

O delito de malversación na administración pública

MARÍA LOURDES SOTO RODRÍGUEZ
Avogada. Fiscal substituta de Pontevedra

Resumo: *O delito de malversación de caudais públicos caracterízase por un quebrantamento do vínculo de confianza existente entre o autor do delito e a cousa confiada. No devandito delito o suxeito activo debe ostentar a calidade de funcionario e é necesario que os caudais ou efectos públicos estean ao seu cargo ou á súa disposición e que, con ánimo de lucro, se apropiasen deles, ou permitido que un terceiro os subtraia e sempre con vontade de non restituílos.*

Paoabras clave: *Funcionario, autoridade, efectos ou caudais públicos, custodia, confianza, subtraer, distraer, desviar.*

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

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

Índice: *1. Malversación de caudais públicos. 1.1. Historia. 1.2. Concepto. 1.3. Regulación legal. 1.3.1. Malversación de caudais públicos. 1.3.2. Supostos agravados. 1.3.2.a) Especial gravidade. 1.3.2.b) Afectación a servizos públicos. 1.3.2.c) De valor histórico. 1.3.2.d) A aliviar calamidades públicas. 1.3.3. Supostos atenuados. 2. Destino a usos alleos dos caudais públicos. 3. Malversación por aplicación privada dos bens públicos. 4. Malversación impropia. 5. Conclusións.*

1 Malversación de caudais públicos

1.1 Historia

O delito de malversación aparece xa no Dereito romano, denominándose «peculatus», figura que comprendía a subtracción de cousas mobles pertencentes ao Estado. A regulación máis completa deste delito alcánzase nunha lei de Xulio César chamada «De Peculato», na que se recolleron as diversas modalidades do mesmo que foran xurdindo co paso do tempo, contrapoñéndose ao peculado propiamente dito —é dicir, a subtracción dos caudais do erario polas persoas encargadas do seu manexo— o denominado «crime de résiduis », forma impropia de peculado, que castigaban ao que retiña o diñeiro público para usos distintos dos que en cada caso lle eran propios.

As dúas modalidades do peculado foron recollidas pola nosa lexislación de Partidas (Partida VII, Título XIV, Lei 14) e posteriormente pola Novísima Recopilación (Libro XII, Título XV, Lei 7). O Código Penal de 1822 reduciu por primeira vez a penalidade da figura máis grave da malversación de caudais públicos a privación de liberdade, se ben se aplicaron conxuntamente as de multa e declaración de infamia, impondo ademais a restitución do malversado (arts. 464 e 465). O Código Penal de 1848 regulou xa estes delitos en forma parecida aos demais Códigos que lle seguiron, sendo o Código Penal de 1870 o que definiu o contexto que actualmente presenta o Capítulo X do Título VII.

1.2 Concepto

Infracción penal que consiste en subtraer, ou consentir a subtracción, ou dar un uso distinto ao seu destino público, caudais ou efectos públicos que a autoridade ou funcionario público teña encomendados por razón do seu cargo. Tamén poden cometer esta infracción os particulares legalmente designados como depositarios de caudais ou efectos públicos, e os administradores ou depositarios de diñeiro ou bens embargados, secuestrados ou depositados por autoridade pública, aínda que pertencen a particulares. No código penal español trátase no Capítulo VII do Título XIX dos delitos contra a administración pública. Con este tipo de delitos trátase de evitar calquera ataque non soamente ao patrimonio público senón sobre todo se protexe o correcto funcionamento desa actividade patrimonial e, desde logo, a propia fidelidade dos funcionarios públicos que son os realmente encargados de velar por iso.

O delito de malversación de caudais públicos presenta un dobre aspecto: dun lado, un quebrantamento do deber de integridade do funcionario público para co Estado, no tema relativo á custodia e xestión dos caudais públicos. E, doutro lado, un prexuízo ou lesión aos intereses patrimoniais do «Estado, a provincia, o municipio e, en xeral, dos entes públicos, teñan ou non autonomía administrativa». O título VII da Constitución protexe os intereses económicos estatais e reprime tanto a de actos de perturbación á Facenda Pública polos particulares como a lesión deses intereses económicos polos seus mesmos funcionarios¹.

1 MESTRE DOGADO, Dereito Penal, Parte Especial, Ed. Colex 2011, pág. 652.



1.3 Regulación legal

1.3.1 Malversación de caudais públicos:

O delito de malversación de caudais públicos atópase comprendido no Título XIX —«Dos delitos contra a Administración Pública»—, e caracterízase polo quebrantamento do deber de fidelidade e integridad do funcionario público para co Estado, mentres que especificamente se caracteriza, diferenciándose así dos demais delitos incluídos nos restantes Capítulos do mencionado Título, en que aquel quebrantamento dos deberes afectantes ao funcionario público se traducen nunha lesión ou prexuízo para os intereses patrimoniais do Estado.

O artigo 432.1 do Código Penal vixente castiga “á autoridade ou funcionario público que, con ánimo de lucro, subtraese ou consentise que un terceiro, con igual ánimo, subtraia os caudais ou efectos públicos que teña ao seu cargo por razón das súas funcións”.

Son elementos necesarios para que o devandito delito se leve a cabo os seguintes:

- a) **Subtracción**²: subtraer é quitar os caudais apartándoos do seu destino ou desviándoos para facelos propios. O verbo típico é «subtraer», o cal mereceu diversas traducións xurisprudenciais, coincidentes en esencia, se ben a máis comunmente aceptada sexa a de apropiación definitiva dos caudais ou efectos públicos de que se trate (sentenzas do Tribunal Supremo de 6 de xullo de 1965, R. 3.622; 15 de xaneiro de 1974, R. 207; e 29 de setembro de 1978, R. 2.947).

Con relación a esta modalidade delictiva, e á luz da xurisprudencia do noso máis Alto Tribunal, deben terse presentes as seguintes consideracións:

1º Que o delito é eminentemente intencional, pero é, pola contra, irrelevante o móbil que puidese inspiralo (sentenza do Tribunal Supremo de 10 de abril de 1973, R. 1.653).

2º Que é indiferente a traxectoria posterior que seguen as cousas malversadas (sentenza do Tribunal Supremo de 10 de abril de 1973, máis arriba mencionada).

Así, o reintegro posterior dos caudais ou efectos públicos subtraídos non fai desaparecer nin atenúa o delito de malversación cometida, influíndo unicamente sobre a responsabilidade civil (sentenza do Tribunal Supremo de 2 de xullo de 2003, 19 de maio de 2004, 11 marzo de 2009 e sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía de 2 de xullo de 2009) e que é, así mesmo, irrelevante o medio a través do cal se leve a cabo a subtracción.

2 ZABAOEGUI, MUÑOZ, “La malversación de caudais públicos” en Cuadernos de Dereito Judiciao IV, 1994. Asimesmo, Sentenza 18 febreiro 2003. Debe entenderse el sustraer en un sentido amplo, é dicir, separar, extraer, quitar, despojar los caudais apartándolos de su destino o das necesidades do servizo público pero para hacerlos propios. Outras traducións son las siguientes: «retener» (STS de 22 de xullo de 1938 (R. 108 y 6 de maio de 1944 R. 630); «separar », «extraer», «quitar» o «despojar» (STS de 22 de xullo de 1939, ya citada, y de 10 de abril de 1973, R. 1.653); «apoderarse» (STS de 7 de febreiro de 1962); «hacerlos suyos» (STS do 5 de xaneiro de 1974, R. 207) y «apartar de su destino», «desviar do servizo» (STS de 9 de decembro de 1978; R. 738). Na doutrina MUÑOZ CONDE, Dereito Penal, Parte Especial, 12ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Vaoencia, 1999, págs. 966-973. No mesmo sentido Circular da Fiscoía do Tribunal Supremo de 14 de maio de 1928.



- b) **De caudais públicos**³: caudal é todo aquilo que resulte e se poida avaliar economicamente.

Efectos públicos son todos aqueles efectos que pertencen á Administración. Son por tanto bens de calquera clase, e despois de precisar a doutrina legal do noso máis Alto Tribunal que, por «caudais» debe entenderse calquera clase de ben susceptible de embargo e representativo dalgún valor (sentenzas do Tribunal Supremo de 20 de decembro de 1890, 17 de maio de 1909, 6 de xuño de 1962 e 28 de abril de 1966, e máis recentemente a de 5 febreiro de 2008).

Polo que respecta ao carácter público de tales caudais ou efectos, determínase pola especial natureza pública do titular do patrimonio do que aqueles forman parte.

- c) **Ánimo de lucro**⁴: é dicir, incorporación dos bens da Administración ao patrimonio propio ou dun terceiro. Non é necesario que se produza un enriquecemento no patrimonio do funcionario senón que é suficiente con que o funcionario quixese ter os obxectos.
- d) **Dolo**: a sabendas, coñecedor do seu deber de custodia dos devanditos efectos públicos e a ilicitude da acción de subtraer, de desviar. É totalmente indiferente que a subtracción de caudais ou efectos públicos produza ou non dano ou entorpecemento á causa pública, pois o tipo non contempla normativamente tal circunstancia (sentenzas do Tribunal Supremo de 23 de novembro de 1974).

- e) **Consumación**: no momento en que pasan á disposición do autor ou dun terceiro os caudais públicos. ¿Que ocorre se a realización de tal conduta é feita por un terceiro que é alleo á función pública pero que participa na execución dos feitos de acordo coa autoridade ou funcionario? Pois que a devandita subtracción estaría cometendo pero en calidade de indutor ou cooperador necesario⁵. A tentativa tamén ten cabida, e se produce cando se detecta a subtracción antes de que o suxeito poida dispoñer dos caudais públicos.

Dicir que é irrelevante o medio a través do cal se leve a cabo a subtracción (sentenzas do Tribunal Supremo de 25 de xuño de 1896 e 10 de abril de 1963). A este respecto sinala Rodríguez Devesa que «pode ocorrer que o funcionario teña a chave, de maneira que non necesite empregar forza; que os remate de retirar dun Banco, v. gr. para pagar unha nómina, que os teña fisicamente nas súas mans ou ao seu alcance e sexan precisas manipulacións en documentos para desviar os caudais do seu camiño ás arcas do Estado, que teña que acudir á forza para violentar a caixa en que se atopan, ou ao engano simulando sinaturas nun cheque para extraelos. O que, en definitiva, importa é o resultado do desprazamento patrimonial».

- 3 Sentenza do Tribunal Supremo de 7 de abril de 1973 (R. 1.629) declarou que debe entenderse por fondos públicos «los do Estado y dos entes públicos, los da Administración institucional, entidades públicas autónomas y los de calquera persona cuyo patrimonio o funcionamento venga fiscaalizado públicamente en razón da finalidade xeral que cumpla y la natureza dos bens de que se nutra». Sentenza do Tribunal Supremo de 22 abril de 1996. Debe interpretarse el concepto de caudais públicos iguamente en un sentido amplo; por citar un exemplo, un caudal público sería el tabaco decomisado, y una conducta doictiva sería el funcionario que habiendo aprehendido un aoijo de tabaco de contrabando se queda con parte do mesmo. Eso es caudal público desde que el tabaco es aprehendido. Más recentemente la Sentenza do Tribunal Supremo de 5 febreiro de 2008 declarou que caudais públicos son todos los que han llegado ao poder do funcionario en ocasión das funciones que, concreta u efectivamente, tengan a su cargo.
- 4 CASTRO MORENO, "La distinción entre las dos modalidades de malversación de uso: análisis crítico dos distintos criterios", en AP, 2001: "la malversación de caudais públicos no Código penal de 1995", Ed. Tirant lo Blanch, Vaoencia 2001, págs. 248 y ss. Y así lo viene a manifestar no considerando necesario un enriquecimiento personal.
- 5 Sentenza TS 9 xaneiro 2006. La maior parte da jurisprudencia opina que la pena que debe imponerse a un tercero, un particular, debe ser menos grave que la que debe imponérsele a un funcionario.

1.3.2 Supostos agravados (art. 432.2 do Código Penal)

- 1.3.2.a) Especial gravidade: hase de ter en conta o valor que teñan as devanditas cantidades subtraídas, e que teña un valor elevado.
- 1.3.2.b) Dano ou entorpecemento ao servizo público⁶. O dano ha ser directo, é dicir, derivado directamente do feito en si, da aplicación indebida dos caudais ou efectos públicos para usos propios.
- 1.3.3.c) Que afecte a cousas de valor histórico ou artístico.
- 1.3.4.d) Que afecte a efectos destinados a aliviar algunha calamidade, é dicir, aqueles efectos que serven para paliar problemas causados por catástrofes naturais, como terremotos, inundacións, secas, etc.

1.3.3 Supostos atenuados (art. 432.3 do Código Penal)

Ten lugar cando a subtracción non alcanza a cantidade de 4.000 euros. Se supera a devandita cantidade estaríamos perante un delito de número 1 do artigo 432 e se fose de especial gravidade no número 2. Se pola contra se tratase de cantidade que non puidese determinarse condenaríase polo artigo 432.3 en aplicación do principio pro reo.

2 Destino a usos alleos dos caudais públicos

Artigo 433 do Código Penal: “Castígase á autoridade ou funcionario público que destínase a usos alleos á función pública os caudais ou efectos postos a cargo por razón das súas funcións”.

Requisitos non esixidos:

- 1 Non existe apropiación dos caudais públicos.
- 2 Non se esixe a produción de ningún resultado: a conduta consiste en destinar os devanditos efectos públicos a usos alleos á súa función.
- 3 Non se esixe ánimo de lucro para si ou para un terceiro.

Suposto agravado: “Se o culpable non reintegra o importe do subtraído dentro dos dez días seguintes ao da incoación do proceso impoñeránselle as penas do artigo anterior”⁷. Dicir que a devolución do subtraído ha de ser total e non é válido reintegrar unha parte do total subtraído.

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

⁷ Artículos 14 y 775 y ss. da Lei de Enjuiciamiento Criminoal. El proceso se inicia coa primeira actuación do Xuez de Instrucción por lo que los diez días siguientes son computables a partir de esa primeira actuación do órgano instructor.



3 Malversación por aplicación privada dos bens públicos

No devandito suposto existe claramente un uso alleo ao que é a función pública pero non hai distracción pola autoridade ou funcionario público dos efectos ou caudais públicos.

Dispón así o artigo 434 do Código Penal que “a autoridade ou funcionario público, que con ánimo de lucro propio ou alleo e con grave prexuízo para a causa pública dese unha aplicación privada a bens mobles ou inmoables pertencentes a calquera Administración ou entidade estatal autonómica ou local ou organismos dependentes dalgunha delas”.

Requisitos: Son requisitos necesarios para que se produza a devandita conduta delitosa os seguintes:

- 1 Aplicación privada pola autoridade ou funcionario público de bens mobles ou inmoables pertencentes a organismos da administración pública.
- 2 Ánimo de lucro propio ou alleo.
- 3 Prexuízo para a causa pública e ha de ser grave⁸.

4 Malversación impropia (art. 435 do Código Penal)

Nesta modalidade as condutas cometidas polos particulares castíganse coa mesma pena que as levadas pola autoridade ou funcionario público. Son extensivas:

- 1 Aos que teñan ao seu cargo fondos, rendas ou efectos das Administracións Públicas.
- 2 Aos particulares depositarios de caudais ou efectos públicos designados por lei.
- 3 Aos Administradores ou depositarios de diñeiro ou bens embargados, secuestrados ou depositados por autoridade pública, aínda que pertencen a particulares⁹.

Requisitos:

- 1 Existencia dun procedemento xudicial ou administrativo.
- 2 Existencia dun embargo, secuestro ou depósito de bens dunha persoa física ou xurídica e que fose acordada pola autoridade competente.
- 3 Entrega dos bens ao depositario.

8 PAVIA CARDOL, J., en “Responsabilidad penal do particular por uso indebido de bens públicos” (a propósito da Sentenza do Tribunal Supremo de 24-10-1996 no caso guerra pola utilización dun despacho), AP, 1997-1, XXV, 1997, págs 461-477. Una gran parte da doutrina opina que no se comete delito cuando la autoridad o funcionario usa su despacho oficio para preparar opositores. Esto no constituye delito pero sin embargo puede ser susceptible de ser reprochable administrativamente. GARCIA VAODÉS, Dereito Penal Práctico. Parte Especial, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

9 ROCA AGAPITO, en “Los delitos de malversación de caudais públicos”, Barcelona, 1999, pág. 211 y ss., opina que puede nombrarse como depositario de inmoables embargados ao propio dueño dos mesmos. El depositario no puede cambiar los bens por otros aunque sean exactamente iguaos. La Sentenza do Tribunal Supremo de 10 decembro de 2007 y de 29 de decembro de 2009 señaan que este delito está construído sobre dos ficcións: la de que el administrador o depositario dos bens embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública se convierte por su nombramiento para dicho cargo en funcionario públicos y la de que dichos bens se convierten en caudais públicos aunque pertenezcan a particulares.

- 4 Aceptación do depositario dos seus deberes e que previamente fose informado das consecuencias do incumprimento de tales obrigas.
- 5 Realización de actos de disposición por parte do depositario dos arts. 432 -434 do Código Penal.
- 6 Non é necesario ánimo de lucro¹⁰.
- 7 Non é necesario que se ocasione prexuízo.
- 8 Aceptación do depositario da súa función¹¹. O depositario ha de aceptar a súa función aceptando a designación. Débeselle informar en que consisten as súas funcións e a falta desa información pode levar a que non se lle poidan esixir responsabilidades.

Non existe, en caso ningún, modalidade leve destes delitos, que se sancione como falta no Libro III do Código Penal.

5 Conclusións

A experiencia demostra que moitas das causas da corrupción nos países industrializados e en vías de desenvolvemento deben buscarse nos erros institucionais da administración pública. En efecto, se se pretende impedir que se difunda a corrupción e se se desexa combatela eficazmente, cómpre impulsar unha reforma básica da administración pública, eliminando as fallas institucionais que conducen á corrupción reformando o sector público e a Administración Pública para así minorar o gran número de requisitos innecesarios que se esixen, eliminando así as burocracias e logrando unha simplificación dos trámites.

Malia o volume de figuras delituosas que se conteñen no Título XX do Libro II do Código Penal e a aparente necesidade da súa regulación para combater a corrupción da actividade administrativa, as estatísticas xudiciais demostran que estes delitos son de moi escasa práctica. Así, a Memoria da Fiscalía Xeral do Estado de 2010 reflicte como cifra global a cantidade de 4.054.306 dilixencias previas das cales tan só son de delitos de malversación de caudais públicos a cantidade de 145.

Bibliografía

- CASTRO MORENO, “La distinción entre las dos modalidades de malversación de uso: análisis crítico de los distintos criterios, en AP, 2001; la malversación de caudales públicos en el código penal de 1995 ”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001.
- GARCIA VALDÉS, Derecho Penal Práctico. Parte Especial, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.
- MESTRE DOGADO, Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Colex, 2011.

¹⁰ Sentenza do Tribunal Supremo de 29 de xullo (“caso Marey”) y 17 decembro de 1998, que afirman que el requisito de ánimo de lucro comprende, en sentido amplio, la intención do sujeto de obtener “calquera beneficio, incluso no patrimonial, que pueda recibir el propio autor do delito o un terceiro”.

¹¹ Sentenza do Tribunal Supremo de 24 xaneiro 1986. El depositario se equipara ao funcionario público y los bens embargados aos caudais públicos. Se hace necesariá aceptación da condición de funcionario, pues un eventuo incumplimiento de aogunos de sus deberes conlleva responsabilidad penal.

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

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

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

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

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

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

