

Sobre la reforma de los delitos de malversación en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 2013

CARLOS MIR PUIG

Prof. A. Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra de Barcelona
Magistrado especialista de Derecho penal

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto el estudio de la nueva regulación de los delitos de malversación efectuada en el Proyecto de Código Penal de 20 de setiembre de 2013, en relación a los artículos 432, 433, 434 y 435, dando también una nueva regulación del artículo 438 del Capítulo VIII del Título XIX del Libro II del Código Penal. Debe destacarse que en el artículo 432 se regulan dos modalidades de malversación, la primera contenida en el número 1 de dicho precepto remite en su tipificación al nuevo artículo 252 que regula ex novo el delito de administración desleal genérico, expresando que es sobre el patrimonio público; y la segunda por remisión al nuevo artículo 253 que regula el delito de apropiación indebida de cosa mueble, expresando que es sobre el patrimonio público. Así se amplía de modo muy importante el tipo del delito de malversación, en comparación con la regulación anterior, lo cual era necesario para la lucha contra la corrupción, si bien deberán establecerse criterios restrictivos para impedir una excesiva amplitud contraria al principio de legalidad penal.

Palabras clave: *Malversación, administración desleal, apropiación indebida, patrimonio público, peculado, tipo de abuso, tipo de infidelidad.*

ABSTRACT

This article studies the new regulation of embezzlement offences effected in the Spanish draft bill of September 20, 2013, in relation to the articles 432, 433, 434, and 435, also giving a new regulation of article 438 of Chapter VIII of Title XIX of Book II of Criminal Code. It should be highlighted that in the article 432 two modalities

ties of embezzlement are regulated, the first one contained in the number 1 from said precept remits in its typification to the new article 252 that regulates ex novo the offence of generic dishonest appropriation of the proceeds of a trust, expressing that it is about public estate; and the second for remission to the new article 253 that regulates the offence of misappropriation of movable matter, expressing it is about public estate. As a result, the offence of embezzlement critically expands in comparison with the previous regulation, which was necessary to fight against corruption, although restrictive criteria must be established to hinder an excessive scope contrary to the principle of legality in criminal proceedings.

Keywords: Embezzlement, dishonest appropriation of the proceeds of a trust, misappropriation, public estate, peculation, abuse offence, infidelity offence.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Debe advertirse en primer lugar que el texto inicial de la reforma de los delitos de malversación de los artículos 432 a 435 en el Anteproyecto de 2012 ha sido modificado en abril de 2013, tras haberse producido los informes del Consejo General del Poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado, por el propio pre-legislador, probablemente asumiendo algunas de las críticas efectuadas por dichos informes preceptivos pero no vinculantes. Y el Consejo de Estado ha evacuado su Dictamen sobre el Anteproyecto de 3 de abril de 2013, en fecha 27 de junio de 2013, que tiene su importancia. Además el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, aprobado por el Gobierno el 21 de setiembre de 2013 y publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», Congreso de los Diputados en fecha 4 de octubre de 2013, núm. 66-1, ha vuelto a modificar dicho Anteproyecto, haciendo caso al Informe de la Fiscalía General del Estado, modificando las penas del artículo 432 que se han elevado ostensiblemente. También ha alterado el nuevo artículo 252.1 y ha suprimido el apartado segundo del artículo 433, así como ha dado nueva redacción al artículo 438 del CP, eliminando el supuesto de apropiación indebida de funcionario público con abuso del cargo y así evitando los graves problemas concursales casi irresolubles entre este último delito y el delito de malversación en la redacción dada por la reforma, expresados en el Informe del CGPJ de 16 de enero de 2013. Sobre la redacción inicial de los nuevos artículos 432 a 435 de malversación se han producido además algunos estudios como son, a título de ejemplo, los trabajos de Roca Agapito, L (1), de Manzanares Sama-

(1) ROCA AGAPITO, L., «Delitos de malversación: artículos 432 ss.», en *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, coord.. Álvarez

niego, J. L. (2) y de Castro Moreno, A. y Gutiérrez Rodríguez (3) que han sido tenidos en cuenta en este trabajo.

El objeto de nuestro estudio se refiere pues a la última redacción del texto producida en septiembre de 2013 en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/995 de Código Penal.

Como quiera que la reforma de la malversación se efectúa mediante una remisión expresa a los artículos 252 (en que se regula por primera vez el delito de administración desleal en sede patrimonial) y 253 (en que se mantiene con modificaciones el art. 252 CP 95 relativo al delito de apropiación indebida), aparte de dar nueva redacción al artículo 254, inevitablemente nuestro estudio también deberá versar sobre dichos preceptos, que el Proyecto mantiene, salvo una pequeña modificación del artículo 252.1.

2. La opción del pre-legislador ha sido mantener los delitos de malversación bajo el Título XIX «Delitos contra la Administración Pública», sin que haya optado por trasladarlos al Título XIII «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», como preconizaba un sector de la doctrina al entender la malversación como un delito estrictamente contra el patrimonio público, calificado por el sujeto activo que debe ser un funcionario público y por el objeto, que es el patrimonio público, siguiendo dicho sector el ejemplo alemán en que se tipificaba al inicio autónomamente la malversación como apropiación indebida de funcionario público en los párrafos 350 y 351 –*Amtsunterschlagung*– del Código Penal de 1871 (también en el Anteproyecto de Código Penal alemán de 1909 en su párrafo 209), hasta que a partir de la Ley de 2 de marzo de 1974 se destipificó como figura autónoma pasando a ser sancionada la malversación a través de los tipos comunes de apropiación indebida –*Unterschlagung*– (párrafo 246 StGB) y de gestión desleal de negocios ajenos –*Untreue*– (párrafo 266 StGB). Sin embargo, el pre-legislador español ha optado por un punto intermedio: por un lado llevar al concepto de malversación la administración desleal referida al patrimonio público, pero por otro lado exigir que el sujeto activo sea un funcionario público y entender los delitos de malversación como delitos contra la

García, F. J., Dopico Gómez, J. y Díez Ripollés, J. L. Valencia (España): Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

(2) MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal», Diario *La Ley*, núm. 8104, Sección Doctrina, 13 de junio de 2013, Año XXXIV, Ed. La Ley. La Ley 3031/2013.

(3) CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. «Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Coord. Álvarez García, F. J., Dopico Gómez, J. y Díez Ripollés, J. L. Valencia (España): ed. Tirant lo Blanch, 2013.

Administración Pública, entendida por la doctrina mayoritaria en su vertiente objetiva como función pública o servicio público, en la relación Administración-ciudadano y no Administración-funcionario. También en los derechos francés e italiano se regula específicamente la malversación como delito contra la Administración Pública. Así ocurre en el artículo 432-15 del *Code pénal*, que regula la *soustraction et le détournement de biens*, como delitos contra la Administración Pública. Y en el código penal italiano en el artículo 314, que se regula el *peculato*, y en el artículo 316 en que se regula el *peculato proffitto dell'errore altrui*, que constituyen los dos únicos preceptos a los que se reduce la incriminación de los delitos que en España se conocen como malversación, debiéndose aclarar que la *malversazione a danno dello Stato*, regulada en el artículo 316 bis equivale al fraude de subvenciones del Código Penal español.

No obstante, al remitir, en la configuración de la malversación, el ahora artículo 432 en su número primero al artículo 252 relativo a la administración desleal patrimonial, y en su número segundo al artículo 253 que regula la apropiación indebida, se ha acentuado todavía más el carácter patrimonial de los delitos de malversación, aunque sin perder su consideración como delitos contra la Administración Pública(4).

(4) Un sector de la doctrina importante mantiene que el delito de malversación tiene como exclusivo bien jurídico el patrimonio público, de modo que el deber de fidelidad del funcionario respecto de la Administración forma parte sólo del medio comisivo de la acción pero no del bien jurídico. Vid. NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, pp. 240 y 241. Así, literalmente dice: «En realidad, los delitos de malversación no tienen otro bien jurídico que el patrimonio público», citando a DE LA MATA/ETXEBARRIA, *Malversación y lesión del patrimonio público*, pp. 79 ss. Y luego dice: «El incluir un deber de fidelidad con el fin de explicar el bien jurídico de los delitos de malversación supone un error semejante al que cometía la doctrina alemana de los años 30, cuando creía ver la esencia del delito de *Untreue* en la ruptura de un deber de lealtad. Igual que en este delito el deber de fidelidad en los tipos de malversación no es sino el medio comisivo característico para producir la lesión patrimonial, que ha de utilizarse además para trazar el círculo de *intraneus*. Y es este especial desvalor de la acción, que no la existencia de un bien jurídico adicional, lo que justifica la mayor pena que se asocia a la malversación»; igualmente FEJOO SÁNCHEZ, B., en «Delitos contra la Administración Pública: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», en *La Ley*, Diarios 4250 y 4251 de 17 y 18 de marzo de 1997, en la nota 44, al folio 1691, afirma que «el bien jurídico protegido en el delito de malversación es sólo el patrimonio público. Lo que sucede es que en el delito de malversación se protege el patrimonio público mediante un “delito de deber”. Si una persona que no está especialmente obligada a proteger el patrimonio público sustrae bienes, efectos o caudales públicos, realizará un delito común: un delito patrimonial». Parece seguir la teoría de los «delitos de deber» de Roxin, que cita al inicio de dicha nota.

3. Es importante destacar que en la reforma se configura la malversación, o al menos alguna de sus modalidades sin carácter apropiativo, como una verdadera administración desleal patrimonial, que ya algún autor ha puesto de manifiesto respecto de las conductas de desvío o distracción de efectos o caudales públicos de los artículos 433 (destino a usos ajenos a la función pública) y 434 (aplicación privada a bienes muebles e inmuebles) del CP 1995 (5). En la reforma cabe, pues distinguir entre la modalidad de malversación como conducta de apropiación –art. 432.2 y 3 que remite al art. 253 que castiga la apropiación indebida, cuyo bien jurídico entendemos es únicamente la propiedad– y las modalidades de malversación como conductas de administración desleal –arts. 432.1 y 3 y 433, apartado segundo, cuyo bien jurídico es el patrimonio.

4. La reforma mantiene la desincriminación de la modalidad imprudente, que se castigaba en el artículo 395 del ACP de 1973 y que desincriminó el CP de 1995, y no hace referencia expresa a la aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados los caudales públicos, que se castigaba en el artículo 397 ACP, que también fue desincriminada por el CP 95. Hay autores que reivindican que es necesario que se castigue dicha conducta de distracción de los bienes o efectos públicos a otra finalidad pública de la asignada legalmente,

(5) Cfr. CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., «Apropiación indebida y administración desleal del patrimonio público y privado», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, op. cit., p. 782. Dice así: «En realidad, la actual regulación del delito de malversación ya contiene una modalidad de administración desleal de patrimonio público», en el artículo 433 CP vigente. Asimismo BACIGALUPO ZAPATER ha afirmado en síntesis en «La administración desleal en el nuevo Código Penal», en «La Administración desleal», *Cuadernos de derecho Judicial 1999*, pp 195 ss. que la distracción de dinero del artículo 252 CP es una administración desleal, tipo diferente e independiente del tipo de la apropiación indebida, que es un delito contra la propiedad, mientras que el de administración desleal es un delito contra el patrimonio. Dice así literalmente: «Estructuralmente el tipo de distracción de dinero responde al llamado “tipo de la infidelidad”, es decir, una de las alternativas típicas de la figura genérica de la administración desleal», p. 201. Y así se ha sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la importante Sentencia 224/98 (caso Argentinia Trust), de 26 de febrero de 1998, en que se recogen como precedentes las SSTs de 7 y 14 de marzo de 1994 y la de 30 de octubre de 1997. En dicha sentencia el TS ha sostenido que el tipo de infidelidad contenido en la «distracción de dinero»: 1. Tiene la finalidad de «proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador. 2. Que la disposición sin razones que lo justifiquen consuma el delito y que no es necesario el enriquecimiento del autor; y 3. Que no es necesario el *animus rem sibi habendi*, dado que éste sólo tiene razón de ser en los tipos de apropiación. Y lo mismo puede decirse de las conductas de distracción de los artículos 433 y 434 CP 1995 que constituyen una administración desleal del patrimonio público, y no una verdadera apropiación indebida.

al menos de darse un grave daño al servicio a que tales caudales estuvieren destinados, como hizo la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 en su artículo 412. Este es el caso de Manzanares Samaniego, J. L., y Roca Agapito, L., entre otros. El primero (6) afirma que «el error del Proyecto de 1980 y del Código Penal de 1995 –que destipificaron dicha conducta– fue no reparar en que la vía sancionadora administrativa, eficaz tal vez en los escalones inferiores de la Administración, es por completo inoperante cuando aquel cambio en el destino de los dineros públicos se realiza al más alto nivel, con un ministro, por ejemplo, como autor del desvío. Sería interesante saber si tales prácticas, más o menos habituales a lo largo de las últimas décadas, han sido sancionadas administrativamente en alguna ocasión, pese a que por ellas ha transitado buena parte de la corrupción hoy poco menos que institucionalizada a la sombra de los poderes públicos. Los euros previstos para construir una carretera pueden destinarse a un informe sobre el medio ambiente en relación con las emisiones de anhídrido carbónico en las autopistas alemanas. Y no pasará nada, porque el gasto habrá tenido oficialmente una finalidad pública con o sin concurso. Además, esta impunidad tiene la ventaja de que se puede beneficiar al familiar, amigo o compañero de partido con cifras astronómicas de euros a cambio de tres folios que, cogidos de Internet, no servirán para nada (tal y como se sabía de antemano)... y así sucesivamente». El segundo (7) autor citado más arriba dice que: «Sería conveniente volver a tipificar la aplicación de los caudales a fines públicos pero distintos de los que tuvieren legalmente asignados, si bien limitando la figura a sólo los supuestos en que con ello se cause un grave daño al servicio a que tales caudales estuvieren destinados». En mi opinión, en los casos de no darse dicho grave daño al servicio público debería *sancionarse dicha conducta como infracción administrativa por aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal*, principio que fundamentó la desincriminación de la referida conducta en el Proyecto de 1980 y en el CP 1995. Debe mencionarse que en el Código Penal peruano se incrimina dicha conducta en su artículo 389 con la pena privativa de libertad de uno a cuatro años, estableciendo un tipo agravado en el apartado segundo de dicho precepto si el dinero o bienes que administra el funcionario o servidor público corresponden a programas de apoyo social, de desa-

(6) MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal», *La Ley*, diario núm. 8104 de 13 de jun. 2013, p. 1.

(7) ROCA AGAPITO, L., en sus conclusiones de su libro monográfico *El delito de malversación de caudales públicos*. Ed. J. M. Bosch, 1999, p. 368.

rollo o asistenciales, afectando al servicio, castigado con la pena privativa de libertad de tres a ocho años.

5. En la reforma no se hace mención expresa al «ánimo de lucro», aunque inicialmente el Anteproyecto de 2012 lo contemplaba, con pena más grave en el número 2 del artículo 432 estableciendo que: «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». Sin embargo, dicha redacción del número 2 del artículo 432 se eliminó. En el Código Penal de 1995 ya se introdujo «el ánimo de lucro» en los artículos 432 –modalidad de malversación de carácter apropiativa– y 434 –aplicación privada a bienes muebles e inmuebles–, lo que fue interpretado como una acentuación del carácter patrimonial del objeto protegido de dichos delitos, reduciendo el alcance de la malversación tradicional que no exigía dicho ánimo de lucro expresamente en el artículo 394 CP 1973. En la doctrina, Roca Agapito critica la inclusión del ánimo de lucro en el delito de malversación «porque lo importante del delito de malversación no es que el funcionario se lucre o trate de beneficiar a un tercero, sino el perjuicio que causa al patrimonio público y la infidelidad para con la Administración y los ciudadanos a que sirve... Además, con respecto a la malversación impropia del artículo 435.3 CP 1995, tampoco tiene ningún sentido el exigir el ánimo de lucro» (8). Nosotros pensamos que en la modalidad de administración desleal la malversación no exige ánimo de lucro y no es un delito de enriquecimiento. En efecto, dicha modalidad de malversación es un delito de daño patrimonial, a diferencia de la estafa o la extorsión que son tipos de enriquecimiento, mostrándose la doctrinas alemana claramente partidaria de la punibilidad de los casos de dolo eventual (así Otto, Hubner, Shönke-Schroeder) (9), y en la modalidad apropiativa debe concurrir el *animus rem sibi habendi*. En la doctrina, hay un sector doctrinal que entiende que dicho ánimo es distinto del ánimo de lucro –entendido en su concepción económica subjetiva de propósito de obtener un provecho económico contemplado desde la perspectiva del sujeto–, *sin perjuicio de que puedan coexistir ambos o darse por separado* (10), de modo que cabe ánimo de apropiación sin darse el

(8) ROCA AGAPITO, L., «Delitos de malversación: artículos 432 y ss.», p. 924 en *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, op. cit.

(9) NIETO MARTIN, A., *El delito de administración fraudulenta*, op. cit., p. 34.

(10) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *El hurto propio*, pp. 154-157 y 194-195. Ed. Ministerio de Justicia y CSIC, Madrid-1946. Dicho autor maneja una concepción económica subjetiva de ánimo de lucro como propósito del sujeto de obtener un beneficio económico contemplado desde el punto de vista del sujeto. También ANTÓN ONECA, J., «Estafa», en *NEJ Seix*, t. IX, Barcelona 1958, pp. 56 ss. Partiendo de dicha

ánimo de lucro y viceversa, darse ánimo de lucro sin ánimo de apropiación de hacer suya la cosa. En cambio, otro sector doctrinal identifica el ánimo de apropiación con el ánimo de lucro, partiendo de la concepción económica objetiva (11) que entiende por ánimo de lucro el ánimo de obtener una ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico. Finalmente puede entenderse que el ánimo de lucro es un concepto más amplio que el *animus rem sibi habendi*, de modo que este último implícitamente contiene ínsito en la acción de apropiación el ánimo de lucro, pero no todo ánimo de lucro contiene el ánimo de apropiación (12) (13).

Un caso a resolver en la práctica es si el acreedor que se apodera de bienes del deudor con el ánimo hacerse pago actúa o no con ánimo de lucro. En el ámbito de la malversación, cabe entender que el ánimo de hacerse pago desplaza al ánimo de lucro, y si se afirma que ésta exige ánimo de lucro, aunque sea de manera ínsita a la apropiación, procede la absolución de dicho acreedor-funcionario público, como hizo la STS (RA 1354) de 29 de febrero de 1988, ponente don Manuel

orientación, ROCA AGAPITO, L., en *El delito de malversación...*, *op. cit.*, pp. 197 y 198. Este autor sostiene que el ánimo de lucro no se exigía tradicionalmente en el delito de malversación, exigiéndose específicamente, en cambio, en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, artículo 409 y en el CP 1995 en los artículos 432.1 y 434.

(11) BAJO FERNÁNDEZ, M., «Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago», *ADPYCP*, 1975, p. 369. Éste autor considera que el «ánimo de hacerse pago» aparece como una modalidad de ánimo de lucro. ZUGALDÍA ESPINAR, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio. I. Infracciones de uso*, pp. 45 y 46. Ed. Akal, Madrid-1988. DE LA MATA BARRANCO, «Los delitos de malversación», en *Revista aragonesa de Administración Pública*, núm. 11, diciembre de 1997, p. 451. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., «Malversación de caudales públicos», en *Delitos contra la Administración Pública*, Ed. Instituto vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, pp. 179 ss. FEIJOÓ SÁNCHEZ, B., *Delitos contra la Administración Pública...*, *op. cit.*, p. 1687. También STS de 9 de diciembre de 1997. En la doctrina alemana el ánimo de apropiación equivale al ánimo de lucro, según afirma *Bajo en Ánimo de lucro...*, *op. cit.*, pp. 362 y 366.

(12) Cfr. SAINZ PARDO CASANOVA, J. A., *El delito de apropiación indebida*, p. 139, ed. Bosch Casa editorial, S.A., 1978. Dicho autor dice que así puede darse ánimo de lucro en la apropiación indebida de uso en que no hay ánimo de apropiación definitiva de la cosa. En el mismo sentido SUÁREZ MONTES: «Robo y hurto de uso de vehículos de motor», en *RGLJ*, 1970, pp. 115-116, quien dice que: «a la voluntad de uso pertenece de modo inmanente el ánimo de obtener un provecho o lucro, consistente en el disfrute temporal del vehículo».

(13) SILVA CASTAÑO, M.^a L., *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, prólogo de Enrique Bacigalupo, defiende que el delito de apropiación indebida no es un delito de enriquecimiento, sino sólo un delito de apropiación, que no requiere ánimo de lucro, bastando exclusivamente el dolo, que puede ser eventual, pp. 202 y 152 ss.

García de Miguel en el caso de un Secretario de Ayuntamiento que en tres ocasiones recibió diversas cantidades de dinero de personas que eran deudoras del Ayuntamiento, y que después de contabilizar debidamente dichas cantidades en los libros correspondientes del Ayuntamiento, se apoderó de tales con designio único de hacerse pago a cuenta de la cantidad muy superior que el Ayuntamiento le estaba adeudando. En cambio, otras sentencias del Tribunal Supremo (SSTS de 3 de abril de 1940 y 28 de marzo de 1957) han castigado esa misma conducta al entender que la malversación no exige ánimo de lucro (14). Y también podría argumentarse que aunque la malversación exigiera ánimo de lucro, debería condenarse pues el ánimo de hacerse pago aparece como una modalidad del ánimo de lucro, como sostiene Bajo.

6. La reforma debe ser analizada también desde el punto de vista de las penas que ahora se imponen en los artículos 432 a 435. Parece adecuado efectuar una comparación con las impuestas en otros derechos, como en el derecho penal francés, italiano y alemán, y especialmente con las impuestas en el Código de 1995 y concretamente en el artículo 138, CP 1995. Así en el derecho francés, el artículo 432-15 del *Code pénal* que entró en vigor el 1 de marzo de 1994, bajo la Sección Tercera dedicada a las faltas al deber de probidad (Des manquements au devoir de probité), bajo el Capítulo II (Des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique), bajo el Título III (Des atteintes à l'autorité de l'état) castiga «*la soustraction et détournement de biens*» con una elevada pena de diez años y multa. En el derecho italiano, el artículo 314 CP tipifica el *peculato*. En el primer párrafo incrimina la apropiación de dinero u otra cosa mueble ajena por parte del funcionario público o encargado de un servicio público que tuviera su posesión o disponibilidad por razón de su función o servicio, castigándose la conducta con reclusión de tres a diez años. Y en el párrafo segundo incrimina el supuesto de uso momentáneo de la cosa por parte del sujeto activo que restituye, castigándose con una reclusión de seis meses a tres años. En el derecho penal alemán, que se caracteriza por la ausencia de incriminación expresa de la apropiación o desviación de caudales públicos, omitiendo una regulación específica para la protección del patrimonio público, desde que por la ley de 2 de marzo de 1974 se derogaron los epígrafes 350 (einfache Amtsunterschlagung) y 351 (schwere Amtsunterschlagung) StGB. incluidos en los delitos de la función pública, es de aplicación el actual parágrafo 246 referido a la apropiación indebida común (Unterschlagung), que castiga con la

(14) En este sentido SUÁREZ MONTES, F., «El delito de malversación de caudales públicos», en *RGLJ*, 1966, p. 865.

pena de privación de libertad hasta tres años o multa o hasta cinco años o multa. En cambio, el parágrafo 266 del StGB castiga la administración desleal con la pena privativa de libertad de hasta cinco años y multa y en los casos especialmente graves con la pena privativa de libertad de uno a diez años.

En el Derecho penal peruano se castiga el peculado doloso cometido por el funcionario o servidor público, tanto en la modalidad de apropiación como de uso, con las penas de 4 a 8 años de pena privativa de libertad (art. 387 CP peruano), y se establece un tipo agravado por la cuantía de lo apropiado o utilizado –cuando exceda de diez unidades impositivas tributarias– que castiga con la pena privativa de libertad de ocho a doce años. En caso de peculado culposo la pena es de tres a cinco años de privación de libertad.

En el CP 1995 se castiga la malversación apropiativa del artículo 432.1 con la pena de tres a seis años de prisión e inhabilitación absoluta de seis a diez años, castigándose el tipo agravado de revestir la malversación especial gravedad atendiendo el valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio, o si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública, con las penas de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años. Y se prevé un tipo atenuado con penas de seis meses a tres años de prisión, multa superior a dos y hasta cuatro meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años si la cantidad sustraída es inferior a 4.000 euros. Finalmente se castiga el artículo 433, CP 1995, constitutivo de la malversación de uso, con las penas de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años, si se da el reintegro de lo distraído, y de no darse con las penas de tres a seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años. En cambio, en la reforma, el Anteproyecto castiga tanto la malversación en su modalidad de administración desleal, como en su modalidad apropiativa con las penas de uno a cuatro años de prisión e inhabilitación especial para el cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años, y sólo en el tipo agravado por haberse causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público o el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros, se castiga con las penas de dos a seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años, previendo un tipo super agravado si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000

euros, que se castiga con las penas de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

Como puede verse, las penas previstas en el Anteproyecto –no así en el Proyecto, como se verá más adelante– son sensiblemente inferiores a las señaladas en el CP 1995, lo que se agrava al introducir un nuevo artículo 434 en que permite a los tribunales imponer la pena inferior en uno o dos grados 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. La pena resultante puede pues llegar a ser irrisoria. El Anteproyecto parece haberse olvidado del artículo 438 CP, que no deroga, que castiga a la autoridad o funcionario público que con abuso de su cargo cometiere algún delito de estafa o de apropiación indebida, castigándole con las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años. Así, puede ocurrir que la pena impuesta por el artículo 438 CP sea de tres años y seis meses a seis años, en el supuesto de que la apropiación indebida se castigara con la pena del artículo 250 CP, mientras que la malversación por funcionario público se castigue con la pena de dos a seis años en el tipo agravado, cuando se ha entendido siempre que el artículo 438 CP debería ser de menor gravedad –y castigado menos– que el delito de malversación en su modalidad apropiativa, ya sea por el objeto material protegido, que es el patrimonio privado de los particulares y de los entes públicos a diferencia de la malversación que es el patrimonio público, ya sea por faltar el requisito de la tenencia a cargo del funcionario «por razón de sus funciones» (15), debiendo la malversación, en cambio, castigarse más. Además, como quiera que el artículo 250 CP también se modifica en la reforma al establecer una pena de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros, resultaría que de aplicarse el artículo 438 CP correspondería en dicho caso una pena más grave de seis a ocho años de prisión y de dieciocho a veinticuatro meses de multa, mientras que en el caso de malversación la pena para el tipo super agravado de exceder el valor del perjuicio cau-

(15) ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, op. cit., pp. 345 y 367. Vide también MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*. Ed. J. M. Bosch editor, pp. 349 a 352. También el mismo autor en *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Directores Mirentxu Corcoy y Santiago Mir Puig, p. 958, ed. Tirant lo Blanch.

sado o de los bienes o efectos apropiados de 250.000 euros, la pena a aplicar sería de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

El Proyecto de LO de Código Penal actual viene, sin embargo, a subsanar ese déficit punitivo al castigar ahora el delito de malversación del artículo 432.1 y 2, tanto en su modalidad de administración desleal como en su modalidad apropiativa, con las penas de dos a seis años de prisión –en vez de prisión de uno a cuatro años– *e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años*. Y también el tipo agravado del artículo 432.3 se castiga ahora más, con las penas de cuatro a ocho años de prisión –en vez de dos a seis años de prisión– *e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años*. Y asimismo el tipo super-agravado del artículo 432.3 *in fine*, se castiga más que en el Anteproyecto, al imponer la pena «en su mitad superior» –lo que significa que la pena de prisión es de seis años y un día a ocho años, y la de inhabilitación absoluta de ocho a diez años–, «pudiendo llegar hasta la superior en grado» –o sea pena de prisión de ocho años y un día a doce años e inhabilitación absoluta de diez a quince años–. Finalmente en la nueva redacción dada al artículo 438 CP se añade que la pena imponible puede «llegar hasta la superior en grado, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código».

II. EL NUEVO ARTÍCULO 432 EN LA REFORMA

El artículo único apartado duocentésimo quinto del Proyecto de 2013 establece: «Se modifica el artículo 432, que queda redactado como sigue:»

«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 (16).»

A) Ubicación sistemática y bien jurídico protegido

El Proyecto sigue manteniendo los delitos de malversación bajo el Capítulo VII «de la malversación» del Título XIX: «Los delitos contra la Administración Pública».

Dicha ubicación permite mantener que con dichos delitos se persigue el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en su vertiente objetiva de función pública o servicio público –art. 103 CE–, es decir, en la relación de funcionario público-ciudadanos, y no tanto en la relación de funcionario-administración, que es relevante en el ámbito del derecho administrativo disciplinario. Y dicha función pública puede ser atacada *desde dentro* por los funcionarios públicos o *desde fuera* por los particulares, en el caso de la malversación, asimilados legalmente a funcionarios públicos. A su vez el interés jurídico concreto protegido en la malversación lo constituye la correcta gestión del patrimonio público en sentido funcional para posibilitar la presta-

(16) El artículo 432 en la redacción dada por el Anteproyecto de 2013 decía así:

«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 *uno a cuatro 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 *dos a seis 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 prisión de *cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.*»

ción de los servicios públicos, siendo objeto material del delito de malversación el patrimonio público a diferencia de los delitos contra el patrimonio o la propiedad privada que se regulan en el Título XIII del Código Penal. Puede, por ello, mantenerse la naturaleza dual de dicho delito, de delito contra la función pública y a la vez contra el patrimonio, acentuándose todavía más en la reforma la tendencia de los últimos años de entender como bien jurídico de la malversación el patrimonio cada vez con mayor exclusividad, afirmándose por algunos que el medio comisivo lo constituye la infracción del deber de fidelidad del funcionario público (17). Y se acentúa más el carácter patrimonial al remitir el pre-legislador, en la tipificación de los delitos de malversación (art. 432.1), al artículo 252 del CP, que a su vez ha sido objeto de nueva redacción por el Proyecto –siguiendo al Anteproyecto de 2013–, introduciendo el nuevo delito de administración desleal del patrimonio privado ajeno, como tipo genérico, y derogando el delito de administración fraudulenta del artículo 295 del CP en la Disposición derogatoria única 2. Y al remitir el pre-legislador la tipificación de la malversación apropiativa al artículo 253 CP, nuevo precepto en que se regula el tradicional delito de apropiación indebida –antes art. 252 CP 1995– en que se ha eliminado la modalidad de «*distracción*» de dinero, efectos, valores, manteniéndose solamente las cosas muebles como objeto del delito, y suprimiéndose «el activo patrimonial», así como el término «administración». Parece ser que la voluntad del pre-legislador es pasar la modalidad de distracción al delito de administración desleal del nuevo artículo 252, al haber entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en el artículo 252 CP 1995 se regulaba dos tipos: por una parte, conductas apropiativas propiamente dichas y por otra parte, conductas de administración desleal (18). Así lo corrobora la Exposición de Motivos del proyecto XVII. Dice así: «Se introduce, dentro del Capítulo VI del Título XIII, una nueva sección 1 bis

(17) Así NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración...*, *op. cit.*, p. 240 y BARJA DE QUIROGA, J. L., *La malversación como delito de administración desleal...*, *op. cit.*, p. 142, quien dice: «El medio comisivo exigirá que el autor quebrante el deber de fidelidad para con la Administración, pero ello no será la base del tipo ni del bien jurídico protegido, puyes, como dijimos, la esencia de este delito se encuentra en que se trata de un supuesto de administración desleal y se compendia en la producción de un perjuicio al patrimonio público (frustrando los fines asignados) cuya protección tiene conferida».

(18) *Vide* la importante sentencia del TS núm. 224/1998 de 26 de febrero de 1998 (caso Argentia Trust), en que se recogen como precedentes las SSTs de 7 y 14 de marzo de 1994 y la de 30 de octubre de 1997. *Vide* también SSTs de 27 de noviembre de 1998, 21 de julio de 2000, 2 de noviembre de 2001, 18 de abril de 2002, 30 de septiembre de 2002, 841/2006 de 17 de julio, etc.

de la administración desleal», en la que se incluye un artículo único que tipifica con carácter general esta modalidad delictiva. El Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona. De hecho, la jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el artículo 252 del Código Penal contenía, junto con la apropiación indebida, un tipo penal de administración desleal o «distracción» de dinero o valores patrimoniales, que debía ser diferenciado: apropiación indebida, «cuando el agente hace suya la cosa que debiera entregar o devolver incorporándola a su patrimonio»; y administración desleal, «cuando se le da la cosa recibida un destino distinto al pactado», supuesto que en nuestra jurisprudencia hemos denominado de administración desleal y que no requiere un correlativo enriquecimiento del sujeto activo. La reforma aborda la delimitación de ambas figuras delictivas: quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie (arg. art. 1753 CC). En realidad, cuando se transmite la posesión de dinero con el deber de restituirlo, se está transmitiendo la propiedad del dinero entregado (de nuevo, *vid.* art. 1753 CC), por lo que no cabe su apropiación, sino su administración desleal. Por ello, quien hace suya la cosa que había recibido con la obligación de devolverla, comete un delito de apropiación indebida; y quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador (tipo de infidelidad) o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado (tipo de abuso), y perjudica de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal...».

«Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación. Los delitos de apropiación indebida son ahora regulados separadamente de los de administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas a sin quebrantamiento del deber de custodia, en este último

grupo de casos se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. 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 fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos. La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos (pues también administra deslealmente o malversa los fondos ajenos administrados quien se enriquece con ellos), otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. Al igual que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal...».

B) Sujeto activo

El sujeto activo en los delitos de malversación propia del artículo 432 es al igual que en la regulación anterior un funcionario público o autoridad, a diferencia de en los delitos de malversación impropia, en que el sujeto activo puede ser un particular asimilado legalmente al funcionario –art. 435 que sigue en vigor–, referido a las diversas conductas de malversación.

En consecuencia la malversación sigue siendo un delito especial, al ser limitado el círculo de posibles autores del delito. Por ello deberá acudir al concepto de funcionario público y autoridad *a efectos penales* que ofrece el artículo 24 del CP que no se modifica en la reforma (19). Así, pues en el concepto de funcionario público se exige un doble requisito: por una parte un título de habilitación, que puede ser cualquiera de los tres expresados en el artículo 24.2 CP, y por otra parte el ejercicio de funciones públicas. Si falta cualquiera de esos dos requisitos no estaremos ante un funcionario público a efectos penales. El concepto que facilita el CP es un concepto autónomo, exclusivo y funcional que no coincide con el concepto administrativo o fiscal de funcionario, siendo mucho más amplio al acoger, por ejemplo, a los políticos elegidos –«por elección» así como a los contratados labora-

(19) El artículo 24.2 establece: «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».

les por un ente público— «por nombramiento de autoridad competente» (20). Debe resaltarse que el concepto penal de funcionario público no acompaña al sujeto como si se tratara de un estatuto personal, sino que tiene un aspecto «funcional», no debiéndose tener en consideración la cualidad de funcionario público si éste interviene como un particular más. El CP también establece un concepto de autoridad en el artículo 24.1 (21). Es importante retener que para ser autoridad previamente se debe ostentar la condición de funcionario público a efectos penales, de modo que el concepto de autoridad es más específico que el de funcionario público, que es más genérico.

C) Relación entre el sujeto activo y el patrimonio público

No dice nada el precepto del artículo 432 sobre qué relación debe existir entre el funcionario público y el patrimonio público, a diferencia del CP 1995 que exigía que el funcionario tuviera los caudales o efectos públicos «a su cargo por razón de sus funciones», lo que se interpretaba restrictivamente por la doctrina y un sector de la jurisprudencia, en el sentido de exigir al funcionario una competencia específica sobre los caudales, un deber especial de conservación, custodia o inversión para fines y en condiciones determinadas (22). Sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Supremo mayoritariamente opta por una interpretación amplia entendiendo «por razón de sus funciones», que el funcionario tenga los caudales públicos «con ocasión de» o «en consideración a sus funciones», es decir, bastando que el funcionario

(20) MIR PUIG, C., *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, op. cit., pp. 20 a 29.

(21) El artículo 24.1 CP establece: «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».

(22) Así SUÁREZ MONTES, *El delito de malversación de caudales públicos*, op. cit., p. 837. Vide también ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, op. cit., p. 357. DE LA MATA BARRANCO, *Los delitos de malversación*, op. cit., p. 449. DIAZ PALOS, «Malversación de caudales públicos», en *NEJ Seix*, t. XV, edit. Seix Barral, Barcelona-1972, p. 819. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, *Malversación de caudales públicos*, op. cit., p. 192. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*. Valencia, 1996, p. 872., etc. El Tribunal Supremo ha seguido una línea oscilante aplicando la interpretación restrictiva en algunas sentencias como SSTs de 13 de junio de 1984, 4 de diciembre de 1985, 6 de junio de 1986, 16 de diciembre de 1987, 29 de febrero de 1988, 12 de marzo de 1994, 22 de febrero de 1995, etc.

tenga la disponibilidad de hecho de los caudales (23). El término «por razón de sus funciones» se introdujo en el CP de 1870, desapareciendo en el CP de 1928, pero volviendo de nuevo en los posteriores Códigos Penales. Ahora, sin embargo, se suprime dicha expresión en el proyecto de 2013.

¿Cómo debe interpretarse dicha supresión?

Podría decirse, que al remitir el artículo 432.1 y 2 a los artículos 252 –que castiga la administración desleal patrimonial o sea la lesión de un patrimonio ajeno mediante un tipo de abuso de poder de representación o un tipo de infidelidad a través de la infracción de deber de cuidado establecido sobre intereses patrimoniales ajenos confiados, deber nacido de la ley o de un negocio jurídico– y al artículo 253 que regula el delito de apropiación indebida, en que también se presupone en la mayoría de los casos la infracción de un deber de fidelidad por parte del sujeto activo, la situación, en realidad no habría cambiado nada, pudiéndose seguir manteniéndose, dada la semejanza existente entre el funcionario público y el administrador, la exigencia de una competencia específica del funcionario respecto del patrimonio público (24). Pero también puede sostenerse que basta una competencia genérica del funcionario respecto del patrimonio público como ha hecho mayoritariamente el Tribunal Supremo al interpretar el artículo 432 CP 1995, bastando que el funcionario actúe «con ocasión de» o «en consideración a sus funciones», interpretación que se habría reforzado con la eliminación del «tener a cargo los caudales por razón de sus funciones» por parte del Proyecto. Habrá que esperar cómo la doctrina y la jurisprudencia interpretan la eliminación de la expresión «a su cargo por razón de sus funciones» por parte de la reforma. En la jurisprudencia alemana, son autores típicos los funcionarios que tienen encomendada la custodia de caudales públicos, si bien la relación típica de confianza va más allá de una relación de custodia.

(23) Así en las SSTs de 6 de mayo de 1992, 5 de febrero de 1993, 22 de abril de 1994, 25 de mayo de 1995, 31 de enero de 1996, 10 de enero de 1997, 13 de febrero de 97, 22 de julio de 1997, etc. Esta parece ser la posición mayoritaria del TS.

(24) NIETO MARTÍN, A., en *El delito de administración desleal*, op. cit., p. 241, tras referirse a las «semejanzas» existentes entre la posición del funcionario público y el administrador... que constituye el centro de una corriente políptica criminal, presente en países como Italia o Austria dice que el «entendimiento de los delitos de malversación como delitos de administración infiel de caudales públicos, debiera servir para proceder a una interpretación restrictiva del número de funcionarios públicos que pueden ser autores y, tal como hacía la doctrina jurisprudencial más antigua, entender... que el autor ha de situarse respecto a los bienes en un «especial deber de conservación, custodia o inversión para fines y en condiciones determinadas»».

Conductas típicas de la malversación propia

En el artículo 432 de la reforma, cabe decir que se incluyen dos grandes modalidades de malversación: *a)* por un lado una conducta de administración desleal del patrimonio público por parte de la autoridad o funcionario público (art. 432.1); y *b)* por otro lado, una conducta apropiativa de cosa mueble (art. 432.2). Debe de aclararse que la remisión que hace el artículo 432.1 al «delito del artículo 252», debe referirse exclusivamente a los números 1 y 2 del artículo 252, y no al número 3, que es un tipo atenuado de administración desleal. E igualmente la remisión que efectúa el artículo 432.2 al «delito del artículo 253» debe referirse exclusivamente al número 1 del artículo 253 y no al número 2 de dicho artículo, que es también un tipo atenuado. Y ello porque en los delitos de malversación ya se tipifica un propio tipo atenuado en el artículo 433 del Proyecto.

Asimismo en la primera modalidad de administración desleal se distinguen, a su vez, dos tipos distintos, el llamado por la doctrina «tipo de abuso» y «el tipo de infidelidad».

Además se incluye en el precepto reformado un tipo agravado de ambas modalidades de malversación (art. 432.3) de concurrir la causación de un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o bien si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros (25). Y en el artículo 432.3 *in fine* se introduce también para ambas modalidades de malversación un tipo super agravado: «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».

a) Conductas de administración desleal:

a') Tipos objetivos.

El nuevo artículo 252 ubicado en la nueva Sección 1 bis del Capítulo VI del Título XIII, por disposición del artículo único, apartado Centésimo quincuagésimo tercero del Proyecto que lo modifica establece:

«1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para *adminis-*

(25) Obsérvese que en el artículo 432.2 CP 1995 ambos requisitos debían darse conjuntamente, pues el texto decía: «si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas “y” al daño o entorpecimiento producido al servicio público».

trar (26) 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.»

Debe destacarse que el Dictamen del Consejo de Estado de fecha 27 de junio de 2013 sobre el Anteproyecto de 3 de abril de 2013 dice que «Debería reconsiderarse el uso de los verbos que tipifican la acción delictiva pues, en el primer caso, (excederse de las facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno) el abuso de las facultades no sólo existe mediante la realización de actos de enajenación, sino que puede ser más amplia, por lo que se sugiere la sustitución de la expresión “facultades para disponer” por “facultades para administrar” u otra similar».

Y el Proyecto ha seguido a raja tabla la sugerencia del Dictamen del Consejo de Estado, sustituyendo la expresión «facultades para disponer», que venía en el Anteproyecto, por «facultades para administrar».

Tal vez lo mejor, hubiera sido, al quererse ampliar el ámbito del abuso de las facultades, añadir a «facultades para disponer» los términos «y» y «administrar»; o sea: «facultades para disponer y administrar». Pues puede ocurrir, en mi opinión, que al utilizar la expresión actual de «facultades para administrar», en vez de ampliar, se restrinja el ámbito del abuso de las facultades, pues «disponer» va más allá que «administrar». Veremos si se enmienda dicho extremo en la tramitación del proyecto en el Congreso y Senado.

En realidad los dos primeros números del artículo 252 coinciden esencialmente con lo establecido en el actual parágrafo 266 del

(26) La cursiva es nuestra y se efectúa para destacar que dicho término, «administrar», lo utiliza ahora novedosamente el Proyecto, porque en el Anteproyecto de 2013 se utilizaba el término «disponer».

Código Penal alemán, vigente desde la Ley de 26 de mayo de 1933, bajo el nombre de *Untreue* (Infidelidad) sucesor del parágrafo 266 del StGB de 1871 que establecía una lista del círculo de autores del delito. En su redacción actual dice así: «1. El que abusa de las facultades que le han sido conferidas por una ley, mandato de la autoridad o por un negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro, o al que está obligado por ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o una relación de confianza, y ocasiona de esta forma un perjuicio a los intereses que le han sido confiados, será castigado con la pena privativa de libertad de hasta cinco años y multa. 2. En los casos especialmente graves la pena privativa de libertad será de uno a diez años» (27).

Dicho precepto, al igual que el artículo 252 de la reforma española, contiene dos tipos, el llamado «tipo de abuso» (*Missbrauchtatbestand*) y el «tipo de ruptura de la confianza» o de infidelidad (*Treubruchtatbestand*), correspondientes a las dos teorías elaboradas por la doctrina alemana (28). Debe de dejarse claro que tanto en uno como en otro tipo es necesario que exista una obligación de cuidado patrimonial, en el sentido de que el autor quede obligado a preocuparse por el correcto desarrollo de los intereses patrimoniales ajenos. El tipo de abuso regula la causación de un daño al patrimonio confiado a través del abuso del poder de representación que ostenta el autor para realizar negocios jurídicos en nombre del perjudicado (29), es decir se refiere al abuso del poder de disposición, de las facultades de disposición, que el autor tiene para realizar negocios jurídicos con terceros en nombre del propietario del patrimonio (relación externa del representante con terceros) (30). El segundo tipo de infidelidad o ruptura de la relación de confianza –que nació

(27) El texto en alemán es el siguiente: «Untreue. 1. Wer vorsätzlich die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu cerfüngen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetbes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eine Reueverhältniss obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat. Nachteil zufügt, wird wegen Untreue mit Freiheitsstrafe bi zu fünf Jahren und mit Geldstrafe bestraft. 2. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren und Geldstrafe».

(28) O sea la «Missbrauchtheorie» (teoría del abuso) y la «Treubruchtheorie» (teoría de la ruptura de la confianza).

(29) El principal defensor de la teoría del abuso fue Binding.

(30) Un mérito indudable de este tipo es que se deslinda con claridad la *Untreue* de la apropiación indebida. El mandatario no comete este delito cuando causa una lesión patrimonial abusando de la capacidad de disposición que el propietario le ha conferido. *Vide* Binding, *Lehrbuch...*, p. 398.

para colmar las lagunas de punibilidad del anterior tipo y bajo el nacionalsocialismo— que es más amplio que el anterior al permitir incluir en el tipo a autores que no necesariamente han de poseer poder para disponer u obligar el patrimonio ajeno, regula la lesión del patrimonio ajeno mediante la violación o infracción del deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o una relación de confianza (relación interna entre mandatario y mandante). Inicialmente, si bien por la doctrina alemana se consideraban ambos tipos independientes, finalmente se entendió que el tipo de abuso es un mero ejemplo del tipo de infidelidad (31). Se ha criticado mucho por la doctrina alemana la excesiva indeterminación del tipo de infidelidad contraria al principio de taxatividad del derecho penal, de ahí que la doctrina se haya esforzado por concretar el alcance de dicho tipo con propuestas de modificación como las efectuadas en el Proyecto oficial alemán de 1962 en el parágrafo 263 (Mayer), precepto recomendado también por los autores del proyecto Alternativo de 1966, y la propuesta efectuada por Labsch (32).

Al trasladar el pre-legislador español la regulación alemana del tipo de infidelidad al derecho penal español, se producen ahora los mismos problemas de indeterminación que rozan el principio de legalidad, de modo que la doctrina y jurisprudencia española deberán hacer la misma labor de concreción que ha efectuado la doctrina y jurisprudencia alemanas. Debe remarcarse que la necesidad por parte del legislador alemán de introducir un delito de administración desleal como genérico se debió en parte al concepto restringido del delito de apropiación indebida del parágrafo 246 de StBG, tal como es entendido por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, que sólo contempla como objeto material «la cosa corpórea» mueble, dejando fuera los «derechos» o deudas, salvo que éstas se materialicen en algún tipo de documento. Así Nieto Martín pone el ejemplo de que «no comete apropiación indebida, sino *Untreue*, quien administra una cuenta corriente ajena y retira una serie de cantidades para aplicarlas a fines propios, pues se entiende que en este supuesto el administrador no se apropia de ninguna cosa corpórea, sino tan sólo abusa de un derecho de crédito contra el banco que pertenece al propietario de la cuenta, en

(31) Una importante sentencia del BGH excluyó de la *Untreue* el abuso de tarjetas de crédito por clientes en perjuicio del banco. En dicha sentencia se señaló que el tipo de abuso requiere también la ruptura de una obligación de guarda patrimonial.

(32) *Vide* al respecto NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, *op. cit.*, pp. 23 a 26.

virtud del cual le deben ser reintegradas las cantidades previamente depositadas» (33). Castro Moreno-Gutiérrez Rodríguez sostienen que el tipo de administración desleal, junto a las facultades de disposición sobre un patrimonio ajeno, debe reflejar también la posibilidad de que el patrimonio sea propio o que se trate de un patrimonio autónomo del que no existe dueño, pero esté afecto al cumplimiento de unos fines en beneficio de terceros que pueden resultar igualmente perjudicados por la administración desleal de dichos bienes, poniendo como ejemplo el *trust*, negocio jurídico privado de carácter fideicomisario, reconocido en numerosos países del mundo y regulado en Europa por el Convenio de la Haya sobre la Ley aplicable al Trust y su Reconocimiento, de 1 de julio de 1985, caracterizado porque una persona (*settlor*, otorgante) traspasa parte de su patrimonio a un tercero (*trustee*, administrador), para que lo administre en beneficio del propio otorgante o de un tercero (*beneficiary*). Dicho patrimonio no pasa a ser propiedad del *trustee* o administrador, sino que se constituye como un patrimonio autónomo sin dueño, que no pertenece ni al *settlor*, ni al *trustee*, ni a los beneficiarios (a título de ejemplo art. 2.a) HCCCH, o art. 227-2.1 del Código Civil de Cataluña, en su redacción dada por la Ley 25/2010, de 29 de julio) (34).

La Exposición de Motivos del proyecto, XVII, ya citada con anterioridad, dice: «La reforma supera además la referencia a un “perjuicio económicamente evaluable”, que contenía el derogado artículo 295 CP, y que había sido en ocasiones interpretada en el sentido propio de un concepto económico de patrimonio: lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor del patrimonio administrado valorado los fines personales a que el mismo está orientado. Existe perjuicio patrimonial, no solamente cuando la actuación desleal determina una reducción del activo o la falta de incremento del mismo (por ejemplo, cuando sin autorización o de forma contraria al interés del administrado el administrador deja prescribir los créditos frente a terceros que debió haber cobrado); sino también cuando su actuación, de un modo no autorizado o contrario a los intereses administrados, frustra el fin perseguido o el que se hubiera adjudicado al bien o valor conforme a la decisión de los órganos sociales, los depositantes o los titulares de dichos bienes o patrimonio (por ejemplo, mediante la adquisición de bienes que no son útiles o que no pueden cumplir la función económica que se habría

(33) Cfr. NIETO MARTÍN, A., *El delito de Administración fraudulenta*, op. cit., pp. 19 y 20.

(34) Cfr. CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *Apropiación indebida y administración desleal...*, op. cit., p. 768.

obtenido mediante una gestión leal y autorizada del patrimonio, mediante el préstamo no autorizado a terceros o su empleo en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social o personal, de modo que se limita las facultades de disposición sobre el patrimonio por su titular; o, también, la creación de cajas negras de fondos que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado)...».

En principio, puede decirse, como hace también Roca Agapito (35) que debe valorarse positivamente la configuración de la malversación como una administración desleal de patrimonio público. Como dice dicho autor: «esto va a permitir castigar conductas que causan perjuicio al erario público, pero que no podían ser calificadas como malversación, como, por ejemplo la venta de bienes públicos por debajo de su valor (STS 1026/2009, de 16 de octubre)».

Es decir, la configuración de la malversación como una administración desleal amplía los supuestos que pueden incriminarse que antes con la redacción anterior no podían ser incriminados como malversación. Entendemos que al referirse el texto al patrimonio público y no sólo a los caudales o efectos públicos, puede ser objeto del delito no sólo los bienes muebles sino también los inmuebles, así como los activos patrimoniales, que también forman parte del patrimonio público. Estarán abarcadas en este precepto las conductas de distracción a fines distintos de la función pública –los anteriores arts. 433 y 434 CP 1995– (36).

En mi opinión, también caben bajo el actual artículo 432 del proyecto, las lesiones patrimoniales causadas en comisión por omisión, al tener el funcionario una posición de garante respecto del patrimonio público: así, el supuesto de consentir o permitir el funcionario que un tercero utilice el bien público siquiera temporalmente. El tipo de infidelidad también permitiría el castigo del funcionario que no realiza un contrato ventajoso para el estado, comunidad autónoma, provincia, etc., en perjuicio de éstos. También, la celebración por el funcionario de contratos sin contraprestación o a precios superiores a los reales o

(35) Vide «Delitos de malversación. Artículos 432 y ss.», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, op. cit., p. 923.

(36) La doctrina y jurisprudencia ha distinguido la malversación del artículo 432.1 CP95 de la del artículo 433 CP 95 por exigir el primero un *animus rem sibi habendi* –ánimo de apropiación definitiva–, mientras que el artículo 433 CP 1995 sólo exige un *animus utendi* –ánimo de uso temporal– y el reintegro de los caudales públicos en tiempo hábil. El artículo 434 CP 95 también tipifica una conducta de distracción de dar una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración, aunque exige ánimo de lucro propio o ajeno y un grave perjuicio para la causa pública.

creación de fondos ocultos de efectivo sustraído al control de la administración, con riesgo de pérdida del mismo.

a'') Tipo subjetivo.

Estamos ante un delito de daño patrimonial y no de enriquecimiento, sin que sea necesario el ánimo de lucro. Basta el dolo eventual. No se incrimina la imprudencia, no habiéndose tipificado desde que el artículo 395 CP 73 fuera derogado por el CP 1995, lo que ha sido criticado por algún autor que reivindica que vuelva a ser tipificado el comportamiento del funcionario que por abandono o negligencia inexcusable diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos (Manzanares).

a''') Perjuicio como resultado del delito.

Parece adecuado, según la doctrina mayoritaria, el concepto económico-jurídico de patrimonio, según el cual el patrimonio se encuentra integrado por bienes valorables económicamente –concepción económica de patrimonio– pero, al tiempo, se establecen restricciones de carácter jurídico exigiendo que la posesión de dichos bienes revista apariencia jurídica (37). Tal concepción implica la limitación de los bienes y derechos patrimoniales a los económicamente evaluables y exige, por otra parte, que sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación reconocida por el Ordenamiento jurídico. La evaluación del daño, al igual que en el delito de estafa, se realiza según el denominado principio del «saldo» (Saldierungsprinzip) que determina el daño patrimonial comparando el valor del patrimonio antes y después de la realización del hecho típico (38). Así debe entenderse por «perjuicio» cualquier menoscabo patrimonial verificado según el criterio del «saldo total», esto es, la comparación entre el estado patrimonial anterior a la acción delictiva y el estado patrimonial posterior. El criterio del saldo global es completado y matizado a través del criterio más específico de la «influencia individual del daño» que atiende al aspecto ulterior del valor de la utilidad individual del elemento patri-

(37) LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, J., *La malversación como delito de administración desleal*, op. cit., pp. 128 a 132. También NIETO MARTIN, A., *El delito de administración fraudulenta*, op. cit., pp. 26 ss. DE LA MATA BARRANCO, «Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa», en *Poder Judicial* núm. 34, 1994, p 295. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Delitos contra la propiedad y el patrimonio. I. Infracciones de uso*, Madrid, 1988.

(38) Cfr. HÜBNER, L. K., parágrafo 266, marg. 90: LABSCH, *Untreue (parágrafo 266) Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Dutung*, 1983, p. 318.

monial para determinar si ha existido un perjuicio típico desde la perspectiva de los delitos patrimoniales (39).

b) Conductas de apropiación.

El artículo 432.2 de la reforma establece que: «Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público».

El artículo 253 de la reforma regula el delito de apropiación indebida y queda redactado de la siguiente manera al haber sido reformado por el artículo único, apartado Centésimo cuadragésimo cuarto del Proyecto:

«1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de 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» (40).

«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, 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.»

La modalidad de malversación apropiativa relativa al patrimonio público tiene que consistir en una conducta apropiativa, por parte del funcionario público a efectos penales —equivalente a la del art. 432.1 del CP 1995—. Como puede observarse el nuevo delito de apropiación indebida al que remite el artículo 432.2, se configura de manera restringida, de modo que se suprimen los términos: «dinero», «efectos», «valores» así como «activo patrimonial» y la propia conducta de «distracción», todo lo cual se traslada a la administración desleal. Tam-

(39) *Vide* MARTOS NÚÑEZ, El perjuicio patrimonial en el delito de estafa», Madrid-1990. FARALDO CABANA, P., *Los delitos societarios*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.

(40) El artículo 252 CP 95 dice así: «Serán castigados con las penas del artículo 249 o 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable».

bién se elimina el término «administración» como medio de recibir el dinero o la cosa.

Así configurado el delito de apropiación indebida, se parece cada vez más al delito de apropiación indebida alemán (41). En el StGB, la figura del «Unterschlagung» castiga a través del parágrafo 246, la apropiación de cosa mueble ajena, de su sustancia o de su valor, con ánimo de apropiación, pero sin ataque alguno a la custodia ajena. Ésta es la interpretación de la doctrina mayoritaria alemana, que entiende la frase «que tenga en posesión o custodia» como criterio de delimitación con el hurto (42). Asimismo, la interpretación de la frase formulada por la ley, tener «en posesión» o «custodia», en alemán «Besitz» y «Gewahrsam», fue discutida en la doctrina y la jurisprudencia. *Besitz* es la posesión desde el punto de vista del Derecho Civil, y *Gewahrsam* es por el contrario la posesión penal, siendo la opinión mayoritaria que ambos conceptos deben interpretarse de manera idéntica (43).

b') Tipo objetivo.

El artículo 253 utiliza ahora sólo dos verbos –el verbo distraer ha sido eliminado– para expresar la acción que debe de realizar el sujeto activo; éstos son: «apropiarse» y «o negar haber recibido», pero la acción básica consiste en el *apropiarse*. En esta acción queda incluido

(41) El delito de apropiación indebida se regula en el parágrafo 246 del StGB. Dice así: «I. Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet, wird wegen Unterschlagung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe und, wenn die Sache ihm anvertraut ist, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.» «II. Der Versuch ist strafbar.» (I. El que teniendo en posesión o custodia un bien mueble ajeno, se lo apropia ilegalmente, será castigado con una pena privativa de libertad de hasta 3 años o multa, y si la cosa le fue confiada con pena privativa de la libertad de hasta cinco años o multa. II. La tentativa es punible). En el apartado I se prevén dos supuestos delictivos claramente diferenciables; por una parte, el tipo básico, la apropiación indebida simple (Unterschlagung) y por otra parte una figura cualificada, la apropiación indebida en sentido estricto (Veruntreuung-Unterschlagung), caracterizada por el elemento de la confianza en la entrega de la cosa, que corresponde a los casos en los que se toma la cosa en posesión con obligación de devolverla o de utilizarla para un fin. El segundo supuesto delictivo se corresponde con la apropiación indebida del artículo 252 CP 1995, mientras que en el primero caben los casos de apropiación indebida de cosa perdida o de dueño desconocido –art. 253 CP 1995–, apropiación de cosa recibida por error del transmitente –art. 254 CP 1995– y apropiación de tesoro oculto, etc. *Vide* SILVA CASTAÑO, M.^a L., *El delito de apropiación indebida...*, *op. cit.*, pp. 106 ss.

(42) Cfr. SAINZ-PARDO CASANOVA, J. A., *El delito de apropiación indebida*, pp. 39 y 40. Bosch casa Editorial-1977.

(43) LACKNER, *StGB*, 15 Aufl., parágrafo 246. ANM, MAURACH-SCHRÖDER, *BT I*, 6 Aufl 1977, S 317. SAMSON, *SKStGB*, 3 Aufl., 1980, parágrafo 246, Rdnr.5.

el negar haber recibido. El legislador presupone *iuris et de iure* que al negar haber recibido una cosa mueble por título que obliga a entregarla o devolverla, se la ha apropiado indebidamente (44). La negativa exterioriza el ánimo de apropiársela; ahora bien si concebimos la apropiación como disponer de la cosa ajena como propia, esta segunda variante del apropiarse es necesaria aunque sea como dato objetivo externo que pueda determinar la presunción de la misma.

Los títulos de recepción de una cosa mueble son de carácter ejemplificativo: «depósito», «comisión» «o custodia» –este último término nuevo añadido– lo importante es que «el título produzca la obligación de entregarla o devolverla»– en el precepto se dice «entregarlos o devolverlos» pero es evidente que al referirse a la cosa mueble debe ser «entregarla o devolverla». Dichos títulos de recepción de la cosa mueble constituyen relaciones jurídicas caracterizadas por una especial relación de confianza del que deposita en manos de otro, da en comisión o en custodia; expresan el quebrantamiento de una relación de confianza por parte del sujeto activo del delito respecto del sujeto pasivo. Así la afirmación de «*cualquier título que genere la obligación de entrega*», no puede hacer referencia a toda obligación de entregar o devolver asumida contractualmente, ya que no se trata de criminalizar los simples incumplimientos de contratos, para los que ya el Código Civil establece sus sanciones. La finalidad de la apropiación indebida está en sancionar «aquellos incumplimientos que importen, por encima de su aspecto contractual, el quebrantamiento de una relación de confianza análoga a la que motiva el depósito, la comisión y la custodia. El legislador no hubiera mencionado estos supuestos, si ellos no fueran necesarios para interpretar la fórmula general que completa la descripción típica. Por tanto existirá título que produzca la obligación de entregar o devolver, tal y como se describe en el artículo de la apropiación indebida, «cuando las cosas hayan sido confiadas a otro para que las tenga en su posesión y se comporte respecto de ellas como lo haría el dueño de las mismas. Tal es, en efecto, el contenido de una relación de depósito, de comisión o de custodia, en la que el depositario, el comisionista, el que tiene la custodia reciben las cosas para sustituir a su titular en la custodia o la percepción de las mismas» (45).

(44) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal Español...», *Parte Especial*, 5.ª ed. Madrid-1976, pp. 357 y 358.

(45) Cfr. STS de 3 de diciembre de 1990. En el mismo sentido, STS de 9 de noviembre de 1993. La jurisprudencia viene admitiendo como títulos válidos: *el comodato* –art. 1740 CC–, *el transporte, la prenda* –art. 1857 y 1863 CC–, *la aparcería, el arrendamiento* –art.1543 CC–, *el contrato de obra* –art. 1544 CC, cuando el

Se ha suprimido como título de recepción «la administración». Pienso que ello es un error pues deben distinguirse aquellos supuestos en que se concede un poder de disposición al autor por parte del mandante o del propietario del patrimonio y el administrador abusa de sus facultades, de aquellos otros supuestos en que el propietario o mandante no da ningún poder de disposición al autor sobre el patrimonio del primero, sino que éste sólo puede efectuar actos de administración ordinaria que no incluyen actos de disposición que le están vedados y que le están reservados en exclusiva al propietario. Los primeros supuestos encajan dentro de la administración desleal, pero los segundos si se produce un acto de apropiación por parte del administrador, deben ser subsumidos en el delito de apropiación indebida, pues el administrador dispone entonces de la cosa como si fuera propia. En efecto, el delito de apropiación indebida consiste precisamente en que el autor poseedor legítimo de la cosa, dispone de ella –cambia su función económica– ilegítimamente, ejerciendo una facultad que sólo corresponde al propietario, privando a éste duradera o definitivamente, de su derecho a gozarla (STS de 27 de diciembre de 1986, 13 de julio de 1988, 12 de noviembre de 1990, 7 de febrero de 1991) (46). De todos modos puede defenderse, que el título «administración» pueda seguir siendo utilizado en el delito de apropiación indebida, pues tales títulos como se ha dicho son meramente ejemplificativos, siendo lo importante y relevante que el título obligue a entregar o devolver la cosa.

La apropiación indebida cuenta en su estructura típica con dos momentos diferentes. El primero hace referencia a una posesión inicial legítima de la cosa por parte del sujeto activo, recibida en virtud de un título que obliga posteriormente a devolver aquello que inicialmente se ha entregado. El segundo momento lo constituye una apro-

comitente proporciona los materiales–, *contrato de servicios*, cuando se produzca una apropiación de los medios normales para el desarrollo del servicio o trabajo; *societad*, *compraventa a plazos con pacto de reserva de dominio por parte del vendedor*, por lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 50/1965 de 17 de julio de venta a plazos. Sin embargo, el TS en algunas sentencias posteriores, siguiendo a un sector de la doctrina, como MUÑOZ CONDE y CASTIÑEIRA PALOU, –que sostenían que a través de dicho contrato se transmite la propiedad y por eso no cabía el delito de apropiación indebida–, así la STS de 28 de noviembre de 1992. En cambio, están excluidos del delito de apropiación, según la jurisprudencia, *la compraventa, el préstamo o mutuo*, porque transmiten la propiedad de la cosa mueble, *el depósito irregular*, que se equipara al préstamo mutuo, *el contrato de cuenta corriente y el contrato de leasing*.

(46) En el mismo sentido del texto *vide* CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *Apropiación indebida y administración desleal del patrimonio público y privado*, *op. cit.*, p. 775.

piación ilegítima de aquello que inicialmente se entregó, no devolviéndolo o negando haberlo recibido (47).

El delito de apropiación indebida debe entenderse como un delito contra la propiedad que requiere «el quebrantamiento de la especial relación de confianza, en base a la cual la cosa entra en el ámbito del dominio del autor» (STS de 3 de diciembre de 1990). En la doctrina alemana es unánime la consideración de la acción del tipo de apropiación indebida, como la «*apropiación*» que realiza el autor de un bien mueble ajeno, basándose en la propia redacción del párrafo 246: «I. El que teniendo en posesión o custodia un bien mueble ajeno, se lo apropia ilegalmente, será castigado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o multa, y si la cosa le fue confiada, con pena privativa de la libertad de hasta 5 años o multa. II. La tentativa es punible». El contenido material del término «apropiación», se refiere a la usurpación de una posición similar a la del propietario, desplazando al anterior titular permanentemente de su posición, incorporando la cosa al patrimonio del autor. El concepto de «apropiación» –*Zueignung*– está constituido por dos elementos: 1. La apropiación en sentido estricto –*Aneignung*–, que ha de ser al menos transitoria y consiste en que el sujeto se atribuye un poder de disposición igual que el del propietario; y 2. La «*expropiación del titular*» –*Enteignung*–, que ha de ser permanente. Existe consenso en la doctrina en que el delito de apropiación indebida es un delito de resultado, que se consuma con la expropiación del bien mueble del titular, exigiendo algunos la causación de un perjuicio patrimonial (48).

A diferencia de la apropiación indebida debe resaltarse que, como dice Fernández Bautista, S. «las conductas de administración fraudulenta no implican la apropiación de aquellos bienes recibidos, precisamente porque el administrador que se enriquece con la administración fraudulenta de la sociedad no recibe los bienes en virtud de un título que obligue a devolverlos. Es más, el administrador no suele recibir nada. El sujeto activo de este delito únicamente ostenta un nombramiento formal –en el caso del administrador de derecho– o un poder fáctico –en el caso del administrador de hecho– que le habilita para la gestión del patrimonio social. Lo único que recibe el administrador,

(47) En este sentido siguiendo la jurisprudencia RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, pp. 37 ss. Madrid-1997.

(48) Vide SILVA CASTAÑO, M.^a L., *El delito de apropiación indebida...*, op. cit., pp. 93 ss.

por tanto, es *confianza*, basada en la presunción de que su gestión será llevada a cabo con la diligencia debida (art. 127 LS.A)» (49).

El bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida es, según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, la propiedad sobre bienes concretos.

b') Tipo subjetivo.

Toda la acción típica debe ser abarcada por el dolo y además debe concurrir el elemento subjetivo del injusto del *animus rem sibi habendi*, o sea, del ánimo de apropiación definitiva por parte del sujeto activo. Precisamente este ánimo de apropiación definitiva es lo que distingue los comportamientos apropiatorios de la malversación de los comportamientos en que sólo concurre un *animus utendi*, como es el caso de la distracción a finalidades ajenas a la función pública (arts. 433 y 434 CP 1995) del patrimonio público, que deben subsumirse en la administración desleal.

E) Tipos agravados

El número 3 del artículo 432 del Proyecto establece expresamente que: «Se impondrán las penas de prisión de dos a seis 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».

Debe destacarse que ahora las circunstancias a tener en cuenta son de carácter alternativo, basta que concorra cualquiera de las dos, ya no es necesario que deban concurrir conjuntamente como exigía el artículo 432.2 CP 1995 al utilizar una «y» en vez de una «o».

Se ha suprimido la referencia a cosas malversadas de valor histórico o artístico, así como a efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública, que se contenían en el artículo 432.2 CP 1995.

Finalmente se prevé en un apartado *«in fine»* un tipo super agravado castigado con pena en su mitad superior –penas de prisión de seis años y un día a ocho años y de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a 10 años –pudiéndose llegar hasta la superior en grado– ocho años y un día a 12 años de prisión e inhabilitación absoluta de 10 a 15

(49) Cfr. FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., «Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)», en *Derecho Penal de Empresa* (Corcoy Bidasolo, dir.), p. 110. Pamplona 2002.

años–, para el supuesto de que el perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros.

Debe de aclararse que dichos tipos agravados son aplicables tanto a la malversación configurada como administración desleal, como a la malversación configurada como apropiación indebida, es decir a los dos número: 1 y 2 del artículo 432.

III. EL ARTÍCULO 433

El artículo único, apartado Ducentésimo sexto del Proyecto establece que: «Se modifica el artículo 433 que queda redactado como sigue»:

«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 Proyecto ahora ha suprimido el perturbador apartado segundo del precepto del Anteproyecto de 2013 que decía:

«En este caso, si los hechos se hubieran cometido mediante la mera utilización de los bienes o efectos para fines ajenos a la función pública, se impondrá una pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de tres a seis meses.»

Dicho apartado segundo era de difícil interpretación tal como estaba redactado. Entendí que debía efectuarse una interpretación correctiva, de modo que el apartado primero se refería en realidad exclusivamente a los hechos regulados en el artículo 432.2, o sea la malversación apropiatoria, y ello porque si bien el texto del mismo empieza diciendo «Los hechos a que se refiere el artículo anterior» –aparentemente refiriéndose a las dos modalidades de malversación, la de administración desleal y la apropiatoria– sin embargo, al final dice: «cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores *apropiados* sea inferior a 4.000 euros, de modo que al utilizarse el término “apropiados” no deja lugar a dudas que se estaba refiriendo únicamente a la malversación en su modalidad de apropiación, pues la de administración desleal carece de actos de apropiación». También en el artículo 432.3 CP 1995 el tipo atenuado cuando la sustracción no alcanza la cantidad de 4.000 euros se refiere exclusivamente al

supuesto de sustracción de los caudales públicos, o sea, de apropiación de los mismos.

En cambio, el apartado segundo, debía ser interpretado en el sentido de que se refería única y exclusivamente a los hechos del artículo 432.1 –malversación de administración desleal cometidos mediante la mera utilización de los bienes o efectos para fines ajenos a la función pública– y «este caso» se refiere a que el perjuicio causado o el valor de los bienes sea inferior a 4.000 euros.

Así entendido el precepto, resultaba que si el perjuicio causado o el valor de los bienes objeto de malversación era de más de 4.000 euros, se aplicaban las mismas penas –prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años– para ambas modalidades de malversación, tanto la de administración desleal como la de apropiación. Pero si dicho importe era inferior a dicha cantidad de 4.000 euros, entonces se discriminaba en las penas imponibles según la modalidad de malversación fuera apropiatoria o de administración desleal, de modo que en el supuesto de la malversación apropiatoria se castigaba con las penas 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, y en el supuesto de la malversación como administración desleal de cometerse los hechos mediante la mera utilización de los bienes o efectos para fines ajenos a la función pública, se impondría sólo una pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de tres a seis meses.

Estamos ahora, ante un tipo atenuado de malversación, tanto de la malversación configurada como administración desleal –art. 432.1– como la malversación de carácter apropiativa –art. 432.2–, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros.

IV. EL ARTÍCULO 433 BIS

Dicho artículo introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal, dice así:

«1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación eco-

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

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

«3. Si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses».

Dicho precepto no ha sido derogado por la disposición derogatoria Única del Proyecto, por lo que debe entenderse que se mantiene, salvo en lo que pudiera oponerse al Proyecto.

Por tanto formando parte del CP y no habiendo sido modificado en la reforma, no procede en este momento ocuparnos de él.

V. EL ARTÍCULO 434

El artículo único, apartado duocentésimo séptimo del Proyecto establece que «Se modifica el artículo 434, que queda redactado del siguiente modo:

«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.»

Se introduce en este precepto por primera vez en sede de malversación una semi-excusa absolutoria o atenuante específica por razones político-criminales: la primera razón de ellas: el objetivo pretendido por el pre-legislador de obtener la reparación efectiva e íntegra del perjuicio causado al patrimonio público por el sujeto activo del delito. La segunda es obtener la colaboración activa del autor 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.

Nos recuerda a lo establecido en el artículo 305.6 CP relativo al delito fiscal, número 6 introducido por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la LO 10/1995 de Código Penal (50), y también a lo establecido en el artículo 579.4 del CP, relativo a los delitos de terrorismo (51).

En este precepto, deben distinguirse tres conductas distintas:

- a) Que el sujeto activo del delito de malversación haya reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público.
- b) Que haya colaborado activamente con las autoridades y sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.
- c) Que haya colaborado activamente con las autoridades y sus agentes para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos.

Y puede verse favorecido por dicha atenuante específica cualquier sujeto activo de los hechos tipificados en el Capítulo VII, por consiguiendo también los autores de malversación impropia del artículo 435 en relación con los anteriores preceptos.

Comprendemos el objetivo perseguido por el pre-legislador en la conducta *a)* de obtener la reparación íntegra de lo malversado, máxime en una situación de crisis económica como la que soporta nuestro país desde hace ya unos años. Y la persecución de dicho objetivo no deja de ser una decisión político criminal.

Debe destacarse que en el apartado *a)* no se exige el requisito temporal, como en la circunstancia atenuante 5.^a del artículo 21 CP de reparación del daño, con la que se solapa al menos parcialmente, de

(50) El artículo 305.6 CP establece: «Los Jueces o Tribunales podrán imponer al obligado tributario o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado tributario o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito».

(51) El artículo 579.4 CP establece: «En los delitos previstos en esta sección, los jueces y tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que hay participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables...».

que la reparación se efectúe con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

En la conducta *b*) se echa de menos que la colaboración sea eficaz, lo que no se exige, así como que no se haga referencia la propia obtención de pruebas.

En la conducta *c*) tampoco se exige que el tal esclarecimiento se obtenga (52).

El Informe de la Fiscalía General del Estado recaído sobre el Anteproyecto afirma que se crea «una sensación de condescendencia con las funciones públicas, muy pernicioso para la confianza de los ciudadanos en el Derecho».

Roca Agapito, L., afirma, refiriéndose al Anteproyecto, que «esta atenuante específica para los funcionarios malversadores resulta inaceptable tanto desde un punto de vista político, como jurídico. Políticamente no resulta coherente con el mensaje de tolerancia cero que se quiere dar hacia este tipo de conductas corruptas. Jurídicamente tampoco resulta aceptable, pues si a la atenuante específica le sumamos un posible pacto de conformidad, al final un funcionario que se ha aprovechado de su cargo para llevarse el dinero público puede ser condenado a una pena ridícula. Por ejemplo, la pena prevista para los casos más graves de malversación es de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta de 10 a 20 años. Si por efecto de la atenuante se rebaja en dos grados, aquella pena quedaría reducida a prisión de uno a dos años menos un día e inhabilitación absoluta de dos años y seis meses a cinco años menos un día...» (53). Dicho autor sigue diciendo: «Esto es inadmisibles tanto desde el punto de vista preventivo de la pena, como desde la retribución. Además, esta atenuante específica no añade nada a las atenuantes previstas ya con carácter general de confesión y reparación del daño en los artículos 21.4 y 21.5 CP. Por otra parte, la atenuante específica sólo piensa en la reparación del daño al erario público, pero no dice nada acerca del perjuicio que se haya podido causar a la prestación del servicio público. Lo único que cuenta es que se reintegre el dinero malversado, pero nada más. Para esto ya está previsto el comiso y la responsabilidad civil» (54).

(52) Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, *La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal para la reforma del Código Penal*, op. cit., p. 7.

(53) Cfr. ROCA AGAPITO, L., *Delitos de malversación: Artículos 432 y ss.*, op. cit., p. 927.

(54) *Ibidem...*, p. 927.

Esta crítica ha perdido algo de virulencia, ahora al haber el proyecto aumentado, como se ha visto con anterioridad, las penas imponibles a los delitos de malversación, que pueden llegar a un máximo de 12 años de prisión y a 15 años de inhabilitación absoluta, en el supuesto de que el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros.

Debe remarcar además, como ha puesto de manifiesto Manzanares, con referencia al Anteproyecto, que dicho precepto podría tener efecto retroactivo al ser favorable al reo ex artículo 2.º del CP con lo que de mantenerse podría beneficiar a muchos malversadores que están cumpliendo condena por delito de malversación (55). Dicha crítica puede sostenerse incluso ahora, con referencia al Proyecto, puesto que se señalan las penas de dos a seis años de prisión para los supuestos de malversación como administración desleal y apropiativa, cuando el artículo 432.1 CP 1995 castiga la apropiativa con las penas de tres a seis años de prisión.

Finalmente, también ha puesto de manifiesto dicho autor que cabe la posibilidad de que se aplique la atenuante específica del artículo 434 por conductas de colaboración activa y luego se aplique la circunstancia atenuante genérica de reparación del daño del artículo 21.5 CP.

Todo ello nos lleva a mantener –incluso con la referida agravación de las penas imponibles–, una posición crítica sobre dicho precepto, máxime en un momento en que es necesario más que nunca la lucha contra la corrupción de forma eficaz, y preceptos como éste pueden diluir o debilitar todos los esfuerzos realizados al efecto.

VI. ARTÍCULO 435

El artículo único, apartado ducentésimo octavo del Proyecto establece que: «se añade un número 4 al artículo 435, con la siguiente mención:

4. A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se altera el orden de pagos de los créditos establecidos en la Ley.»

(55) Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, *La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal*, op. cit., p. 7.

El Proyecto, como ya hacía el Anteproyecto, añade un número más al artículo 435 del CP. En dicho precepto se regula en general la malversación impropia, llamada así la malversación por la mayoría de la doctrina (56), si bien algunos autores optan por dar dicha denominación a las conductas de distracción en que no se da ánimo de apropiación definitiva (por ejemplo la del art. 433 CP 1995), así Queralt Jiménez, Ortiz de Urbina Gimeno, I (57).

La malversación impropia se diferencia respecto de la malversación propia en que el sujeto activo no es un funcionario público a efectos penales, sino un particular al que la ley penal le asimila al funcionario de modo que sólo es funcionario de modo ficticio. Asimismo en el número 3 del artículo 435 se da una doble ficción, pues además de ser el sujeto activo un funcionario ficticio, el objeto material del delito tampoco es un bien o efecto público sino privado pero se le considera como si fuera público a efectos de este delito. Asimismo las conductas de apropiación o de administración desleal o de distracción a otros fines diferentes a la función pública de los artículos 432 y ss. les son aplicables extendiéndoles las penas señaladas en dichos preceptos.

El artículo 435 CP 95 viene regulado así:

«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.»

Es importante aclarar que las conductas de administración desleal o de apropiación en que puede consistir la malversación, reguladas en los artículos anteriores, son extensibles a sujetos que no son funcionarios públicos a efectos penales, debiéndose imponer las mismas penas que las señaladas en dichos preceptos.

(56) Así ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*. *Op. cit.*, p. 281 ss. y nota 5, p. 25. SUÁREZ MONTES, *El delito de malversación...*, *op. cit.*, pp. 832 ss. MIR PUIG, C., *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal...*, *op. cit.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, t. III, Madrid-1990, p. 390, nota 296, etc.

(57) Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, Barcelona-1996, p. 673. También ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «La malversación», en *Lecciones de derecho penal*, p. 343, ed. Atelier, 2011.

En los dos primeros números el sujeto activo es un particular asimilado legalmente al funcionario, mientras que el objeto es siempre un bien o efecto público.

En el núm. 1 es nuclear el verbo «encargar», que debe entenderse como *encomienda específica sobre unos determinados bienes* y con un alcance delimitado. El encargo podrá tener como contenido la gestión, la administración, la custodia o la inversión de caudales públicos. «Por cualquier concepto» debe entenderse cualquier título de los referidos (también el mandato, el depósito, la comisión, etc.). Y dicho encargo debe ser efectuado por autoridad o funcionario público competentes. Así pueden ser sujetos activos a título de ejemplo particulares titulares de agencias ejecutivas de recaudación, contratado laboral de empresa pública que prestaba sus servicios como encargado de confeccionar nóminas de los empleados y de llevar la contabilidad de la sociedad, que se apoderó de los cheques que tenía a su cargo ingresando en su cuenta corriente el importe de los mismos (STS de 5 de febrero de 1993); el vigilante de un museo que se halla encargado de custodiar determinados bienes de una sala, una auxiliar de caja en las oficinas de recaudación Municipal, cuyo concesionario era un particular (STS de 14 de mayo de 1990); titular de una Administración de Loterías que se apropia de la liquidación de varios sorteos (SAP Santa Cruz Tenerife de 28 de mayo de 1997), personal de las entidades bancarias colaboradoras en el cobro de impuestos y tributos, etc.

En el núm. 2 el sujeto activo es un particular legalmente designado como depositario de caudales o efectos públicos. No se trata de unos depositarios cualquiera, sino que deben estar «legalmente designados», es decir que la designación debe constar en una norma jurídica, que es lo que distingue este supuesto del núm. 3 del artículo 435 en el basta la designación por autoridad pública.

Es el caso del habilitado-graduado social que es depositario administrador *ex lege* de pensiones a él remitidas para que las pague a sus respectivos perceptores (STS de 30 de noviembre de 1992).

En el número 3.º el sujeto activo es un particular administrador o depositario de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, de propiedad privada.

Este es el supuesto más evidente de malversación impropia, al darse la doble ficción de funcionario y de bien público, cuando el sujeto no es ni un funcionario ni los bienes son públicos, pero el CP los asimila a funcionario y efectos públicos.

Es el llamado «quebrantamiento de depósito» que ha dado lugar a numerosa jurisprudencia. En realidad, late la idea de desobediencia a la autoridad, y algún autor considera que dicho precepto debe ser tras-

ladado junto a los delitos de alzamiento de bienes, por ser el bien jurídico protegido los intereses de los acreedores (58). El supuesto más común es el nombramiento por autoridad pública –ej. un juez– del deudor de los bienes propios embargados como depositario, de modo que si enajena dichos bienes embargados incurre en este delito de malversación impropia.

Pues bien, tras examinar someramente los 3 números del artículo 435 CP 1995, ahora nos corresponde examinar el nuevo número 4 añadido por el Anteproyecto y mantenido por el Proyecto.

Un sector de la doctrina (59), así como el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto, consideran que el nuevo número 4 es innecesario, al entender que en el núm. 3 ya tienen cabida los administradores, y el administrador concursal es un administrador. El referido informe dice que «hay que recordar que el nombramiento de un administrador concursal por la autoridad judicial tiene como finalidad principal asegurar los bienes de la masa de cara a la satisfacción de los créditos, y que con la aceptación del cargo el administrador concursal asume obligaciones específicas de administración y custodia del patrimonio a él confiado, por lo que no hay duda de que los bienes que gestiona se encuentran bajo depósito judicial o secuestro. No hay que olvidar que el artículo 1785 del Código Civil establece que el aseguramiento de los bienes acordado por autoridad judicial es una forma de depósito judicial o secuestro. Por tanto, los administradores concursales lo son respecto de bienes secuestrados por autoridad pública, como ya dispone el artículo 435.3.º CP vigente, lo que hace inexplicable la necesidad del supuesto que el Proyecto, siguiendo el Anteproyecto, pretende introducir. De hecho, la jurisprudencia ha aplicado el delito de malversación impropia del artículo 435.3.º CP a los administradores judiciales (STS núm. 2395/2001, de 12 de diciembre)...» (60).

(58) Así ROCA AGAPITO, L., *Delitos de malversación: Artículos 432 y ss.*, *op. cit.*, p. 928. Dicho autor dice también que así, con el desplazamiento del precepto a los delitos de alzamiento de bienes, se gana que la malversación quede circunscrita a conductas que recaen exclusivamente sobre el patrimonio público.

(59) *Vide* ROCA AGAPITO, L., *Delitos de malversación...*, *op. cit.*, p. 928.

(60) El Dictamen del Consejo de Estado de 27 de junio de 2013 sobre el Anteproyecto de 3 de abril de 2013 dice al referirse al artículo 435.4 que «su tratamiento penal se basa en las funciones de índole pública que les están legalmente encomendadas en determinados ámbitos, lo que, en criterio de este Consejo, justifica que queden incluidos en el ámbito de aplicación del referido delito».

VII. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 438

En el Código Penal de 1995, bajo el Capítulo VIII «De los fraudes y exacciones ilegales», dentro del Título XIX «Delitos contra la Administración Pública», se incluye el artículo 438 que establece que: «La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

En el Anteproyecto no se tuvo en cuenta para nada dicho precepto, sin que se efectuara esfuerzo alguno o se diera explicación alguna para ajustar la reforma a dicho precepto o resolver el posible concurso con el artículo 432, lo que fue criticado por el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 16 de enero de 2013, que llegó a decir que «Da toda la impresión de que el Anteproyecto ha olvidado, simplemente, que existe en el Código Penal vigente el delito de apropiación indebida cometido por funcionario público en el ejercicio de su cargo, que es un tipo separado del de malversación, y, por tanto, ha ignorado los problemas concursales que el mismo puede presentar con la nueva regulación. De modo que ha creado un galimatías en el que resulta imposible otorgar coherencia a la integración del Anteproyecto con las disposiciones vigentes que se mantienen inalteradas».

Ahora el Proyecto lo que ha hecho en el artículo único del apartado Duodécimo noveno es modificar el artículo 438, que queda redactado como sigue:

«La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o de fraude de prestaciones del Sistema de Seguridad Social del artículo 307 ter, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código.»

Así, pues, el Proyecto, al suprimir el delito de apropiación indebida del artículo 438, resuelve de un plumazo todos los problemas, a veces, irresolubles planteados por la nueva configuración del delito de malversación.

De este modo, el funcionario público que cometa una apropiación indebida que afecte a la propiedad o patrimonio privado ajenos deberá ser castigado por el artículo 253 o en su caso por el artículo 252 si es

un supuesto de administración desleal, con aplicación, en su caso, en ambos casos de la agravante genérica del artículo 22.7.^a de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, mientras que si dicha apropiación indebida afecta al patrimonio público cometerá un delito de malversación del artículo 432.1 o 2.

VIII. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo dedicado al estudio de la reforma de la malversación por el Proyecto de Código Penal de 2013, cabe extraer:

1.º Lo acertado de la reforma de establecer *ex novo* en el Código Penal español, lo que eminentes miembros de la doctrina española reclamaban hace ya unos cuantos años, como E. Bacigalupo(61), De La Mata Barranco(62), Silva Castaño, M.^a L.(63), un nuevo delito genérico de Administración desleal, que afecta a patrimonios individuales ajenos, ubicado dentro de los delitos contra el patrimonio, y no sólo en el estricto ámbito societario como hace el Código Penal de 1995 en el artículo 295, que por cierto la reforma deroga, trasladándolo de hecho al nuevo artículo 252. De este modo y mediante el adelgazamiento del delito de apropiación indebida del artículo 252 CP 1995, del que se suprimen la frase «*distrajereren dinero,efectos, valores,..o activo patrimonial*», así como el término «*administración*», se da una solución dogmática más idónea a los supuestos, por ejemplo, de «distracción del dinero como cosa fungible», cuyo bien jurídico afectado es claramente el derecho de crédito y por ello el patrimonio, pues cuando se entrega el dinero por su titular transmite la propiedad del mismo como cosa ultra-fungible en virtud del artículo 1753 del Código Civil(64), perdiendo la propiedad el que

(61) Bacigalupo, E., «Protección Penal del patrimonio societario: la necesidad de un delito de Administración Desleal en el derecho penal español», *Actas de las Jornadas en Honor al Profesor Klaus Tiedeman*, p. 25, Universidad Autónoma, Madrid, 1992.

(62) DE LA MATA BARRANCO, N., *Tutela Penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*, p. 101, Editorial PPU, S. A., Barcelona, 1994.

(63) Cfr. SILVA CASTAÑO, M.^a L., *El delito de apropiación indebida...*, *op. cit.*, siguiendo a E. Bacigalupo.

(64) El artículo 1753 del Código Civil español dice: «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad».

entregó el dinero, que adquiere el sujeto activo del delito (65), de modo que el delito de apropiación indebida de cosa mueble se reduce a ser un delito cuyo único bien jurídico es la propiedad –art. 348 Código Civil (66)–, cual acontece en derecho penal alemán.

2. El nuevo artículo 254.1 –que introduce el artículo único, apartado Centésimo quincuagésimo quinto del Proyecto siguiendo el Anteproyecto con una nueva redacción (67)– (que al parecer pretende sustituir a los arts. 253 –apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido– y 254 –apropiación de cosa recibida por error del transmitente– del CP 95, y abarcar los supuestos de apropiación de tesoro oculto, etc.), adolece de una falta muy grave de taxatividad, que puede provocar serios problemas concursales (68), y puede producir una muy elevada inseguridad jurídica. En efecto, parece indicar la frase: «*fuera de los supuestos del artículo anterior*», que se refiere al delito de apropiación indebida sin quebrantamiento de la relación de confianza entre el sujeto pasivo y el activo, pues en el artículo 253 se regula el delito de apropiación indebida con quebrantamiento de dicha relación de confianza. Pero tienen razón Castro Moreno-Gutiérrez Rodríguez cuando dicen que «leyendo el precepto, es difícil excluir del mismo las conductas del hurto, por ejemplo» (69). Dicho nuevo precepto nos recuerda el primer párrafo del parágrafo 246 del StGB alemán que dice: «El que teniendo en posesión o custodia un bien mueble ajeno, se lo apropie ilegalmente, será castigado con una pena privativa de libertad de hasta tres años o multa...». Pero el nuevo artículo 254.1 ni siquiera exige que el sujeto activo tenga en posesión o custodia un bien mueble ajeno. Como mínimo debería exigirse tam-

(65) Vide MANJÓN-CABEZA, *Nuevo enfoque del delito de apropiación indebida. Especial consideración de la no devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción y adquisición de viviendas*, p. 225. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense. Editorial Civitas, S.A. 1988.

(66) El artículo 348 CC dice: «La propiedad es el derecho a gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El Propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla».

(67) El nuevo artículo 254 dice así: «1. Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años. 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 dos 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».

(68) Cfr. CASTRO MORENO, A. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ: «Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado», *op. cit.*, p. 777, en *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*.

(69) *Ibidem*, p. 777.

bién esto último, es decir que el sujeto activo tenga la posesión de la cosa mueble ajena (70). Por ello entendemos que debería concretizarse más dicho precepto.

3. En cuanto al delito de malversación, debe destacarse que la remisión que se hace por el nuevo artículo 432 a los nuevos artículos 252 –delito de administración desleal del patrimonio individual ajeno– y 253 –delito de apropiación indebida–, puede entenderse como una *acentuación del carácter patrimonial* del delito de malversación. Es cierto que un sector doctrinal representado por Bajo Fernández-Pérez Manzano, M. (71), por ello, por entender la malversación como un delito patrimonial, criticaban la severidad de las penas que contenía la malversación frente a las del delito de apropiación indebida, que consideraban desproporcionadas. Sin embargo, creo que *el péndulo ha ido de un extremo al otro, pasando de una máxima penalidad a una penalidad insuficiente*, aunque mucho más claramente en el Anteproyecto que en el Proyecto en que las penas imponibles a los delitos de malversación se han aumentado considerablemente respecto de las del Anteproyecto. Así de castigarse la malversación con hasta la pena de reclusión menor –de doce años y un día a veinte años de prisión– en el Código Penal de 1973, a llegarse prácticamente a la impunidad si se mantiene el nuevo artículo 434 –tipo privilegiado o excusa semiabsolutoria– en que es posible la rebaja de la pena hasta dos grados. Tal vez *una solución intermedia* es que sólo se permitiera una rebaja en un grado. En la lucha contra la corrupción política no puede darse mensaje alguno de tibieza, sino que el mensaje a dar es el de tolerancia cero a dicho fenómeno, aunque con una aplicación proporcionada de las penas.

4. En mi opinión es acertada la supresión del apartado segundo del artículo 433 del Anteproyecto, porque debía efectuarse una interpretación correctiva para paliar la defectuosidad de su redacción, cuya interpretación literal era prácticamente imposible.

(70) ASÍ SILVA CASTAÑO, M.^a L., *El delito de apropiación indebida...*, op. cit., pp. 106 ss. y 204. Dicha autora sostiene que el artículo 252 CP 95 contiene la regulación de un delito de apropiación indebida cualificado por el quebrantamiento de la relación de confianza entre sujeto pasivo y activo del delito; mientras que el párrafo primero del párrafo 246 –*Unterschlagung*– regula un tipo básico que no requiere dicho quebrantamiento de la relación de confianza, que sí se requiere en el párrafo segundo del párrafo 246 que contiene un tipo cualificado que requiere dicho quebrantamiento –*Veruntreuung-Unterschlagung*–, al igual que sucede en el artículo 252 CP 1995. Y afirma que en el primer párrafo del párrafo 246 podrían cobijarse los supuestos de apropiación indebida de cosa perdida o de cosa entregada por error, etc.

(71) Vide BAJO FERNÁNDEZ-PÉREZ MANZANO, M., *Manual de derecho Penal, Parte Especial. Delitos Patrimoniales y Económicos*, p. 412, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1993.

También considero acertada la supresión del delito de apropiación indebida del objeto del artículo 438 CP 95, en la nueva redacción dada por el Proyecto, que el Anteproyecto se había olvidado de modificar, y así se evitan los irresolubles problemas concursales del artículo 438 con el delito de malversación del artículo 432.2.

5. Finalmente, en mi opinión, es totalmente acertado mantener los delitos de malversación entre los delitos contra la Administración Pública, por cuanto el bien jurídico afectado no es sólo la propiedad pública en la malversación de carácter apropiativa o apropiatoria, o el patrimonio público en la malversación en su modalidad de administración desleal del patrimonio ajeno, agravado por la condición de funcionario público del sujeto activo con el deber de custodia de los bienes públicos, sino también el correcto funcionamiento de la función pública, entendida como servicio público, en la relación funcionario-ciudadano, en concreto, la correcta gestión del erario público para poder atender a los servicios públicos, es decir, la capacidad prestacional con carácter funcional. Y eso constituye un «plus» respecto de los delitos contra la propiedad o el patrimonio, que debe ser valorado en el señalamiento de las penas, que explica unas mayores penas que las señaladas a los delitos meramente patrimoniales.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, J.: «Estafa», en *NEJ Seix*, t. IX, Barcelona, 1958.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: «La administración desleal en el nuevo Código Penal», en *La Administración desleal. Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, pp. 195-215. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: *La realización arbitraria del propio derecho*. Editorial Civitas, S.A., 1976.
- *Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago*. Madrid. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1975.
- BARJA DE QUIROGA, Jacobo López Barja de Quiroga: «La malversación como delito de administración desleal», en *La Administración desleal, Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, pp. 113-144. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- CASTIÑEIRA PALOU, M.^a Teresa: *Ventas a plazos y apropiación indebida*. Barcelona. Bosch, Casa Editorial, S.A. 1983.
- CASTRO MORENO, Abraham y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María: «Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Coord. Álvarez García, F. J., Dopico Gómez, J., Díez Ripollés, J. L. Editorial Tirant lo Blanc, 2013.

- DE LA MATA, Norberto J. y ETXEBARRIA, Xabier: *Malversación y lesión del patrimonio público*. Barcelona. J. M. Bosch Editor, S.A. 1995.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. «Delitos contra la administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», en *La Ley (Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía)*. T. Jurisprudencia 2 de 1997.
- FARALDO CABANA, Patricia: *Los delitos societarios*. Valencia, Tirant lo Blanc, 1996.
- FERNÁNDEZ, Bautista, Silvia. «Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295 CP)», en *Derecho penal de la Empresa*, pp. 109-129. Pamplona, 2002.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, José: «Apropiación indebida de dinero», en *La Administración desleal. Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, pp. 147-161. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: «La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal», en *Diario la Ley* núm. 8104, Sec. Doctrina, 13 de junio de 2013, año XXXIV, La Ley 3031/2013, pp. 1-9.
- MIR PUIG, Carlos: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*. Barcelona. J. M. Bosch Editor, 2000.
- «Comentarios al Código Penal». Reforma LO 5/2010 artículos 432 y ss. pp. 938-953. En *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2011.
- NIETO MARTÍN, Adán: *El delito de administración fraudulenta*. Editorial Praxis, 1996.
- ROCA AGAPITO, Luis: *El delito de malversación de caudales públicos*. Barcelona. J. M. Bosch Editor, 1999.
- «Delitos de malversación artículos 432 y ss.», en *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, pp. 921-928. Coord. Álvarez García, F. J., Dopico González, J., Díez Ripollés, J. L. Editorial Tirant lo Blanch, 2013.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *El hurto propio*. Madrid. Ed. Ministerio de Justicia y CSIC, 1988.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa; «La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios», en *Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, vol. 1, núm. 2 (2.º semestre de 1998). Editorial McGraw-Hill, pp. 173. Madrid, 1997.
- SAINZ-PARDO CASANOVA, José A.: *El delito de apropiación indebida*. Barcelona. Bosch, casa editorial, S.A., 1978.
- SILVA CASTAÑO, María Luisa: *El delito de apropiación indebida y la administración desleal del dinero ajeno*. Dykinson, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*. Madrid, Edisofer, S.L., Libros Jurídicos Editorial IB de F. Montevideo-Buenos Aires, 2013.
- ZUGALDÍA ESPINAR: *Delitos contra la propiedad y el patrimonio. Infracciones de uso*. Madrid. Ed. Akal, 1988.