

que consideran que es suficiente con que, de alguna manera, los caudales hayan llegado a poder del funcionario público con ocasión de sus funciones.

b) Tenencia por razón de la función

La tenencia de los caudales o efectos públicos implica que el funcionario ha de tenerlos por razón de las atribuciones propias del cargo que desempeña, esto es, cuando se encuentra dentro de sus competencias la tenencia de los citados caudales. Como consecuencia de la necesidad de que se trate de caudales que sean tenidos por el funcionario por razón de su competencia, habrán de excluirse todos aquellos que proceden de algún acto abusivo o ilegítimo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, claramente opta por mantener al respecto una interpretación amplia. Así, por ejemplo, afirma que no es necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia que las disposiciones atribuyen al cuerpo administrativo a que pertenezca, sino que basta con que los caudales públicos hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público.

3. Figuras delictivas

En la actualidad es usual reservar el término *malversación impropia* para aquellas figuras delictivas (art. 435) que no exigen que el sujeto activo sea funcionario público ni que los caudales o efectos sean propiamente públicos; y, englobar bajo la denominación de *malversación propia* todas las conductas que cumplan dichas características en cuanto al sujeto activo y al objeto material.

Así pues, distinguiremos entre la malversación propia, que comprende las figuras descritas en los arts. 432, 433 y 434, y la malversación impropia, que se encuentra recogida en el art. 435. A su vez, dentro de la malversación propia habrá que distinguir según se trate de conductas de apropiación (art. 432), y conductas de uso (art. 433 y 434).

4. Malversación propia

A) Conductas de apropiación

a) Por acción

Aparece recogida en el art. 432.1 del Código penal, conforme al cual «la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de ».

El verbo rector del tipo, «sustraer», resulta inadecuado por cuanto, por definición, los caudales o efectos públicos tienen que estar al cargo del funcionario. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia interpreten este término en el sentido de apropiación. Esta apropiación ha de ser con ánimo de hacer el funcionario suyos los caudales o efectos públicos y no con ánimo de mero uso y de posterior reintegro, pues, la concurrencia de este ánimo últimamente indicado conduce a otra calificación jurídica, al peculado de uso, previsto en el art. 433.

Es evidente que es posible la tentativa.

El marco penal *agravado* surge en los tres supuestos siguientes:

a) Cuando la malversación revistiera especial gravedad.

b) Cuando las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico.

c) Cuando se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

El marco penal *atenuado* es absolutamente objetivo y exacto: entrará en aplicación cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros.

b) Por comisión por omisión

Como dijimos, junto a la modalidad activa, el Código recoge la figura omisiva. Sólo se encuentra prevista la comisión por omisión dolosa.

Aparece recogida en el art. 432.1 del Código penal, conforme al cual «la autoridad o funcionario que, con ánimo de lucro, () consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena».

Describe aquí el código un supuesto de comisión por omisión doloso, lo que significa que el funcionario ha de encontrarse en posición de garante, y que, por ello, no basta con un no hacer sino que, además, el funcionario viene obligado a evitar que se produzca el resultado consistente en la sustracción de los caudales o efectos públicos.

B) Conductas de distracción

Bajo este apartado han de incluirse aquellas figuras delictivas que se refieren a la conducta del funcionario que actúa sin ánimo de apropiarse los caudales públicos, pero sí con ánimo de usarlos y, por ello, los aparta de la finalidad a la que estaban destinados.

a) Aplicación a usos ajenos a la función pública

Conforme al art. 433 párrafo 1º del Código penal, «la autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años».

El art. 433 recoge lo que se denomina el *peculado de uso*. En efecto, la diferencia entre los arts. 433 y el 432 se concreta en el tipo subjetivo de cada uno de ellos: en el correspondiente al art. 432, el funcionario actúa con ánimo de incorporar los caudales o efectos públicos a su patrimonio, mientras que en esta figura de distracción del art. 433, el funcionario actúa con ánimo de uso de los caudales y, consiguientemente, con ánimo de reintegrarlos posteriormente. Se trata, pues de una malversación de uso.

El reintegro: el párrafo 2º del art. 433 dispone que «si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior». En otras palabras, de no realizar el funcionario el reintegro en el plazo indicado, la pena será la correspondiente al funcionario que sustrae los caudales.

b) Aplicación privada de bienes de titularidad pública

Conforme al art. 434 «la autoridad o funcionario público que con, ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años».

El art. 432 se refiere a conductas de apropiación y el art. 433 abarca los supuestos de uso, por lo que, a continuación, tendremos que decir cuales son las conductas que acoge el art. 434. Tarea que el legislador no ha puesto nada fácil, pues, si ya tenemos la apropiación y el uso ¿que quiere decir dar una aplicación privada?

El art. 434, se refiere a dar una aplicación privada a bienes de titularidad pública. ¿Esto implica apropiación o uso? El art. 434 se refiere tanto a conductas de sustracción como de uso. Se distingue del art. 432 en que en éste se exige una relación entre el funcionario y los caudales, relación que no se pide en el art. 434. Esta diferencia explica porque el art. 434 tiene una pena menor en relación con el art. 432: en el art. 434 el sujeto activo no es garante en cuanto a los concretos bienes públicos sobre los que recae la acción del funcionario o autoridad. También así se explica la relación de este precepto con el hurto. Además esta interpretación permite una mayor protección de los bienes públicos. En efecto, al no exigir ninguna relación entre el sujeto activo y los bienes públicos, se está protegiendo a estos por el hecho de ser públicos.

5. Malversación impropia

Se denomina malversación impropia, pues, el Código extiende los tipos de malversación a sujetos activos que no tienen la consideración de autoridad o funcionario público, es decir, a personas que no reúnen los especiales elementos de la autoría exigidos por el tipo penal.

Conforme al art. 435 del Código penal, «las disposiciones de este capítulo son extensivas:

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

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

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

Atendiendo a los sujetos activos, podemos distinguir dos grupos:

A) Encargados

La extensión se realiza en relación a los encargados de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas. Se trata, por tanto, como indica Orts, de encargados «de determinados bienes, notoriamente destinados a satisfacer fines públicos».

B) Administradores o depositarios

El caso más común de aplicación de este precepto, que es el relativo a los depositarios de bienes embargados que, pese a la prohibición legal, proceden a la venta de éstos bienes, se le conoce habitualmente con el nombre de delito de *quebrantamiento de depósito*.

Suele indicarse en la doctrina y en la jurisprudencia que con esta extensión «se pretende dar una mayor protección a las decisiones de la Autoridad, al constituir dichos estados posesorios». En nuestra opinión, es posible entender que el objeto de protección son las expectativas de terceros a realizar (en su caso y en su momento) el derecho que reclaman, pues, en ello se encuentra la razón de ser del embargo, como medida cautelar que es.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los elementos que deben concurrir para que sea de aplicación el art. 435 son los siguientes: a) embargo, secuestro o depósito de caudales o bienes, realizado por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares, unido a la designación de una persona con el carácter de administrador o depositario; b) aceptación del cargo por la persona designada, tras ser advertida de las obligaciones que contrae; c) acto de disposición de los caudales o bienes sin consentimiento u orden de la autoridad que acordó la administración o depósito.

6. Falsedad de cuentas

La Ley Orgánica 7/2012 incluye un nuevo artículo 433 bis con la finalidad de dotar de la máxima transparencia al sector público y garantizar la confianza en la veracidad de la información que refleja la situación económica de las administraciones y entidades públicas.

Así, apartado 1º del artículo 433 bis CP tipifica el falseamiento de las cuentas y el falseamiento de información de relevancia económica que no forma inicialmente parte de un documento pero que encuentra reflejo posterior en el mismo, castigando 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 a «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 económica o la información contenida en los mismos».

En el apartado 2º se tipifica la facilitación de esa información mendaz a terceros, castigando con las mismas penas «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».

Las conductas descritas se subsumen en los tipos a que se refiere el artículo 433 bis en la medida en que no se trate de supuestos de falsificación de documentos públicos u oficiales, constituyéndose por tanto en tipos subsidiarios de éstos.

Por último el apartado 3º prevé una agravación al disponer que «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.»

