

El delito de malversación en la Administración pública

MARÍA LOURDES SOTO RODRÍGUEZ
Abogada. Fiscal sustituta de Pontevedra

Resumen: *El delito de malversación de caudales públicos se caracteriza por un quebrantamiento del vínculo de confianza existente entre el autor del delito y la cosa confiada. En dicho delito el sujeto activo debe ostentar la calidad de funcionario y es necesario que los caudales o efectos públicos estén a su cargo o a su disposición y que, con ánimo de lucro, se hayan apropiado de ellos, o permitido que un tercero los sustraiga y siempre con voluntad de no restituirlos.*

Palabras clave: *Funcionario, autoridad, efectos o caudales públicos, custodia, confianza, sustraer, distraer, desviar.*

Abstract: *The crime of embezzlement of public flows is characterized by a breaking of the link of existing confidence between the author of the crime and the trusting thing. In the above mentioned crime the active subject must show the civil servant's quality and it is necessary that the flows or public effects are to his post or to his disposition and, that, with spirit of profit, have appropriated of them, or allowed that a third party should remove them and always with will not to return them.*

Key words: *Officer, authority, purpose or public funds, custody, trust, subtract, distract, divert.*

Índice: *1. Malversación de caudales públicos. 1.1. Historia. 1.2. Concepto. 1.3. Regulación legal. 1.3.1. Malversación de caudales públicos. 1.3.2. Supuestos agravados. 1.3.2.a) Especial gravedad. 1.3.2.b) Afectación a servicios públicos. 1.3.2.c) De valor histórico. 1.3.2.d) A aliviar calamidades públicas. 1.3.3. Supuestos atenuados. 2. Destino a usos ajenos de los caudales públicos. 3. Malversación por aplicación privada de los bienes públicos. 4. Malversación impropia. 5. Conclusiones.*

1 Malversación de caudales públicos

1.1 Historia

El delito de malversación aparece ya en el Derecho romano, denominándose «peculatus», figura que comprendía la sustracción de cosas muebles pertenecientes al Estado. La regulación más completa de este delito se alcanza en una ley de Julio César llamada «De Peculato», en la que se recogieron las diversas modalidades del mismo que habían ido surgiendo con el paso del tiempo, contraponiéndose al peculado propiamente dicho —es decir, la sustracción de los caudales del erario por las personas encargadas de su manejo— el denominado «crimen de résiduis », forma impropia de peculado, que castigaban al que retenía el dinero público para usos distintos de los que en cada caso le eran propios.

Las dos modalidades del peculado fueron recogidas por nuestra legislación de Partidas (Partida VII, Título XIV, Ley 14) y posteriormente por la Novísima Recopilación (Libro XII, Título XV, Ley 7). El Código Penal de 1822 redujo por primera vez la penalidad de la figura más grave de la malversación de caudales públicos a privación de libertad, si bien se aplicaron conjuntamente las de multa y declaración de infamia, imponiendo además la restitución de lo malversado (arts. 464 y 465). El Código Penal de 1848 reguló ya estos delitos en forma parecida a los demás Códigos que le siguieron, siendo el Código Penal de 1870 el que definió el contexto que actualmente presenta el Capítulo X del Título VII.

1.2 Concepto

Infracción penal que consiste en sustraer, o consentir la sustracción, o dar un uso distinto a su destino público, caudales o efectos públicos que la autoridad o funcionario público tenga encomendados por razón de su cargo. También pueden cometer esta infracción los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos, y los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares. En el código penal español se trata en el Capítulo VII del Título XIX de los delitos contra la administración pública. Con este tipo de delitos se trata de evitar cualquier ataque no solamente al patrimonio público sino sobre todo se protege el correcto funcionamiento de esa actividad patrimonial y, desde luego, la propia fidelidad de los funcionarios públicos que son los realmente encargados de velar por ello.

El delito de malversación de caudales públicos presenta un doble aspecto: de un lado, un quebrantamiento del deber de integridad del funcionario público para con el Estado, en el tema relativo a la custodia y gestión de los caudales públicos. Y, de otro lado, un perjuicio o lesión a los intereses patrimoniales del «Estado, la provincia, el municipio y, en general, de los entes públicos, tengan o no autonomía administrativa». El título VII de la Constitución protege los intereses económicos estatales y reprime tanto la de actos de perturbación a la Hacienda Pública por los particulares como la lesión de esos intereses económicos por sus mismos funcionarios¹.

1 MESTRE DELGADO, Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Colex 2011, pág. 652.



1.3 Regulación legal

1.3.1 Malversación de caudales públicos

El delito de malversación de caudales públicos se haya comprendido en el Título XIX —«De los delitos contra la Administración Pública»—, y se caracteriza por el quebrantamiento del deber de fidelidad e integridad del funcionario público para con el Estado, mientras que específicamente se caracteriza, diferenciándose así de los demás delitos incluidos en los restantes Capítulos del mencionado Título, en que aquel quebrantamiento de los deberes afectantes al funcionario público se traducen en una lesión o perjuicio para los intereses patrimoniales del Estado.

El artículo 432.1 del Código Penal vigente castiga a “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”.

Son elementos necesarios para que dicho delito se lleve a cabo los siguientes:

- a) **Sustracción**²: sustraer es quitar los caudales apartándolos de su destino o desviándolos para hacerlos propios. El verbo típico es «sustraer», el cual ha merecido diversas traducciones jurisprudenciales, coincidentes en esencia, si bien la más comúnmente aceptada sea la de apropiación definitiva de los caudales o efectos públicos de que se trate (sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1965, R. 3.622; 15 de enero de 1974, R. 207; y 29 de septiembre de 1978, R. 2.947).

Con relación a esta modalidad delictiva, y a la luz de la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, deben tenerse presentes las siguientes consideraciones:

- 1º Que el delito es eminentemente intencional, pero es, por el contrario, irrelevante el móvil que pudiera inspirarle (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1973, R. 1.653).
- 2º Que es indiferente la trayectoria posterior que siguen las cosas malversadas (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1973, más arriba mencionada).

Así, el reintegro posterior de los caudales o efectos públicos sustraídos no hace desaparecer ni atenúa el delito de malversación cometida, influyendo únicamente sobre la responsabilidad civil (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2003, 19 de mayo de 2004, 11 marzo de 2009 y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 2 de julio de 2009) y que es, asimismo, irrelevante el medio a través del cual se lleve a cabo la sustracción.

2 ZABALEGUI, MUÑOZ, “La malversación de caudales públicos” en Cuadernos de Derecho Judicial IV, 1994. Asimismo, Sentencia 18 febrero 2003. Debe entenderse el sustraer en un sentido amplio, es decir, separar, extraer, quitar, despojar los caudales apartándolos de su destino o de las necesidades del servicio público pero para hacerlos propios.

Otras traducciones son las siguientes: «retener» (STS de 22 de julio de 1938 (R. 108 y 6 de mayo de 1944 R. 630); «separar», «extraer», «quitar» o «despojar» (STS de 22 de julio de 1939, ya citada, y de 10 de abril de 1973, R. 1.653); «apoderarse» (STS de 7 de febrero de 1962); «hacerlos suyos» (STS del 5 de enero de 1974, R. 207) y «apartar de su destino», «desviar del servicio» (STS de 9 de diciembre de 1978; R. 738).

En la doctrina MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, 12ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 966-973. En el mismo sentido Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1928.



- b) **De caudales públicos**³: caudal es todo aquello que resulte y se pueda evaluar económicamente.

Efectos públicos son todos aquellos efectos que pertenecen a la Administración. Son por tanto bienes de cualquier clase, y habiendo precisado la doctrina legal de nuestro más Alto Tribunal que, por «caudales» debe entenderse cualesquiera clase de bienes susceptibles de embargo y representativos de algún valor (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1890, 17 de mayo de 1909, 6 de junio de 1962 y 28 de abril de 1966, y más recientemente la de 5 febrero de 2008).

Por lo que respecta al carácter público de tales caudales o efectos se determina por la especial naturaleza pública del titular del patrimonio del que aquéllos forman parte.

- c) **Ánimo de lucro**⁴: es decir, incorporación de los bienes de la Administración al patrimonio propio o de un tercero. No es necesario que se produzca un enriquecimiento en el patrimonio del funcionario sino que es suficiente con que el funcionario haya querido tener los objetos.
- d) **Dolo**: a sabiendas, conocedor de su deber de custodia de dichos efectos públicos y la ilicitud de la acción de sustraer, de desviar. Es totalmente indiferente que la sustracción de caudales o efectos públicos produzca o no daño o entorpecimiento a la causa pública, pues el tipo no contempla normativamente tal circunstancia (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1974).
- e) **Consumación**: en el momento en que pasan a disposición del autor o un tercero los caudales públicos. ¿Qué ocurre si la realización de tal conducta es hecha por un tercero que es ajeno a la función pública pero que participa en la ejecución de los hechos de acuerdo con la autoridad o funcionario? Pues que dicha sustracción la estaría cometiendo pero en calidad de inductor o cooperador necesario⁵. La tentativa también tiene cabida, y se produce cuando se detecta la sustracción antes de que el sujeto pueda disponer de los caudales públicos.

Decir que es irrelevante el medio a través del cual se lleve a cabo la sustracción (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1896 y 10 de abril de 1963). A este respecto señala Rodríguez Devesa que «puede ocurrir que el funcionario tenga la llave, de manera que no necesite emplear fuerza; que los acabe de retirar de un Banco, v. gr. para pagar una nómina, que los tenga físicamente en sus manos o a su alcance y sean precisas manipulaciones en documentos para desviar los caudales de su camino a las arcas del Estado, que tenga que acudir a la fuerza para violentar la caja en que

-
- 3 Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1973 (R. 1.629) declaró que debe entenderse por fondos públicos «los del Estado y de los entes públicos, los de la Administración institucional, entidades públicas autónomas y los de cualquier persona cuyo patrimonio o funcionamiento venga fiscalizado públicamente en razón de la finalidad general que cumpla y la naturaleza de los bienes de que se nutra». Sentencia del Tribunal Supremo de 22 abril de 1996. Debe interpretarse el concepto de caudales públicos igualmente en un sentido amplio; por citar un ejemplo, un caudal público sería el tabaco decomisado, y una conducta delictiva sería el funcionario que habiendo aprehendido un alijo de tabaco de contrabando se queda con parte del mismo. Eso es caudal público desde que el tabaco es aprehendido. Más recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 febrero de 2008 declaró que caudales públicos son todos los que han llegado al poder del funcionario en ocasión de las funciones que, concreta u efectivamente, tengan a su cargo.
- 4 CASTRO MORENO, “La distinción entre las dos modalidades de malversación de uso: análisis crítico de los distintos criterios”, en AP, 2001; “la malversación de caudales públicos en el Código penal de 1995”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001, págs. 248 y ss. Y así lo viene a manifestar no considerando necesario un enriquecimiento personal.
- 5 Sentencia TS 9 enero 2006. La mayor parte de la jurisprudencia opina que la pena que debe imponerse a un tercero, un particular, debe ser menos grave que la que debe imponérsele a un funcionario.

se encuentran, o al engaño simulando firmas en un cheque para extraerlos. Lo que, en definitiva, importa es el resultado del desplazamiento patrimonial».

1.3.2 Supuestos agravados (art. 432.2 del Código Penal)

- 1.3.2.a) Especial gravedad: se ha de tener en cuenta el valor que tengan dichas cantidades sustraídas, y que tenga un valor elevado.
- 1.3.2.b) Daño o entorpecimiento al servicio público⁶. El daño ha de ser directo, es decir, derivado directamente del hecho en sí, de la aplicación indebida de los caudales o efectos públicos para usos propios.
- 1.3.3.c) Que afecte a cosas de valor histórico o artístico.
- 1.3.4.d) Que afecte a efectos destinados a aliviar alguna calamidad, es decir, aquellos efectos que sirven para paliar problemas causados por catástrofes naturales, como terremotos, inundaciones, sequías, etc.

1.3.3 Supuestos atenuados (art. 432.3 del Código Penal)

Tiene lugar cuando la sustracción no alcanza la cantidad de 4.000 euros. Si supera dicha cantidad estaríamos ante un delito de número 1 del artículo 432 y si fuera de especial gravedad en el número 2. Si por el contrario se tratase de cantidad que no pudiera determinarse se condenaría por el artículo 432.3 en aplicación del principio pro reo.

2 Destino a usos ajenos de los caudales públicos

Artículo 433 del Código Penal: “Se castiga a la autoridad o funcionario público que destinar a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a cargo por razón de sus funciones”.

Requisitos no exigidos:

- 1. No existe apropiación de los caudales públicos.
- 2. No se exige la producción de ningún resultado: la conducta consiste en destinar dichos efectos públicos a usos ajenos a su función.
- 3. No se exige ánimo de lucro para sí o para un tercero.

Supuesto agravado: “Si el culpable no reintegra el importe de lo sustraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso se le impondrán las penas del artículo anterior”⁷. Decir que la devolución de lo sustraído ha de ser total y no es válido reintegrar una parte del total sustraído.

6 *Dicho concepto debe ser interpretado, el del daño, en un sentido muy estricto sin que quepan interpretaciones extensivas y que puedan abarcar supuestos en los que la producción de daños en el servicio público se entremezclen con múltiples circunstancias y la acción ya no dependa de la voluntad del funcionario, debiendo ser por tanto un daño directo.*

7 Artículos 14 y 775 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El proceso se inicia con la primera actuación del Juez de Instrucción por lo que los diez días siguientes son computables a partir de esa primera actuación del órgano instructor.



3 Malversación por aplicación privada de los bienes públicos

En dicho supuesto existe claramente un uso ajeno a lo que es la función pública pero no hay distracción por la autoridad o funcionario público de los efectos o caudales públicos.

Dispone así el artículo 434 del Código Penal que “la autoridad o funcionario público, que con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública diera 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”.

Requisitos: Son requisitos necesarios para que se produzca dicha conducta delictiva los siguientes:

1. Aplicación privada por la autoridad o funcionario público de bienes muebles o inmuebles pertenecientes a organismos de la administración pública.
2. Ánimo de lucro propio o ajeno.
3. Perjuicio para la causa pública y ha de ser grave⁸.

4 Malversación impropia (art. 435 del Código Penal)

En esta modalidad las conductas cometidas por los particulares se castigan con la misma pena que las llevadas por la autoridad o funcionario público. Son extensivas a:

1. Los que tengan a su cargo fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas.
2. Los particulares depositarios de caudales o efectos públicos designados por ley.
3. Los Administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares⁹.

Requisitos:

1. Existencia de un procedimiento judicial o administrativo.
2. Existencia de un embargo, secuestro o depósito de bienes de una persona física o jurídica y que haya sido acordada por la autoridad competente.
3. Entrega de los bienes al depositario.

8 PAVIA CARDELL, J., en “Responsabilidad penal del particular por uso indebido de bienes públicos” (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24-10-1996 en el caso guerra por la utilización de un despacho), AP, 1997-1, XXV, 1997, págs 461-477. Una gran parte de la doctrina opina que no se comete delito cuando la autoridad o funcionario usa su despacho oficial para preparar opositores. Esto no constituye delito pero sin embargo puede ser susceptible de ser reprochable administrativamente. GARCIA VALDÉS, Derecho Penal Práctico. Parte Especial, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

9 ROCA AGAPITO, en “Los delitos de malversación de caudales públicos”, Barcelona, 1999, pág. 211 y ss., opina que puede nombrarse como depositario de inmuebles embargados al propio dueño de los mismos. El depositario no puede cambiar los bienes por otros aunque sean exactamente iguales. La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 diciembre de 2007 y de 29 de diciembre de 2009 señalan que este delito está construido sobre dos ficciones: la de que el administrador o depositario de los bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública se convierte por su nombramiento para dicho cargo en funcionario públicos y la de que dichos bienes se convierten en caudales públicos aunque pertenezcan a particulares.

4. Aceptación del depositario de sus deberes y que previamente haya sido informado de las consecuencias del incumplimiento de tales obligaciones.
5. Realización de actos de disposición por parte del depositario de los arts. 432 -434 del Código Penal.
6. No es necesario ánimo de lucro¹⁰.
7. No es necesario que se ocasione perjuicio.
8. Aceptación del depositario de su función¹¹. El depositario ha de aceptar su función aceptando la designación. Se le debe informar en qué consisten sus funciones y la falta de esa información puede llevar a que no se le puedan exigir responsabilidades.

No existe, en ningún caso, modalidad leve de estos delitos, que se sancione como falta en el Libro III del Código Penal.

5 Conclusiones

La experiencia demuestra que muchas de las causas de la corrupción en los países industrializados y en vías de desarrollo deben buscarse en los errores institucionales de la administración pública. En efecto, si se pretende impedir que se difunda la corrupción y si se desea combatirla eficazmente, es preciso impulsar una reforma básica de la administración pública, eliminando las fallas institucionales que conducen a la corrupción reformando el sector público y la Administración Pública para así aminorar el gran número de requisitos innecesarios que se exigen, eliminando así las burocracias y logrando una simplificación de los trámites.

Pese al volumen de figuras delictivas que se contienen en el Título XX del Libro II del Código Penal y la aparente necesidad de su regulación para combatir la corrupción de la actividad administrativa, las estadísticas judiciales demuestran que estos delitos son de muy escasa práctica. Así, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2010 refleja como cifra global la cantidad de 4.054.306 diligencias previas de las cuales tan sólo son de delitos de malversación de caudales públicos la cantidad de 145.

Bibliografía

CASTRO MORENO, "La distinción entre las dos modalidades de malversación de uso: análisis crítico de los distintos criterios, en AP, 2001; la malversación de caudales públicos en el código penal de 1995 ", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001.

GARCIA VALDÉS, Derecho Penal Práctico. Parte Especial, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de julio ("caso Marey") y 17 diciembre de 1998, que afirman que el requisito de ánimo de lucro comprende, en sentido amplio, la intención del sujeto de obtener "cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que pueda recibir el propio autor del delito o un tercero".

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 enero 1986. El depositario se equipara al funcionario público y los bienes embargados a los caudales públicos. Se hace necesaria la aceptación de la condición de funcionario, pues un eventual incumplimiento de algunos de sus deberes conlleva responsabilidad penal.

MESTRE DELGADO, Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Colex, 2011.

MIR PUIG, Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, 12ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

PAVIA CARDELL, "Responsabilidad penal del particular por uso indebido de bienes públicos" (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24-10-1996 en el caso guerra por la utilización de un despacho), AP, 1997-1, XXV, 1997.

ROCA AGAPITO, Los delitos de malversación de caudales públicos, Barcelona, 1999.

SUAREZ MONTES, "El delito de Malversación de caudales públicos" en RGLJ, 1966.

ZABALEGUI, MUÑOZ, "La malversación de caudales públicos" en Cuadernos de Derecho Judicial IV, 1994.

