitando la reforma, que el legislador incluyera una definición o algún tipo de aclaración al respecto para evitar que doctrina y jurisprudencia tengan que interpretar que cuando se está refiriendo al patrimonio público, los caudales públicos sí están incluidos.

Una vez fijado el concepto de patrimonio público, la pregunta es si la regulación contenida en el PCP incluye como objeto material del delito de malversación los bienes inmuebles. La respuesta no se encuentra en el art. 432 PCP, sino en los artículos a los que dicho precepto se remite, es decir, los arts. 252 y 253 PCP. Pues bien, en el caso de la administración desleal los bienes inmuebles sí que estarían comprendidos dentro del objeto material porque se hace referencia “al patrimonio administrado” sin ningún tipo de especificación o matización. En consecuencia, los bienes inmuebles formarían parte del objeto material para las conductas tipificadas en el art. 432.1 PCP porque es indiscutible que éstos forman parte del patrimonio de una persona, ya sea física o jurídica. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la remisión del art. 432.1 PCP al art. 253 PCP, pues en este último se delimita el objeto material estableciendo que deben ser cosas muebles. Esta diferencia no está exenta de cierta lógica en la medida en que parece bastante complicado el poder apropiarse de un bien inmueble ajeno.

En resumen, para las conductas de administración desleal del patrimonio público el objeto material está constituido tanto por bienes muebles como inmuebles, mientras que para las conductas de apropiación del patrimonio público el objeto material se circunscribe únicamente a los bienes o cosas muebles. En realidad, como se puede apreciar, este esquema guarda un cierto paralelismo con la regulación vigente porque las conductas de apropiación definitiva del art. 432 CP actual únicamente se pueden dar

sobre cosas muebles, mientras que las conductas de distracción se pueden dar sobre muebles -arts. 433 y 434 CP- o inmuebles -art. 434 CP-.

C) Conducta típica. Tipo básico de los arts. 432.1 y 432.2 PCP

En este caso, por la propia configuración del delito de malversación que contiene el PCP, se hace necesario diferenciar y estudiar por separado las conductas típicas de los apartados 1 y 2 del art. 432 PCP.

- Apartado 1 art. 432 PCP, remisión al delito de administración desleal (art. 252 PCP⁶⁰)

a) Presupuesto

Para los supuestos del apartado 1 es necesario que exista un facultad de administrar el patrimonio ajeno que emane de la ley, de una encomienda de la autoridad o de un negocio jurídico. Lo mismo sucede para el apartado 2 respecto del deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos, obligación que debe provenir de las mismas fuentes o bien surgir de una especial relación de confianza, es decir, que se trate de deberes fiduciarios.

b) Acción

En la redacción que el PCP da al art. 252 se pueden distinguir dos acciones típicas distintas; por un lado, infringir las facultades de administración excediéndose en el ejercicio de las mismas, y, por otro, quebrantar el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos. Como bien pone de manifiesto la Fiscalía General del Estado, *“la descripción típica de los apartados 1 y 2 sigue excesivamente de cerca la jurisprudencia [...] pensada para la delimitación*

⁶⁰ “1. Serán punibles con las penas del artículo 249 ó, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar sobre 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. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar.

3. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el perjuicio al patrimonio fuera superior a 1.000 euros”.

entre los vigentes arts. 252 y 295 CP”⁶¹. La mencionada jurisprudencia estableció que el art. 295 CP castigaría al sujeto que actúa dentro de sus competencias pero de manera desleal o infiel, mientras que el art. 252 CP, en su modalidad de distracción, castigaría a aquellos que actuaran fuera de sus competencias. Lo primero se ha conocido como exceso intensivo y lo segundo como exceso extensivo. Ahora bien, es conveniente resaltar que esta interpretación de la relación entre los tipos de los arts. 252 y 295 CP representa únicamente la última línea jurisprudencial establecida por el TS, siendo aplicada sólo a partir del año 2005⁶². Antes de dicho año, el TS había manejado diferentes interpretaciones para resolver el conflicto planteado, como por ejemplo la teoría de los círculos secantes. Exponer las mencionadas teorías excedería del ámbito de este trabajo y además no se cree necesario a las puertas de un PCP donde el legislador pone fin a este conflicto armonizando ambos tipos penales. Así las cosas, es la explicada distinción y la jurisprudencia sentada al respecto la que ha llevado a establecer dos apartados dentro del tipo de administración desleal en el PCP. El apartado primero haría referencia al exceso extensivo y el segundo al exceso intensivo, pudiendo éste último estar constituido tanto por acciones - vender un activo a un precio considerablemente menor a su valor razonable- como por omisiones -dejar transcurrir el plazo para interponer una acción de reclamación de cantidad-.

c) Resultado

Tanto en los supuestos de exceso intensivo como en los de exceso extensivo se exige la causación de un perjuicio patrimonial.

d) Elemento subjetivo del injusto

No se exige ánimo de lucro, es decir, el tipo no cuenta con un elemento subjetivo, al igual que en las conductas de distracción o apropiación no definitiva recogidas en el art. 433 CP.

⁶¹ ESPAÑA. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Informe del Consejo Fiscal...”, *op. cit.*, pág. 226.

⁶² Ejemplos de la citada línea jurisprudencial son las SSTs. (Sala 2ª) de 11-07-2005, RJ 2005/5418; de 17-07-2006, RJ 2006/7697 y de 15-02-2007, RJ 2007/3845.

- Apartado 2 art. 432 PCP, remisión al delito de apropiación indebida (art. 253 PCP⁶³)

a) Presupuesto

Es necesario que exista un título posesorio que obligue a entregar o devolver el objeto material. A estos efectos, el precepto establece un sistema de *numerus apertus* porque cita expresamente el depósito, la comisión o la custodia, pero valdría cualquier otro del que surgiera la misma obligación como la prenda, el arrendamiento, el mandato o el comodato. En cualquier caso, se excluyen todos aquellos títulos que *“trasmiten la propiedad y no la posesión, como la compraventa, la permuta, la dación en pago, la donación y la ejecución provisional de una sentencia civil y préstamo mutuo”*⁶⁴.

b) Acción

Apropiarse, es decir, incorporar el objeto material al propio patrimonio a través de actos de disposición, o negar haber recibido el objeto material. En este último caso, la doctrina entiende que la acción típica consistiría en negar la recepción del objeto material porque éste se está ocultando o bien en afirmar que se tiene la posesión pero que no trae causa en una entrega previa por parte del sujeto pasivo. En relación con la negación de la recepción del objeto material, la jurisprudencia ha entendido que *“acreditado el extremo del presupuesto previo, esto es, la recepción de la cosa mueble a virtud de título que obliga a devolverla o entregarla, si entonces se niega haberla recibido, ha de entenderse probado que se ha realizado el acto de disposición.”*⁶⁵.

c) Resultado

El tipo contiene la expresión “en perjuicio de otro”, que es una locución muy utilizada a lo largo del CP, pero que ha generado mucha incertidumbre a la hora

⁶³ “1. Serán castigados con las penas del artículo 249 ó, 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 una cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubiera sido confiada en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarla o devolverla, o negaren haberla recibido.

2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes apropiados y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes apropiados fuera superior a 1.000 euros”.

⁶⁴ L. POZUELO PÉREZ, *Malversación...*, op. cit., pág. 1017.

⁶⁵ STS. (Sala 2ª) de 23-12-2009, RJ 2010/320.

de su aplicación. En consecuencia, surge la duda -como siempre que es necesario enfrentarse a la expresión- sobre el verdadero sentido de esta locución prepositiva dentro del tipo de la apropiación indebida. A este respecto, existe un sector doctrinal y jurisprudencial que sostiene que la citada expresión únicamente pone de manifiesto el reverso de toda apropiación, pues *“la incorporación al propio patrimonio, con violación de los límites establecidos en el título por el que la cosa fue inicialmente entregada, produce necesariamente un perjuicio en quien tendría que haberse beneficiado si tales límites hubieran sido respetados”*⁶⁶.

Sin embargo, dicha argumentación adolece de un fallo importante porque *“no explica la contribución de ‘en perjuicio de otro’ al significado del enunciado legal”*⁶⁷, es decir, haría que la expresión fuese superflua. En consecuencia, y partiendo de la idea de que *“la ley exhibe un grado mínimo de corrección en la técnica legislativa y el uso del lenguaje”*⁶⁸, como concluye GÓMEZ LANZ, lo más lógico sería entender que la locución “en perjuicio de” exige *“un perjuicio distinto del que, de suyo, comporta inherentemente toda apropiación [...]”*, es decir, *“[...] un perjuicio diverso de la acción de apropiación y susceptible de separación espacio-temporal de ésta”*⁶⁹.

d) Elemento subjetivo del injusto

El tipo no exige la existencia de ánimo de lucro, a diferencia de lo que suele ocurrir en la mayoría de delitos patrimoniales y de lo que exige el art. 432 CP actual, luego no habría elemento subjetivo del tipo y no habría que probar que el sujeto activo actúa con ánimo de obtener una ventaja patrimonial o un beneficio económico. El hecho de que en el PCP no se exija ánimo de lucro guarda coherencia con la remisión que el precepto hace a la apropiación indebida, ya que el ánimo de lucro no se exige ni el art. 252 CP, ni en el art. 253 PCP. Ahora bien, y como se ha apuntado, es una novedad importante respecto a la regulación

⁶⁶ STS. (Sala 2ª) de 23-07-2001, RJ 2001/6507.

⁶⁷ GÓMEZ LANZ, J., *La interpretación de la expresión “en perjuicio de” en el Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 315.

⁶⁸ GÓMEZ LANZ, J., *La interpretación de la expresión..., op. cit.*, pág. 315.

⁶⁹ GÓMEZ LANZ, J., *La interpretación de la expresión..., op. cit.*, pág. 323.

vigente en la cual las conductas malversadoras de apropiación definitiva requieren la presencia de ánimo de lucro. Dicho esto, y debido a la naturaleza de la conducta, lo normal es que el ánimo de lucro esté presente a la hora de cometer este delito.

D) Subtipos agravados. Cualificaciones del art. 432.3 PCP

Como se puede apreciar de la lectura del precepto, en el caso de los subtipos también ha habido modificaciones pasando de dos a tres supuestos de agravación de las penas. Así, en la regulación vigente -epígrafe 2.1.1- existe un subtipo agravado por especial gravedad de la malversación basado en dos criterios: cuantía y daño o entorpecimiento causado. Pues bien, la regulación contenida en el PCP modifica la estructura expuesta y separa los dos supuestos de la actual agravante, que se recogen en dos cualificaciones distintas:

- a) Grave daño o entorpecimiento al servicio público. No habría modificaciones respecto a la regulación actual.
- b) Valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados superior a 50.000 euros⁷⁰. En este caso la diferencia respecto a la regulación actual se aprecia en la introducción de una cuantía a partir de la cual aplicar la cualificación, optándose por la establecida para el delito de estafa. El hecho de establecer una cantidad fija se valora positivamente pues se evita que tengan que ser los tribunales los que fijen el alcance de conceptos jurídicos indeterminados como pueda ser la especial gravedad de una conducta.

En el PCP desaparecen dos de los subtipos cualificados que recoge la normativa vigente: malversación de elementos que hubieran sido declarados de valor histórico o artístico y malversación de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública. En ambos casos, tales conductas se podrían reconducir hacia

⁷⁰ En el ACP este subtipo cualificado se remitía al subtipo agravado del delito de estafa recogido en el ordinal 6º del art. 250.1 CP. Sin embargo, debido a las críticas tanto de la Fiscalía General del Estado como del Consejo General del Poder Judicial, esa referencia fue suprimida en el PCP. Dichas críticas tenían su origen en que *“dadas las singularidades características del delito de malversación, no resulta adecuada la remisión en bloque al ordinal citado, principalmente porque al recaer el delito sobre el patrimonio público no será posible que la malversación no afecte a múltiples personas”*. (ESPAÑA. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe al Anteproyecto...”, *op. cit.*, pág. 264.)

la cualificación de grave daño o entorpecimiento al servicio público. Sin embargo, la supresión de la primera es menos comprensible, pues su encaje en el primer subtipo cualificado es más difícil, compartiéndose las críticas de la Fiscalía General del Estado que no entiende “*por qué desaparece el subtipo agravado que se corresponde con el art. 250.1.3 CP (y que aparece en el texto actualmente vigente) de que el hecho recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico*”⁷¹. Es decir, el legislador vuelve a mostrar cierta incoherencia porque este subtipo cualificado se mantiene para los delitos de hurto, robo o estafa pero se elimina para los de malversación.

Además, el precepto prevé que si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excede de 250.000 € se imponga la pena en su mitad superior o que ésta se eleve en un grado. En consecuencia, se está ante una cualificación del subtipo agravado.

E) Clasificación del tipo

Como en la regulación actual, el tipo es de resultado, de lesión y especial propio.

II. Culpabilidad

No hay cambios respecto a lo ya expuesto en la regulación actual.

III. Participación

No hay cambios respecto a lo ya expuesto en la regulación actual.

IV. Penalidad

Para las conductas de administración desleal del patrimonio público -art. 432.1 PCP- se fija una pena de prisión de 3 a 6 años, así como pena de inhabilitación absoluta por tiempo de 6 a 10 años. Estas penas son idénticas a las establecidas para los casos de apropiación del patrimonio público -art. 432.2 PCP-. Esta equiparación de penas entre

⁷¹ ESPAÑA. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Informe del Consejo Fiscal...”, *op. cit.*, pág. 290.

supuestos de administración desleal y de apropiación del patrimonio público es coherente con la regulación establecida en el PCP en los arts. 252 y 253, pues en ambos las penas también son idénticas. Sin embargo, esto supone un importante cambio respecto a la regulación actual, donde los delitos de malversación del art. 433 CP -con reintegro de lo malversado- tenían asociada una pena muy inferior a la dispuesta para el art. 432 CP. Ahora bien, si tenemos en cuenta que en caso de que dicho reintegro no se produjera, la penas eran las mismas para supuestos de apropiación definitiva y no definitiva, se puede afirmar que el cambio operado, en la práctica, no supone una gran novedad. Finalmente, no hay cambios respecto a la regulación actual en las penas de los subtipos cualificados -art. 432.2 PCP- y del subtipo privilegiado -art. 432.2 PCP-, que se mantienen para los primeros en pena de prisión de 4 a 8 años y pena de inhabilitación absoluta de 10 a 20 años, y para el segundo en pena de multa de 2 a 4 meses, pena de prisión de 6 meses a 3 años y pena de suspensión de empleo o cargo público de hasta 3 años.

4.1.2 Artículo 433 PCP

La nueva redacción dada al artículo por el PCP⁷² es la siguiente:

Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de tres a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de seis meses a tres años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros.

El nuevo precepto incluye un tipo atenuado respecto al tipo básico del art. 432 PCP atendiendo a que el perjuicio causado o el valor de lo malversado no supere los 4000 €. En el ACP el tipo privilegiado se incluía en el propio art. 432 y no se establecía una cuantía fija, sino que se hacía referencia a “*que el perjuicio causado resulte de escasa gravedad y no haya causado una alteración relevante al servicio público*”. El hecho de que no se estableciera una cuantía determinada a partir de la cual fuese imposible apreciar el tipo privilegiado, tal y como se hace en la regulación actual, fue cuestionado

⁷² La redacción dada por el ACP no era idéntica: “*La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos previstos en el artículo anterior, y con perjuicio para la causa o servicio público, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de tres a seis meses*”

tanto por la doctrina como por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de Poder Judicial en sus respectivos informes al ACP. Así, en el informe del Consejo General del Poder Judicial se puede leer que *“al objeto de favorecer un mayor grado de certeza, y así evitar que sean los tribunales quienes acoten el alcance de los conceptos jurídicos indeterminados que fija el precepto, se considera conveniente establecer una cuantía que opere como límite de la aplicación del supuesto de escasa gravedad, sin perjuicio de que, además, se prevea que la conducta no origine un alteración relevante del servicio público”*⁷³. Pues bien, como consecuencia de estas críticas, se decide introducir en el PCP el expresado límite de 4000 €. Sin embargo, desaparece la alusión, contenida en el ACP, a que la conducta no origine una alteración relevante al servicio público y parece que se asume que si la cuantía de lo malversado no supera la citada cantidad, no se puede producir una entorpecimiento relevante del servicio público. Ahora bien, esto es discutible en la medida en que la cuantía por sí misma puede ser insuficiente para determinar si existe un perjuicio relevante para el servicio público, siendo más correcto tener en cuenta la cuantía en relación con la totalidad del presupuesto administrado. Así, la malversación de 3.000 € sobre un presupuesto de 1.000.000 € difícilmente puede ocasionar un perjuicio relevante en relación con el servicio público. No se puede decir lo mismo respecto de un presupuesto de 10.000 € o 20.000 €, que de acuerdo con la redacción actual del PCP daría lugar a la aplicación del tipo atenuado. En resumen, la introducción del límite se valora positivamente pero debería haberse mantenido la condición de que la conducta no hubiera originado una alteración relevante del servicio público, en la medida, en que en algunos casos la cuantía de lo malversado puede ser inferior al citado límite y producirse, no obstante, dicha alteración.

Otra cuestión en relación con el tipo atenuado es la cuantía establecida, 4000 €. Parece que se ha optado por mantener el límite establecido en la regulación vigente, olvidando que para los delitos tipificados en los arts. 252 y 253 el PCP se establece un límite máximo de 1000 € para poder apreciar el tipo atenuado. Además, si bien es cierto que la pena del tipo atenuado en el caso de la malversación es mayor que la del tipo atenuado en los casos de los arts. 252 y 253 PCP, también lo es que los hechos aquí tipificados

⁷³ ESPAÑA. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe al Anteproyecto...”, *op. cit.*, pág. 264.

revisten una mayor gravedad al afectar a varios bienes jurídicos. En consecuencia, quizás hubiera sido más coherente fijar el mismo límite.

Finalmente, conviene resaltar que la Fiscalía General del Estado en su informe sobre el ACP llama la atención sobre la pena atribuida a este subtipo privilegiado estableciendo que “*resulta excesivamente benigna, menor que la del hurto básico, cuando el hecho es más grave por existir una infracción de especiales deberes del autor*”⁷⁴. Dicha pena no se ha modificado en el PCP y desde luego, no se puede entender cómo es posible que la pena de prisión pueda ser superior para alguien que comete un hurto por valor de 1000 € -de 6 a 18 meses-, que para un funcionario público que comete un delito de malversación por la misma cuantía -de 3 a 12 meses-.

4.1.3 Artículo 434 PCP

La nueva redacción dada al artículo por el PCP⁷⁵ es la siguiente:

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 podrán imponer al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados.

El art. 434 PCP contiene una atenuante específica para aquellos casos en los que el sujeto activo lleve a cabo, una vez cometido el delito, alguna de las dos conductas que el precepto contempla. La primera de las opciones hace referencia a que se repare el perjuicio causado al patrimonio público, mientras que la segunda consiste en que el sujeto activo colabore con las autoridades de cara al esclarecimiento de los hechos delictivos. Una vez presentadas, es fácil apreciar que se asemejan mucho a las atenuantes de reparación del daño causado a la víctima y de confesión que se recogen en los arts. 21.5 y 21. 4 CP respectivamente. Sin embargo, no son idénticas y conviene exponer las diferencias.

⁷⁴ ESPAÑA. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Informe del Consejo Fiscal...”, *op. cit.*, pág. 291.

⁷⁵ La redacción dada por el APC es la misma.

En el caso de la atenuante de reparación del daño causado, el art. 21.5 CP establece un requisito objetivo y otro cronológico. El primero de ellos consiste en reparar el daño causado o disminuir sus efectos. A estos efectos, el principal dilema que se presenta estriba en si la reparación parcial es válida llegando la doctrina a la conclusión de que sí, pues el precepto habla de disminuir el daño causado. Ahora bien, la reparación parcial será válida en tanto en cuanto el sujeto activo no se encuentre en condiciones de practicarla en su totalidad. En relación con el segundo requisito, es necesario que el sujeto activo proceda a la reparación antes de la celebración del juicio oral. Pues bien, la atenuante contenida en el 434 PCP recoge el requisito objetivo pero no el cronológico. El requisito objetivo no es exactamente igual y parece más estricto en la medida en que la reparación parcial no estaría admitida al hablar el texto legal de una reparación efectiva e íntegra. Esta redacción indica que se busca la reparación total del daño y no sólo una disminución del mismo. En relación con la eliminación del requisito cronológico, ésta no se entiende pues se estaría ampliando un plazo que de por sí ya es bastante extenso -antes o durante toda la fase de instrucción penal-. Con la redacción contenida en el PCP se podría proceder a la reparación del daño causado incluso durante la fase de juicio oral surgiendo, entonces, una pregunta inevitable: por qué en estos delitos se permite en dicha fase y en el resto no.

Con la atenuante de confesión sucede algo parecido pues también establece la necesidad de que se cumplan dos requisitos, uno objetivo y otro cronológico. El requisito objetivo consiste en que el sujeto confiese la infracción cometida, es decir, debe “*manifestar a las autoridades los elementos de la acción típica por él realizada, declaración que debe ser completa y veraz*”⁷⁶. En relación con el requisito cronológico, esta atenuante exige que el sujeto activo confiese antes de tener conocimiento de la apertura del procedimiento judicial contra él. Si ahora se compara con lo establecido en el art. 434 PCP se puede comprobar cómo el requisito cronológico no existe y el objetivo parece más estricto pues se da a entender que la mera revelación de la acción típica realizada no es suficiente, sino que se requiere la identificación o captura de otros responsables o información suficiente para el esclarecimiento de los hechos delictivos. En cualquier caso, de aprobarse la redacción actual del PCP, será la jurisprudencia la que delimite el alcance de esta atenuante. Finalmente, y al igual que en el caso anterior, no se entiende

⁷⁶ A. OBREGÓN GARCÍA, J. GÓMEZ LANZ, *Derecho penal...*, op. cit., pág 206.

el porqué de la retirada del requisito cronológico y surge la misma cuestión: por qué en los delitos de malversación sí y en el resto no.

El precepto objeto de estudio contiene lo que la doctrina ha llamado comportamientos posdelictivos positivos, es decir, conductas útiles porque *“la confesión facilita la investigación judicial, mientras que las conductas reparadoras, además de demostrar la vigencia del ordenamiento jurídico, reducen el daño producido al bien jurídico o a la víctima”*⁷⁷. Pues bien, la inclusión de esta atenuante, en la práctica no aporta nada nuevo, pues como se ha expuesto, es muy similar a las atenuantes de reparación del daño causado y confesión que hoy se contemplan, quedando salvadas las diferencias derivadas de unos requisitos objetivos más estrictos por la posibilidad de apreciar las circunstancias atenuantes genéricas como muy cualificadas. Es decir, si el comportamiento posdelictivo positivo se produce pero no llega a cumplir con lo exigido por el art. 434 PCP, siempre se podrán aplicar las atenuantes genéricas, y en caso de producirse, nada se ganaría porque el resultado sería el mismo vía art. 66.1.2ª CP⁷⁸. Ahora bien, sí hay un elemento diferente entre la aplicación de la atenuante específica del art. 434 PCP y la aplicación de las reglas generales de la determinación de la pena. Se consigue esquivar la exigencia de que no concurren agravantes que contiene la regla segunda del art. 66.1 CP para poder rebajar la pena en uno o dos grados por la concurrencia de una o varias circunstancias atenuantes muy cualificadas. En consecuencia, no se puede entender esta atenuante específica porque amplía el periodo temporal en el que se pueden llevar a cabo los comportamientos posdelictivos positivos sin una razón aparente y, además, permite que la pena se rebaje en uno o dos grado aún concurriendo circunstancias agravantes.

A mayor abundamiento, y teniendo en cuenta lo expuesto *supra*, la inclusión de esta atenuante específica, que sólo generaría beneficios para los funcionarios malversadores, *“no resulta coherente con el mensaje de tolerancia cero que se quiere dar hacia este*

⁷⁷ A. OBREGÓN GARCÍA, J. GÓMEZ LANZ, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pág 206.

⁷⁸ Art. 66.1.2ª CP: *“1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 2.ª Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes”*.

tipo de conductas corruptas”⁷⁹ ayudando, en consecuencia, a crear “*una sensación de condescendencia con los funcionarios públicos, muy perniciosa para la confianza de los ciudadanos en el Derecho*”⁸⁰. Además, surgiría de nuevo la pregunta antes formulada: por qué se introduce esta atenuante basada en comportamientos posdelictivos positivos para los delitos de malversación y no para el resto de delitos patrimoniales en los que no medie violencia o intimidación hacia las personas, por ejemplo, respecto del hurto, la administración desleal o la apropiación indebida.

4.2 Malversación impropia

El PCP añade un supuesto más de malversación impropia al art. 435 CP, luego este precepto quedaría como sigue:

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.

4.º 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.

Como ya se apuntó en el epígrafe 2.2 la malversación impropia consistía en que o bien los sujetos activos no revestían la condición de autoridad o funcionario público pero se producía una equiparación, o tampoco se está ante patrimonio público y es necesaria no una ficción, sino dos. Concretamente, el apartado añadido por el PCP es de estos últimos, pues los administradores concursales no son funcionarios públicos y la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores no son elementos patrimoniales públicos. Además, estos bienes, en teoría, no están embargados, depositados o secuestrados por lo que la conducta que recoge el precepto 4º del PCP no podía subsumirse en el supuesto 3º de la regulación vigente. Sin embargo, esto no está del

⁷⁹ L. ROCA AGAPITO, “Delitos de Malversación: Arts. 432 y ss.”, en Álvarez García, F.J. (Dir) y Dopico Gómez-Aller, J. (Coord), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 927.

⁸⁰ ESPAÑA. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Informe del Consejo Fiscal...”, *op. cit.*, pág. 293.

todo claro y CASTRO MORENO y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ sostienen que el supuesto cuarto no es en ningún caso necesario, pues sería subsumible dicha conducta en el apartado tercero⁸¹. En cualquier caso, y en relación con el nuevo apartado 4º, es necesario apuntar que la segunda parte del precepto no tiene sentido alguno, salvo a título ejemplificativo, porque “*no respetar la par conditio creditorum ni el orden de prelación, en su caso, es una forma de gestión desleal*”⁸², luego en el momento en que se produce la doble ficción requerida la conducta puede ser subsumida en el art. 432.1 CP.

Para finalizar, es interesante la recomendación que hace ROCA AGAPITO de trasladar los supuestos que requieren una doble ficción legal para ser considerados como delitos de malversación -apartados 3º y 4º- a los delitos de alzamiento de bienes de tal forma que los delitos de malversación queden circunscritos únicamente a conductas que recaigan sobre el patrimonio público⁸³. Esta idea, que parte de que “*en este delito lo que se protege es el derecho de crédito de los acreedores y poco tiene que ver con lo que se protege en la malversación*”⁸⁴, coincide con la expresada por MUÑOZ CONDE respecto al actual apartado 3º cuando expresa que ofrece más dudas que los apartados 1º y 2º y que su parentesco con el alzamiento de bienes es evidente⁸⁵. De la misma opinión es ROLDÁN BARBERO que opina que “*pese a su inserción legal, tiene mucho más que ver con los delitos patrimoniales de apropiación indebida y alzamiento de bienes*”, llegando a afirmar que este supuesto se aparta de la “*fenomenología propia de la malversación*”⁸⁶.

⁸¹ Así, dicen que “*Nadie duda de que los jueces sean autoridad pública, 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 artículo 435.3. CP. Conforme establece el Código Civil (artículo 1785), el depósito judicial o 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*”. (A. CASTRO MORENO, M. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, “Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado”..., *op. cit.*, págs. 783 y 784)

⁸² ESPAÑA. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Informe del Consejo Fiscal...”, *op. cit.*, pág. 294.

⁸³ L. ROCA AGAPITO, “Delitos de Malversación...”, *op. cit.*, pág. 928.

⁸⁴ L. ROCA AGAPITO, “Alzamiento de bienes. Rúbrica del Capítulo VII del Título XIII del Libro II”..., *op. cit.*, págs. 742.

⁸⁵ F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial* ..., *op. cit.*, pág. 1038.

⁸⁶ H. ROLDÁN BARBERO, *El delito de malversación*..., *op. cit.*, pág. 14.

Parece que está es la idea del legislador al introducir el art. 258 bis PCP, porque en la exposición de motivos se dice que “*dentro de los delitos de frustración de la ejecución se incluyen, junto al alzamiento de bienes, dos nuevas figuras delictivas que están llamadas a completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución y, con ello, del crédito, y que son habituales en el Derecho comparado [...] y de otra, la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la Autoridad.*”⁸⁷. Sin embargo, la redacción dada al art. 258 bis CP, y la no eliminación del apartado tercero del art. 435 PCP, frustra el intento y añade un problema, el solapamiento entre ambos preceptos. Concretamente, el art. 258 bis PCP establece que:

Serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, quienes hagan uso de bienes embargados por autoridad pública que hubieran constituidos en depósito sin estar autorizados para ello.

El Consejo General del Poder Judicial, en su informe al APC, se limita a decir que “*el artículo 258 bis castiga el uso no autorizado de bienes embargados que se hubieran constituido en depósito*”⁸⁸ sin apreciar que “*el precepto merece crítica por su solapamiento con la malversación impropia del 435.3 CP*”⁸⁹ y de su incoherencia con lo establecido por el legislador en la Exposición de Motivos del PCP, pues no sólo castiga al depositario. El mencionado solapamiento lleva a afirmar a la Fiscalía General del Estado que el art. 258 bis PCP es “*superfluo (y generador de problemas de concursos de leyes)*”⁹⁰. Sin embargo, parece más adecuado evitar el conflicto de acuerdo con la iniciativa propuesta por ROCA AGAPITO, es decir, trasladando el supuesto del art. 435.3 PCP a los delitos de frustración de la ejecución y armonizar ambos preceptos. Además, al mismo tiempo, sería recomendable trasladar también el supuesto cuarto del mismo artículo.

En el caso de que el apartado tercero se trasladara tal cual -cambiando simplemente la ubicación- o de que no se produjera esa modificación, “*es imprescindible que los*

⁸⁷ ESPAÑA. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, “Proyecto de Ley Orgánica..., *op. cit.*, pág. 14.

⁸⁸ ESPAÑA. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe al Anteproyecto..., *op. cit.*, pág. 233.

⁸⁹ ESPAÑA. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Informe del Consejo Fiscal..., *op. cit.*, pág. 244.

⁹⁰ ESPAÑA. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Informe del Consejo Fiscal..., *op. cit.*, pág. 244.

sujetos activos de ambos delitos se diferencien”⁹¹ con el objeto de evitar su solapamiento. Así, los sujetos activos del art. 258 bis no deberían ser bajo ningún concepto los previstos para el supuesto de malversación impropia, es decir, administradores o depositarios.

5. CONCLUSIONES

La regulación actual de los delitos de malversación precisa de una revisión profunda debido a la compleja relación existente entre los distintos tipos que la componen. Estos tipos penales representan de forma inmejorable la reflexión y el cuidado que debe poner el legislador a la hora de elaborar las leyes, de tal forma que exista coherencia y armonía entre los artículos que las componen, es decir, realmente suponen un ejemplo de pésima técnica legislativa y, por tanto, de cómo el legislador no debería llevar a cabo su labor. Como se ha expuesto, la simple inclusión del término “bienes muebles” en un precepto, cuando era totalmente innecesario, hace imposible encontrar una interpretación razonable de los delitos de malversación.

Afortunadamente, el legislador parece haber tomado la decisión de enmendar su error y la regulación contenida en el PCP supera la problemática expuesta en el epígrafe tercero de este trabajo y aparentemente no crea ninguna nueva. En consecuencia, el contenido del PCP en lo tocante al delito de malversación merece de manera global una valoración positiva, no estando exenta, sin embargo, de algunos aspectos susceptibles de mejora.

Tal y como se ha expuesto a lo largo del trabajo, la principal modificación contenida en el PCP, y que parece acertada, consiste en configurar la malversación como una forma de administración desleal y de apropiación indebida del patrimonio público. De hecho, ha sido la modificación de la regulación de estos delitos, eliminado su solapamiento y, en consecuencia, el conflicto que se planteaba entre ambos, lo que ha llevado al legislador a revisar los delitos de malversación. Haber referenciado los delitos de malversación a los delitos de apropiación indebida y administración desleal sin haber practicado los cambios que se llevan a cabo en la reforma hubiera sido imposible.

⁹¹ L. ROCA AGAPITO, “Alzamiento de bienes...”, op. cit., pág. 742.

Ahora bien, la redacción actual también adolece, a mi juicio, de algunos errores, unos de técnica legislativa, y otros de política criminal. En primer lugar, el legislador ha suprimido la expresión “caudales o efectos públicos” por la de “patrimonio público”. Aunque la modificación tiene sentido para dar cabida dentro del objeto material del delito a los bienes inmuebles en los casos de administración desleal del patrimonio público, el legislador olvida que no existe una definición de “patrimonio público” a efectos penales y que, por tanto, es necesario acudir a la definición que da el Derecho Administrativo del concepto en cuestión. Esto, como se ha explicado en el epígrafe 4.1.1, representa un problema puesto que a efectos administrativos, lo que se englobaría dentro de la categoría de “caudales públicos” quedaría fuera del objeto material del delito de malversación. En consecuencia, se hace estrictamente necesario algún tipo de aclaración por parte del legislador, siendo quizás lo más conveniente introducir una definición de patrimonio público de forma similar a lo que se hace con el concepto de funcionario público.

Por otro lado, el tipo atenuado previsto en art. 433 PCP aparece falto de cierta coherencia porque establece una cuantía de 4.000 € a partir de la cual no se podría apreciar y, sin embargo, la cuantía fijada a los mismos efectos en los tipos a los que se remite el art. 432 PCP es de 1.000 €. Además, y en términos de política criminal, la pena asociada a este tipo atenuado parece benigna, especialmente, si se compara con la pena establecida para otros delitos, como el hurto. Finalmente, conviene apuntar que el legislador en el paso del APC al PCP eliminó la necesidad de que el perjuicio causado fuese de escasa gravedad, entendiendo que al incluir la cuantía de 4.000 € como límite para aplicar el tipo atenuado, esto ya no era necesario. Pues bien, como ya se ha puesto de manifiesto, quizás sería conveniente recuperar dicho requisito en la medida en que existen supuestos donde por el reducido presupuesto manejado, una malversación inferior a 4.000 € puede originar un perjuicio que no sea de escasa gravedad.

Otro aspecto relacionado con la política criminal es la introducción de una atenuante específica para aquellos casos en los que el funcionario malversador colabore con la justicia o en los que proceda a reparar el daño causado de forma íntegra. Esta decisión del legislador parece discutible porque su valor añadido es ínfimo y, sin embargo, permite rebajar la pena en uno o dos grados aún concurriendo alguna circunstancia agravante. En cualquier caso, el hecho de que comportamientos posdelictivos positivos

den derecho a reducciones en las penas es una clara decisión de política criminal y en consecuencia, se puede estar de acuerdo o no. Ahora bien, a mi juicio, la clave se vuelve a encontrar en la coherencia del sistema. Por qué se prevé esta posibilidad para los delitos de malversación y no para otros delitos en los que tampoco medie violencia o intimidación. Realmente, la diferencia entre la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena y la aplicación de esta atenuante específica es mínima, pero el problema es que esa pequeña diferencia sólo beneficia a aquellos que cometen los delitos.

Finalmente, en relación con la malversación impropia, el legislador ha optado por añadir un nuevo supuesto a los tres que ya existían y no modificar el resto, manteniendo, por lo tanto, como malversación conductas llevadas a cabo por personas que no son funcionarios públicos sobre bienes privados. En consecuencia, el legislador habría desaprovechado la oportunidad que le brindaba esta reforma para trasladar este tipo de conductas al lugar que por su naturaleza les correspondería: la sección dedicada a la frustración de la ejecución y la dedicada a las insolvencias punibles. A mayor abundamiento, no sólo ha desaprovechado esta oportunidad, sino que ha creado un problema de solapamiento entre los arts. 435.3 y 258 bis PCP debido a la introducción de este último.

En resumen, la reforma relativa a los delitos de malversación se valora positivamente porque se superan los graves problemas que la anterior regulación originaba, pero el legislador debería aprovechar que el PCP se encuentra en fase de tramitación parlamentaria para revisar algunas lagunas o fallos técnicos, así como para reflexionar sobre algunas decisiones de política criminal que pueden ser vistas como condescendientes hacia los funcionarios malversadores.

6. BIBLIOGRAFÍA

CASTRO MORENO, A., “Título XIX, Capítulo VII: De la Malversación”, en Gómez Tomillo (Coord), *Comentarios al Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 1606 y sigs.

CASTRO MORENO, A., GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado”, en Álvarez García, F.J. (Dir) y Dopico Gómez-Aller, J. (Coord), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 765 y sigs.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “La malversación por aplicación privada de bienes muebles o inmuebles de organismos públicos (art. 434 CP). Un tipo desafortunado”, en Arroyo Zapatero, L.A. y Berdugo Gómez de la Torre, I. (Coords), Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam, vol. 2, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, págs. 79 y sigs.

ESPAÑA. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal”, Madrid, 2013. Disponible en: http://www.fiscal.es/Documentos/Documentos-del-Consejo-Fiscal.html?buscador=1&c=Page&cid=1242052647004&ckConsultas=1&codigo=FGE_&newPagina=7&numelempag=5&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_pintarDocumentos. (Accedido febrero 2014)

ESPAÑA. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, “Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.”, Madrid, 2013. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF. (Accedido febrero 2014)

ESPAÑA. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, Madrid, 2013. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995_de_23_de_noviembre_del_Codigo_Pe

nal. (Accedido febrero 2014)

ESPAÑA. CONSEJO DE ESTADO, “Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, Madrid, 2013. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358>. (Accedido febrero 2014)

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 sigs.

GÓMEZ LANZ, J., *La interpretación de la expresión “en perjuicio de” en el Código Penal*, Dykinson, Madrid, 2006.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 1032 y sigs.

NIETO MARTÍN, A., “Administración Desleal”, en Álvarez García, F.J. (Dir) y Dopico Gómez-Aller, J. (Coord), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 787 y sigs.

OBREGÓN GARCÍA, A., GÓMEZ LANZ, J., *Derecho penal: parte general: elementos básicos de teoría del delito*, Tecnos, Madrid, 2012.

POZUELO PÉREZ, L., “Malversación”, en Molina Fernández, F. (Coord), *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2011, págs. 1443 y sigs.

ROCA AGAPITO, L., “Alzamiento de bienes. Rúbrica del Capítulo VII del Título XIII del Libro II”, en Álvarez García, F.J. (Dir) y Dopico Gómez-Aller, J. (Coord), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 735 y sigs.

ROCA AGAPITO, L., “Delitos de Malversación: Arts. 432 y ss.”, en Álvarez García, F.J. (Dir) y Dopico Gómez-Aller, J. (Coord), *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 921 y sigs.

RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G., GABRIEL RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, J., COLINA OQUENDO, P., *Código penal: concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, Collado Mediano (Madrid), 2011, págs. 1251 y sigs.

ROLDÁN BARBERO, H., *El delito de malversación*, Instituto andaluz de administración pública, Sevilla, 1996.

7. ANEXOS

7.1 Resoluciones judiciales consultadas y citadas

Las referencias corresponden a la base de datos confeccionada por la Editorial Aranzadi

Resolución	Órgano	Fecha	Referencia
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	17-03-2010	RJ 2010/2423
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	23-12-2009	RJ 2010/320
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	22-05-2008	RJ 2008/4175
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	15-02-2007	RJ 2007/3845
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	17-07-2006	RJ 2006/7697
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	21-07-2005	RJ 2005/6729
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	11-07-2005	RJ 2005/5418
Sentencia	Sección 3ª Audiencia Provincial de Badajoz	23-03-2004	JUR 2004/135354
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	11-06-2002	RJ 2002/6817
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	23-07-2001	RJ 2001/6507
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	07-02-2000	RJ 2000/933
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	03-01-2000	RJ 2001/394
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	11-10-1999	RJ 1999/7027
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	17-12-1998	RJ 1998/10320
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	29-07-1998	RJ 1998/5855
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	20-07-1998	RJ 1998/5855
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	10-05-1998	RJ 1999/4971
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	18-02-1998	RJ 1998/1171
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	15-02-1998	RJ 1998/957
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	22-05-1997	RJ 1997/4453
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	22-03-1997	RJ 1997/2267
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	24-10-1996	RJ 1996/ 7840
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	09-02-1996	RJ 1996/1047
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	07-02-1994	RJ 1994/1272
Sentencia	Sala 2ª Tribunal Supremo	19-02-1979	RJ 1979/691

