



Los delitos de malversación

Ana M. Garrocho Salcedo*

Universidad Carlos III de Madrid

ana.garrocho@uc3m.es

Resumen

Los delitos de malversación de causales y fondos públicos representan una de las modalidades delictivas vinculadas al fenómeno de la corrupción en el ámbito del sector público, que tiene repercusiones indiscutibles desde antiguo en el menoscabo del patrimonio público y en la confianza depositada en los gestores de los caudales y efectos adscritos al patrimonio estatal. De acuerdo con la Memoria 2013 de la Fiscalía General del Estado, las sentencias dictadas por delitos relativos a la corrupción se incrementaron en un 151% en los últimos 3 años, representando la prevaricación administrativa un 44% del total y la malversación un 39%.

Palabras clave

Delitos contra la Administración Pública y contra el patrimonio adscrito al Estado, malversación de caudales públicos, corrupción, delito especial impropio, funcionarios, malversación impropia.

Embezzlement of public funds

Abstract

The offences of embezzlement of public funds are one of the crimes linked to the phenomenon of corruption in the field of public sector, which has undeniable repercussions from the olden days, damaging public assets and the general trust in public officers and managers who have -due to their duties- to take care of funds and effects ascribed to State assets. According to the Report of the Attorney General's Office in 2013, convictions for crimes relating to corruption increased by 151% in the last 3 years, representing 44% misconduct of public officers and embezzlement of public funds 39% of the total one.

Keywords

Crimes against the Public Administration and its funds assigned to the State, embezzlement of public funds, corruption, improper special crime, public officers, improper embezzlement.

* Profesora Ayudante de Derecho penal de la Universidad Carlos III de Madrid. Departamento de Derecho penal, procesal e Historia del Derecho.

Los delitos de malversación (arts. 432-435 CP) se ubican en el Título XIX entre los delitos contra la Administración Pública, concretamente en el Capítulo VII sobre la malversación. Estos delitos aluden a conductas de disposición o uso ilícito del patrimonio adscrito a la Administración pública por parte de funcionarios públicos y ciertos particulares que los tengan a su cargo. Con estas conductas se menoscaba el patrimonio del Estado y se lesiona la confianza depositada en aquellas personas que, bien por razón de su cargo, bien por su inmediata relación con el patrimonio público se apropien de ellos o los destinen a fines privados¹ (STS de 10 octubre 1989; STS 1486/1998, de 26 de noviembre; STS 1875/2000, de 1 de diciembre; STS 927/2003, de 23 junio; STS 986/2005, de 21 de julio; STS 44/2008, de 5 febrero), justificándose así su diferenciación con respecto a otras infracciones de contenido patrimonial presentes en el ordenamiento jurídico-penal como el hurto, el robo, la estafa o la apropiación indebida.

Existen dos modalidades distintas de malversación: la de sustracción o apropiación del art. 432 CP y la llamada “malversación de uso” de los arts. 433 y 434 CP. Todas ellas sancionan su comisión dolosa, sin especial previsión de sanción de su comisión imprudente. En todo caso los delitos de malversación conforman un delito especial impropio –salvedad hecha del art 435 CP que regula la denominada “malversación impropia”- teniendo su correlativo en el delito de apropiación indebida (art 252 CP) allí donde el sujeto activo no sea funcionario público².

El objeto material en los delitos de malversación es siempre el *patrimonio adscrito al Estado* (CCAA, Entes Locales, Institutos autónomos o el patrimonio depositado por particulares en Entidades Públicas (STS 874/2006, de 18 de septiembre). Los fondos reservados del Estado son igualmente un eventual objeto material del delito, puesto que, a pesar de que su finalidad puede ser decidida discrecionalmente por los Ministerios de Asuntos Exteriores y Cooperación, Defensa, Interior y por el Centro Nacional de Inteligencia dependiente del Ministerio de la Presidencia (art. 4 Ley 11/1995, de 11 de mayo reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados), y de que como tal no hayan de ser justificados en cuanto a su aplicación concreta, atendiendo al secreto del fin o las actividades a las que se hallan destinados, ello no impide que cuando se acredite un uso desviado de ese fin, el hecho pueda ser constitutivo del delito de malversación de caudales públicos (STS 2/1998, de 29 de Julio, caso Segundo Marey- GAL). En este caso quedó acreditado que dinero procedente de los fondos reservados, concretamente un millón de francos franceses fue extraído de las arcas públicas para destinarlo a la financiación del secuestro del Sr. Marey.

El patrimonio adscrito al Estado -que conforma el objeto material del delito- se enuncia en los distintos tipos penales como *caudales o efectos públicos, cosas,*

¹ Existe una posición minoritaria en la doctrina que estima que el bien jurídico protegido en los delitos de malversación es el patrimonio del Estado; así, por ejemplo, Castro Moreno (2001: 54-55); la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia suele conceder un carácter pluriofensivo a los delitos de malversación, destacando que la comisión de dichos delitos lesiona, por un lado, el patrimonio del Estado, y, por otro, el correcto funcionamiento de la Administración Pública en la gestión del patrimonio adscrito a esta, o la confianza depositada en el sujeto para la custodia y gestión de los caudales públicos. Cfr. *in extenso*, Roca Agapito (2013: 496).

² En sentido contrario, véase la posición minoritaria de Roca Agapito (2013: 500), estimando que “se trata de un delito especial propio pues la condición especial del sujeto activo, que no se trata de cualquier funcionario o autoridad pública, sino de aquel que *tenga a su cargo por razón de sus funciones* los caudales públicos, no es simplemente un elemento del tipo de injusto (como pudiera ser la apropiación indebida), sino que precisamente forma parte de la esencial del tipo de injusto de la malversación”. *Cursiva en el original.*

bienes muebles o inmuebles, dinero, fondos, bienes y rentas, bastando que tales efectos se hallen en el circuito público afectos a una determinada finalidad, aunque el Estado no ostente la titularidad sobre los mismos (STS 163/2004, de 16 de marzo).

1. La malversación apropiatoria (art. 432 del CP)

La malversación apropiatoria alude a conductas de incorporación patrimonial definitiva de los caudales o efectos públicos mediando ánimo de lucro por parte de una autoridad o funcionario público que los tenga a su cargo en razón de sus funciones. El tipo penal menciona concretamente una conducta de *sustracción* que no resulta del todo adecuada, puesto que los caudales públicos se encuentran efectivamente en posesión del funcionario o autoridad pública en razón del cargo, y éste en consecuencia no debe sustraerlos sino tan solo disponer de ellos (Roca Agapito, 2013: 512-513).

Asimismo se sanciona con idéntica penalidad la modalidad omisiva de apropiación de caudales públicos, en los casos en los que el funcionario público consienta la sustracción o apropiación de caudales públicos por un tercero con ánimo de lucro, configurándose así un tipo de comisión por omisión expresamente sancionada en el 432 CP, por el cual el funcionario omitente responde a título de autoría, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda al tercero sustractor. El término “consentir” evoca en buena medida la existencia de un deber especial de evitación de tales conductas, a quienes el ordenamiento jurídico ha colocado en una posición especial respecto a la protección del bien jurídico protegido, que, en este caso, es el patrimonio público. De ese modo, la infracción del deber de protección del patrimonio por parte de quien ha asumido dicha función, justifica la equiparación normativa de su conducta con la conducta positiva de apropiación de caudales públicos del tercero (Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 2002: 183-184).

Con respecto a la tipicidad subjetiva de la malversación apropiatoria (432 CP) simplemente indicar que esta exige el dolo de apropiación del autor junto a un elemento subjetivo específico del injusto referido a la existencia de ánimo de lucro. Ello alude a que el autor debe tener el ánimo de haber los causales o efectos públicos como propios (*animus rem sibi habendi*), lo cual difiere del tipo subjetivo de la malversación de uso (433 CP), pues en esta última el autor simplemente pretende usar temporalmente los fondos o caudales públicos.

La tenencia de los caudales públicos del funcionario “por razón de sus funciones” es interpretada por la Jurisprudencia en sentido amplio, abarcando tanto aquellos supuestos en los que al funcionario le está atribuida la tenencia directa y material de los caudales públicos -competencia específica-, como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición material, de hecho, sobre los mismos (STS de 29 febrero 1988; STS 779/1998, de 5 de junio; STS núm. 1875/2000, de 1 de diciembre; STS núm. 163/2004, de 16 marzo; STS núm. 211/2006, de 2 de marzo). A *contrario sensu*, la doctrina mayoritaria (Roca Agapito, 1999: 156-164; Castro Moreno, 2001: 83 ss.; Morales Prats y Morales García, 2011: 1274; Orts Berenguer, 2008: 675-676 y Muñoz Conde, 2013: 943.) entiende que la tenencia de los fondos públicos “por razón de sus funciones” debe interpretarse de forma restrictiva, en el sentido de ostentar una competencia o vinculación *específica* de custodia o administración de los caudales públicos en virtud de su cargo.



En cuanto al *momento* a partir del cual pueden considerarse los caudales como “públicos”, la doctrina mayoritaria y jurisprudencia no exigen el ingreso efectivo o contable en las arcas del ente público, bastando la constancia de un derecho expectante a su recepción por parte de aquél, entendiéndose que el nacimiento de la expectativa se produce en el momento de la *recepción* de los caudales por la autoridad o funcionario, aunque no haya todavía una incorporación efectiva del fondo a las arcas públicas³. El fundamento de esta interpretación se encuentra en que no sería lógico dejar a arbitrio del sujeto responsable la calificación de los bienes como caudal público por el simple mecanismo de evitar el ingreso efectivo o la contabilización real de los mismos (STS 163/2004, de 16 de marzo).

La pena prevista para el delito de malversación apropiatoria es de prisión de 3 a 6 años y de inhabilitación absoluta de 6 a 10 años.

Subtipos agravados (432.2 CP)

Asimismo el 432.2 CP contiene tres subtipos agravados: i) cuando la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público; ii) cuando el objeto malversado hubiera sido declarado de interés histórico o artístico; y iii) cuando los fondos estuvieran destinados a aliviar alguna calamidad pública. La penalidad prevista en estos supuestos es prisión de 4 a 8 años e inhabilitación absoluta de 10 a 20 años.

En relación al primero de ellos, esto es: “especial gravedad” de la malversación, la jurisprudencia propone una interpretación restrictiva (STS 2730/1993, de 24 de noviembre; STS 180/1998, de 10 febrero). El tipo penal fija un criterio rector para fundamentar el especial desvalor de la conducta, referido a la *cantidad* de lo malversado y al *daño o entorpecimiento* al servicio público producido, que no se cifra necesariamente en un daño puramente patrimonial (STS 180/1998, de 10 febrero; STS 44/2008, de 5 febrero).

Tal y como recuerda la STS 784/2012, de 5 de octubre (Caso Limusa) la aplicación del subtipo agravado del art. 432.2 CP requiere que “se ponderen conjuntamente los dos elementos que especifica el precepto: el valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento producido al servicio público” (véase constante jurisprudencia, SSTS 616/2002, de 13 de abril; 381/2007, 24 de abril; 1094/2011, de 27 de octubre; 429/2012, de 21 de mayo). Así, pues, han de computarse y darse ambos factores. No obstante, cuando la cuantía es muy elevada, se considera que la concurrencia de ese primer elemento ya entraña la concurrencia del segundo elemento mencionado. Con respecto al valor de la cuantía, el CP no fija un límite cuantitativo alguno, dejando discrecionalidad al Juez a la hora de valorar este extremo. No obstante, y a modo ejemplificativo, debe señalarse que la jurisprudencia ha entendido que el valor de las cantidades amerita la aplicación del subtipo agravado en cantidades que oscilaban entre los 5.544.206 ptas. -33.321 euros- (STS 1519/97, de 1 de diciembre); 43 millones de ptas. - 258.435 euros- (STS 722/97, de 22 de mayo); 99 millones de ptas. - 595.001 euros- (STS 771/99, de 10 de mayo); 71 millones de ptas. -426.718 euros- (STS 616/2002, de 13 de abril); 43 millones ptas. -258.435 euros- (STS 1615/2002, de 1 de octubre); 40 millones ptas. -240.404 euros- (STS 950/2003, de 1 de julio); 33 millones de ptas.

³ Por todos, Roca Agapito (2013: 508). Véase igualmente STS 1026/2009, de 16 octubre (caso Empresa Municipal de Servicios Funerarios de Madrid).

-198.333 euros- (STS 1706/2003, de 17 de diciembre); 65 millones de ptas.-390.657 euros (STS 44/2008, de 5 de febrero).

Con todo, en los supuestos de pequeñas cuantías, no concurrirá la especial gravedad. En los supuestos en los que la suma malversada sea una cantidad importante pero no muy cualificada, habrá que acudir al criterio fijado en el tipo penal, combinado la cuantía con la prueba del daño o entorpecimiento público (STS 2/1998, de 29 julio; STS 1074/2004, de 18 octubre).

Se considera que habrá *daño* cuando el servicio público se resienta en su prestigio o en su propia organización, y *entorpecimiento* en aquellos casos en los que se retrase o dificulte el servicio de la entidad pública (STS 2730/1993, de 24 de noviembre) exigiéndose, en todo caso, su prueba en el juicio (STS 337/1995, de 10 marzo).

En relación con el segundo de los supuestos agravados, esto es, cuando el objeto malversado haya sido “declarado de interés histórico o artístico”, hay que destacar que es necesario que concurra una previa declaración administrativa de dicha cualidad del objeto malversado. Exigencia legal de declaración expresa que difiere de otras infracciones patrimoniales del CP (hurto, estafa, apropiación indebida agravada 235.1, 250.5º, 253 *in fine* CP respectivamente), que si bien mantienen un supuesto agravado en razón de la cualidad del objeto material por ser de interés histórico, cultural, científico o artístico, no requieren la previa declaración formal de esa cualidad del objeto material del delito⁴.

Con respecto al tercer supuesto agravado, cuando el objeto malversado esté destinado al “alivio de una calamidad pública”, simplemente se debe resaltar que el fundamento de la agravación proviene de la especial lesividad que comportan las conductas de apropiación de caudales públicos cuando con ello se perjudique a personas o instituciones, potenciales destinatarias de esos fondos por haber sufrido los efectos de alguna calamidad, tales como derrumbamientos, terremotos, inundaciones, etc.⁵

Subtipo atenuado (432.3 CP)

Cuando el valor económico de lo sustraído sea inferior a 4.000 euros, se impondrá una pena cumulativa de multa de 2 a 4 meses, prisión de 6 meses a 3 años y suspensión de empleo y cargo público por tiempo de hasta 3 años.

2. Las malversaciones de distracción o de uso (arts. 433 y 434 CP)

El CP contempla dos modalidades de malversaciones de uso, que difieren de la malversación apropiatoria del art 432 CP por el ánimo del autor a la hora de proceder a la sustracción o distracción del patrimonio público. Así, cuando el ánimo del autor esté vertebrado por la apropiación definitiva del caudal público (*animus rem sibi habendi*) se estará ante la modalidad apropiatoria (432 CP), y cuando el ánimo sea de uso (*animus utendi*) temporal o transitorio será un supuesto de malversación de uso de los arts. 433-434 CP (STS (Sala de lo Penal) de 30 diciembre 1985; STS 786/1995, de 14 junio; STS 1292/2000 (Sala de lo Penal), de 10 julio; STS 990/2003, de 2 julio; STS 657/2004, de 19 mayo; STS 1544/2004, de 23 de diciembre; STS 497/2012, de 4 de junio; STS 914/2012, de 29 de noviembre).

⁴ En contra de esta exigencia formal, Roca Agapito (1999: 218-222); Castro Moreno (2001: 297-298).

⁵ Así, Roca Agapito (1999: 223); Castro Moreno (2001: 298).



La primera modalidad de malversación de uso se regula en el art 433.1 CP, y sanciona a *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* con una pena de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. En estos casos, el funcionario utiliza temporal o transitoriamente el patrimonio público con el propósito de devolverlo más tarde. No obstante, la aplicación del art 433 CP está condicionada a que el autor del delito destine *a usos ajenos a la función pública* los caudales o efectos puestos a su disposición por razón de sus funciones. Como recuerda la STS 914/2012, de 29 de noviembre, la modificación del destino de los caudales públicos es atípica desde el CP 95, por lo que el hecho de dar a los caudales públicos un fin público -aun cuando no fuese el que expresamente estuviese previsto en la correspondiente partida presupuestaria, o expresamente autorizado por la autoridad de la que en definitiva dependiesen los fondos- constituye una infracción administrativa de la que se pueden derivar responsabilidades disciplinarias y contables, pero dicha conducta no es subsumible en el tipo penal del art 433 del CP vigente.

Por su parte, el art. 433.2 CP establece un subtipo agravado en aquellos casos en los que el responsable no reintegre el *importe* de lo distraído dentro de los 10 primeros días desde que el responsable tiene conocimiento de la incoación del proceso penal (Castro Moreno, 2001: 340), imponiéndose en estos casos las penas previstas en el delito de malversación apropiatoria del 432 CP. La finalidad que subyace a esta agravación es la de incentivar al imputado para que realice una pronta restitución del *quantum* o importe distraído, beneficiándose así de una rebaja penológica notable⁶. No obstante, en los casos en los que quede probado un ánimo de apropiación definitiva, pese a haberse producido la devolución del importe sustraído, no cabrá aplicar el art 433 CP, sino el 432 CP (STS de 11 mayo 1990; STS de 20 de septiembre de 1990; STS 389/2000, de 14 marzo; STS 990/2003, de 2 julio). En estos casos, al igual que en aquellos en los que el reintegro se realice extemporáneamente, o se produzca tan sólo un *reintegro parcial* puede aplicarse la atenuante de “reparación del daño” prevista en el art. 21.5ª del CP, siempre que este se produzca antes de la celebración del juicio oral⁷.

La segunda modalidad de malversación de uso se prevé en el art 434 CP, sancionando a *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*, con una pena de prisión de 1 a 3 años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 3 a 6 años, con lo que la pena imponible en los supuestos típicos contemplados en el art. 434 CP reciben un tratamiento penológico mucho más benigno que los supuestos de malversación apropiatoria o de uso ajeno a la función pública sin reintegro.

La actual tipificación de las infracciones de los arts. 433 y 434 CP plantea serios problemas de delimitación, sobre todo por la similitud de las conductas típicas que recogen, pues “destinar a usos ajenos a la función pública” redundante en buena medida en “dar una aplicación privada” a los bienes de la Administración Pública y viceversa⁸. Para ello, la doctrina se ha esforzado en vislumbrar criterios unívocos de distinción, sobre la base de los distintos elementos típicos, a pesar de que el tenor

⁶ Por ejemplo, Castro Moreno (1999: 335); Ortiz de Urbina Gimeno (2007: 325).

⁷ Por ejemplo, Feijoo Sánchez, (1997: 1155).

⁸ Así, Castro Moreno (2001: 353).

literal del precepto en relación con las demás modalidades típicas de malversación dificulta enormemente la delimitación pretendida.

Algunos autores cifran la diferenciación entre el 433 y 434 CP en función del ánimo de lucro, presente en el 434 CP y ausente en el 433 CP y en la existencia de un grave perjuicio para la causa pública exigida en el 434 CP a diferencia del 433 CP (Muñoz Conde, 2013: 947-948; Orts, 2004: 680). Otros en la existencia de un traslado patrimonial del objeto en el 433 CP y su ausencia en los supuestos del 434 CP (Feijoo Sánchez, 1997: 1157), o en la exigencia de desplazamiento físico del bien en el 433 y no en el 434 CP junto con el grave perjuicio a la causa pública (Roca Agapito, 1999: 269-270, 339)⁹. Otros autores consideran que la distinción de estas infracciones se sitúa fundamentalmente en la conducta típica que describen, siendo el 433 CP un supuesto de mera “adjudicación” o “asignación” del bien público para un uso ajeno a la función pública, con independencia de quien sea el sujeto que finalmente lo utilice, mientras que en el 434 CP es el propio funcionario público quien material y personalmente lo utiliza (Castro Moreno, 2001: 374-375; 392-393).

A mi juicio es la conjunción del *uso del bien público sin conceder importancia al eventual reintegro* junto con la exigencia del *grave perjuicio para la causa pública*, lo que puede posibilitar la distinción entre ambas infracciones, por la especialidad que representa el 434 CP respecto a la malversación de uso contenida en el art. 433 CP. De ese modo, se estará ante un supuesto típico del 434 CP cuando un funcionario público utilice con fines privados un bien público, causando con ello un grave perjuicio a la causa pública, y siempre y cuando el reintegro del *quantum* malversado no añada nada a los efectos pretendidos, por ser el daño patrimonial un daño mediato e interpuesto a lo verdaderamente capital en estos supuestos: el grave perjuicio a la causa pública. Aquí la principal línea de ataque al bien jurídico se vierte sobre la función pública, lesionando a su vez el patrimonio del Estado, a diferencia del supuesto agravado de malversación apropiatoria (432.2) en los que el perjuicio patrimonial causa, a su vez, un daño o entorpecimiento al servicio público. Por ello, en los supuestos del 434 CP, el reintegro no sirve como razón suficiente para rebajar la pena, y de ahí que se excluya su mención en el 434 CP. A modo de ejemplo, piénsese, en el uso abusivo del teléfono para fines personales, colapsando los servicios telefónicos de urgencias médicas, o en la utilización por el anatomopatólogo de los microscopios de un Hospital público para labores de análisis de su consulta privada, causando con ello un grave retardo de los análisis de los pacientes de la Seguridad Social. En estos casos, el reintegro del *quantum* malversado no resta lesividad a la conducta, pues el injusto radica en el uso lucrativo del bien (mueble o inmueble) que lesiona o daña la causa pública de forma grave, y que se proyecta o se traduce, de forma yuxtapuesta y residual, en un menoscabo del patrimonio público.

3. La llamada “malversación impropia” (art. 435 CP)

En el art. 435 CP se establece la posibilidad de extender la responsabilidad penal por delitos de malversación a quienes, no siendo funcionarios, se encuentren en una posición idónea de lesionar el bien jurídico protegido, que como se enunció anteriormente redundaba en el patrimonio público y en la especial relación de confianza depositada en aquellas personas que tienen una vinculación con el mismo. Así, pues, la *ratio* del 435 CP es dar cobertura a una situación no infrecuente, en la que personal no funcionario desempeña funciones semejantes a aquellos, estando encargados de caudales o efectos públicos en pie de igualdad

⁹ Similar Morales Prats y Morales García (2011: 1285-1286).



con los funcionarios, justificándose así la extensión de la responsabilidad penal a determinados particulares.

El círculo de sujetos a los que se refiere el art. 435 CP son los siguientes:

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

En relación con el primer grupo de sujetos, estos deben tener una capacidad de disposición sobre ciertos fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas, en virtud de un nombramiento o designación por la autoridad administrativa correspondiente. Generalmente ello sucederá en casos de insuficiencia de medios, o por simple comodidad por parte de la Administración pública para gestionar los caudales públicos, y a tal efecto se entregan a particulares para que los gestionen o custodien (Roca Agapito, 2013: 537).

Con respecto a los “particulares depositarios de caudales o efectos públicos”, debe comprobarse la existencia de una constitución de un depósito por parte de la autoridad o funcionario que los tiene conferidos. En estos casos, la designación debe consignarse en una norma jurídica (Roca Agapito, 1999: 289; Morales Prats y Morales García, 2011: 1288-1289), por lo que cuando el particular solo tiene a su disposición los caudales *de facto* y sin depósito válidamente constituido sobre los bienes públicos, se estará ante un delito de apropiación indebida.

Con respecto al último grupo de sujetos, se contempla una infracción no contra la propiedad o el patrimonio del tercero, sino contra el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, partiendo de la doble ficción de asimilar a la condición de funcionario público al particular designado como depositario, y de atribuir el carácter de caudales públicos a bienes que no lo tienen (así, por ejemplo, STS 302/1993, 9 de febrero; STS 220/1999, 12 de febrero STS núm. 363/2009, de 2 abril; STS 375/2013, de 24 de abril). Como de esta doble asimilación se derivan graves consecuencias para el depositario, se exige que el sujeto preste un consentimiento informado para la aceptación del cargo (pues no es de obligada aceptación), que garantice que el sujeto conoce las obligaciones en las que incurre derivadas de la doble ficción de su condición de depositario (STS 375/2013, de 24 de abril). Este tipo de malversación impropia alude al denominado “quebrantamiento de depósito”, que puede entrar en concurso de leyes con el delito de alzamiento de bienes (art. 257 CP) que debe resolverse por consunción a favor del delito de malversación impropia (STS 24 de junio de 1997).

Los requisitos típicos que conforman de este subtipo tercero del art. 435 CP son los siguientes:

- a) La existencia de un embargo, secuestro o depósito de caudales o bienes, realizado por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares;
- b) La existencia de una persona designada depositaria de los bienes por la autoridad judicial, que adquiere por ello *ex lege*, el ejercicio de función pública, para cumplir su misión;

c) La aceptación del cargo por el depositario, con obligación de conservarlos a disposición del Juez, tras ser debidamente informada de su nombramiento y advertida de las obligaciones que contrae;

d) Un acto de disposición de los caudales, sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que acordó el embargo (cfr. STS 79/2007, de 7 febrero; STS 95/2007, de 15 febrero).

4. La discutible inclusión del art. 433 bis CP

A través de la LO 7/2012, de 27 de Diciembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de Transparencia y Lucha contra el Fraude Fiscal y en la Seguridad Social, se incluyó un nuevo precepto, el art. 433 bis CP, entre los delitos de malversación¹⁰. Sin embargo, el nuevo precepto incorporado no tiene nada que ver con los delitos de malversación sino que plantea un delito de falsedades contables en el ámbito público, que se trata de una réplica del delito societario de falsedades sociales ya existente en el art. 290 CP. Las conductas típicas, todas ellas dolosas, se refieren bien a *falsear* la contabilidad, los documentos o la información relevante que reflejen la situación económico financiera de la entidad pública (art. 433.1 bis CP), o bien en *facilitar información* mendaz a terceros sobre la situación económica de la misma (art. 433.2 bis CP), pudiéndose con ello causar de forma idónea un perjuicio económico para la entidad pública. Con ello se contempla así un delito de peligro, cuya pena es la inhabilitación especial para empleo y cargo público entre 1 a 10 años y adicionalmente una multa de 12 a 24 meses. Si llegase a causarse efectivamente dicho perjuicio económico (art. 433.3 bis CP, que conforma un delito de resultado), la norma prevé la imposición de una pena de prisión de 1 a 4 años, inhabilitación especial para empleo y cargo público de tres a diez años e idéntica pena de multa a la señala para el delito de previsto en los tipos 433.1 y 2 bis CP. El delito comentado plantea serios problemas de delimitación con el delito de falsedad documental de funcionarios previsto en el art 390 CP, en la medida que este tipo contempla un amplio abanico de falsedades documentales, incluida la falsedad ideológica de funcionarios, por lo que ciertamente parece poco probable que existan conductas falsarias no tipificadas en el art. 390 CP, que el propio art. 433 bis CP declara de aplicación preferente. El nuevo delito de falsedades de funcionario del art. 433 bis CP es una suerte de copia del art. 290 CP que contiene un delito societario que contempla un supuesto de falsedad ideológica ya prevista en el 390.4 CP por lo que su incorporación parece ciertamente innecesaria¹¹.

Bibliografía

- CASTRO MORENO, A. (2001), *La malversación de caudales en el Código penal de 1995*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. (2013), “Administración desleal de patrimonio público (malversación)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Estudios crítico sobre la reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. (1997), “Capítulo VII - De la malversación”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. (2013), “¿Qué queda de la reforma penal en materia de transparencia, acceso a la información y buen gobierno? Reflexiones sobre el texto del nuevo artículo 433 bis”, *La Ley*, Núm. 8020, pp. 1-10.

¹⁰ Sobre ello véase, Gutiérrez Rodríguez (2013: 1-10).

¹¹ En el mismo sentido, cfr. Muñoz Conde (2013: 949); Castro Moreno y Gutiérrez Rodríguez (2013: 784) y Gutiérrez Rodríguez (2013: 3).



- MORALES PRATS, F. Y MORALES GARCÍA, O. (2011), “De la Malversación”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código penal español*, Aranzadi, Cizur Menor.
- MUÑOZ CONDE, F. (2013), *Derecho penal, parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2011), “Delitos contra la Administración pública. Malversación”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona.
- ORTS BERENGUER, E. (2008), “Delitos contra la Administración pública. Malversación”, en VIVES ANTÓN, T. (dir.), *Derecho penal, parte especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- ROCA AGAPITO, L. (1999), *El delito de malversación de caudales públicos*, Bosch, Barcelona.
- ROCA AGAPITO, L. (2013), “Lección 14ª – Malversación”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte Especial*. Tirant Lo Blanch, Valencia.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2002), *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid.