

EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. LA CUALIDAD DE FUNCIONARIO PÚBLICO. INFLUENCIA DE LA DOGMÁTICA PENAL.

Silvia Vivó Cabo.

Juez Sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Socia de la FICP.

RESUMEN

El delito de malversación de caudales públicos se trata de un ilícito donde la desviación del interés general conlleva necesariamente la afectación del patrimonio público. Uno de los elementos que deben concurrir en este delito, según reiterada jurisprudencia, es la cualidad de funcionario público o autoridad del agente, concepto suministrado por el artículo 24 del Código Penal, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública. El concepto de funcionario público a efectos penales, será objeto de análisis en el presente trabajo.

PALABRAS CLAVE

Malversación, funcionario público, acceso, función pública, título habilitante.

ABSTRACT

The crime of misappropriation of public funds is an illicit act where the deviation of the general interest necessarily entails the affectation of the public patrimony. One of the elements that must concur in this crime, according to settled case law, is the quality of a public official or authority of the agent, a concept provided by article 24 of the Criminal Code, only for criminal purposes with legitimate participation in a public function. The concept of public official for criminal purposes will be analyzed in this paper.

KEY WORDS

Embezzlement, public official, access, public function, qualifying title.

I. INTRODUCCIÓN

La preocupación por el adecuado actuar de la administración pública y, en general, de todos aquellos que forman parte de ella, empleados o funcionarios públicos, ha sido una constante en la sociedad y en el derecho desde tiempos remotos. El Código Penal tipifica una serie de conductas delictivas en las que el sujeto activo es un funcionario público, concretamente en el Título XIX del Libro II.

El correcto desempeño de la función pública se relaciona con un fenómeno que también tiene larga data, pero que ha sido objeto de estudio especializado en los últimos años, estamos hablando de la corrupción. Desde una perspectiva político criminal, se entiende por tal "cualquier acto que implique desviación del interés general en el contexto de una actividad orientada hacia ese objetivo, sea que ella se encuentre jurídicamente a cargo de un ente público o de un organismo privado". Se trata, en definitiva, de conductas que significan la desviación del interés público, cometidas mediante el abuso del cargo y con el propósito de obtener un beneficio ilícito de parte de la administración.

En el contexto de las relaciones que existen entre la función pública y la corrupción, cobran especial relevancia aquellas conductas delictivas en las que a la desviación del deber del funcionario se suma la afectación al patrimonio público. Dentro de estas conductas encontramos el delito de malversación de caudales públicos. Uno de los elementos que deben concurrir en este tipo penal es la cualidad de funcionario público o autoridad del agente, y cuyo concepto se encuentra regulado en el artículo 24 del Código Penal.

II. ELEMENTOS DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS.

Para su determinación, debemos tener en cuenta la sentencia de 7 de septiembre de 2017 dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que establece los elementos que deben concurrir para apreciar dicho tipo penal. Así declara que "según la doctrina de esta Sala, el delito de malversación de caudales públicos exige la concurrencia de los siguientes elementos:

A) La cualidad de funcionario público o autoridad del agente, concepto suministrado por el artículo 24 del Código Penal, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública.

B) Una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material.

C) Los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público.

D) Sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga dichos caudales. Sustracción equivale a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo.

E) Ánimo de lucro del sustractor o de la persona a la que se le facilita la sustracción (SSTS 98/1995, de 9 de febrero; 1074/2004, de 18 de octubre; 132/2010, de 18 de febrero 0 841/2013, de 18 de noviembre, entre otras muchas".

Añade el alto Tribunal "nuestra jurisprudencia ha expresado también que la especial relación en que debe encontrarse el funcionario respecto de los bienes o caudales públicos constituye la facultad decisoria, que exige que tal relación se derive de la función y competencias específicas que tenga (STS 1608/05, de 12 de diciembre), entendiéndose en la misma resolución que "tener a su cargo", no solo significa responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión, de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario que tiene capacidad de gasto o control, esto es, que la tenencia de los caudales por parte del funcionario, se derive de la función y competencia específica. Respecto de la consideración de caudales públicos, es pacífica la jurisprudencia de esa Sala que admite dos criterios para la conformación como públicos de los caudales: el de la incorporación y el del destino, de modo que no se exige que los fondos se hayan incorporado formalmente en los fondos públicos, sino que se considera suficiente que se encuentren destinados a hacerlo o a satisfacer finalidades propias de los intereses colectivos que atañen a la administración. Los caudales son adjetivados como públicos por su pertenencia a la Administración, sin que se requiera que sean de propiedad pública, bastando al efecto que se hallen en el circuito

público, afectos a una determinada finalidad (STS 1706/03, de 17 de diciembre o 163/04 de 16 de marzo)."¹

Uno de los requisitos fundamentales que deben concurrir para la comisión de este delito de malversación de caudales públicos es la cualidad de funcionario público o autoridad del agente.

El artículo 24 del Código Penal proporciona una definición de lo que debe entenderse por autoridad o funcionario, a efectos del derecho penal.

Conforme al párrafo primero de este artículo, *"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."*

El párrafo segundo dispone, *"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."* Define al funcionario público como todo aquel que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de las funciones públicas.

La fijación legal de ambos conceptos es importante por cuanto existen una serie de delitos en los que sólo pueden ser autores estos sujetos (delitos especiales). Por otro lado, en algunos tipos penales la cualidad de funcionario o autoridad es lo que caracteriza al sujeto pasivo u objeto material de la conducta, o bien supone la agravación de la pena del delito común.

La naturaleza jurídica de este delito, es una cuestión muy discutida en nuestra doctrina, existiendo dos posiciones diferentes:

Por un lado, PACHECO o ÁLVAREZ MARTÍNEZ consideran que se trata de un delito contra la propiedad, cualificado por el sujeto activo y el objeto sobre el que recae. Se fundamentan en el origen histórico del delito de malversación, el "pelucatus" del Derecho Romano, existente en cuanto la acción recayese sobre una cosa pública, y con independencia de si el sujeto era funcionario o no. Por otro lado, MUÑOZ

¹ STS 606/2017, Sala 2ª, S 7-09-2017.

CONDE² entiende que este delito es de naturaleza doble. Por una parte, constituye una infracción del deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario con la Administración. Y por otra, ostenta un carácter patrimonial evidente, al incidir sobre los fondos públicos, lesionando los intereses patrimoniales del Estado.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria³ (SUAREZ MONTES, OLESA, DÍAZ PALOS), reconoce el indudable carácter patrimonial que posee el delito de malversación de caudales públicos al recaer sobre fondos públicos. Sin embargo esta tesis mantiene que la esencia de esta infracción recae sobre el deber de fidelidad que debe guardar el funcionario público. Por ello, rechaza que se trate estrictamente de un delito contra la propiedad.

Esta es la posición mantenida por el Tribunal Constitucional, pues, señala que "no cabe afirmar que el delito de malversación suponga un infracción de igual contenido que los delitos contra la propiedad, más concretamente que el de apropiación indebida", centrando la razón en el autor de la malversación, además de apropiarse de bienes ajenos, viola un deber personal de fidelidad respecto del Estado.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO.

El primer Código Penal Español que proporciona un concepto de funcionario público es el de 1848. En el Título VIII del Libro II, bajo la rúbrica "De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos" se define al empleado público en su artículo 322 como "*todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de Real nombramiento ni reciba sueldo del Estado*". Definición que se trasladará de forma idéntica al artículo 331 del Código Penal de 1850.

Sin embargo, el Código Penal de 1870 modifica la definición aproximándola a la definición actual del Código Penal vigente. Considera funcionario público "*todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección popular o por nombramiento de Autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas*". Y ofrece un concepto de autoridad coincidente en gran medida con el vigente artículo 24 del Código Penal.

2 MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal. Parte Especial (19ª Edición). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 903.

3 QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., TAMARIT SUMAILLA, J. & GARCÍA ALBERO, R., Comentarios al Nuevo Código Penal. Ed. Aranzadi, S.A., Navarra, 2005, pág. 304.

El Código Penal de 1928 continua con las definiciones de autoridad y funcionario público del código anterior, si bien traslada sus definiciones a la Parte General. Resulta novedoso la consagración, por primera vez, de un concepto de agente de la autoridad junto a la autoridad. De manera que la sistemática de este código es la que se mantendrá hasta nuestros días⁴.

Los Códigos Penales de 1932 y de 1944 y 1973 siguen las fórmulas empleadas en el Código de 1870.

El Código Penal de 1995 sigue la misma línea que los códigos anteriores. Así el concepto de funcionario es prácticamente idéntico al que proporcionaba el código anterior. Y en el concepto de autoridad se introducen algunas diferencias, fundamentalmente en la mención expresa de los miembros de las Cortes Generales, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades autónomas y del Parlamento Europeo⁵.

De manera que, aunque los conceptos de funcionario y autoridad son introducidos por el Código Penal de 1870, no es sino hasta el Código Penal de 1928 cuando se les dote de una eficacia general al adscribirlos a la Parte General del Código. Por ello, se puede considerar como verdadero antecedente inmediato de la normativa actual.

IV. CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO.

El Código Penal, en su artículo 24.2, integrado en el Capítulo VI "Disposiciones Generales" del Título Primero "De la Infracción Penal" del libro Primero, define al funcionario público y establece que *"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"*.

Como señala QUINTERO OLIVARES, el Código Penal contiene un importante número de delitos en los que la esfera de posibles autores está limitada a autoridades o funcionarios o en los que tal condición cualifica y modifica la tipicidad aplicable (delitos especiales propios o impropios). Además, sigue explicando dicho autor, algunas

⁴ ALONSO PÉREZ, F. Delitos cometidos por los funcionarios públicos e el nuevo Código Penal. Madrid, 2000, págs. 31-32.

⁵ ORTS BERENGUER, E. Comentarios al Código Penal de 1995, Valencia, 1996, pág. 273.

infracciones tienen su significación propia precisamente en la medida en que van dirigidas contra autoridades o funcionarios. "estas dos circunstancias, especialmente la primera, hacen que la interpretación legal del concepto de funcionario revista particular importancia"⁶.

Al respecto del concepto de funcionario público, señala QUINTERO OLIVARES⁷, que la idea nuclear definitoria de funcionario público radica en su participación en funciones públicas. Pero debe tenerse claro que el funcionario no siempre actúa por delegación de un superior, pues hay funcionarios públicos que detentan por sí solos capacidad de actuación indelegada e indelegable, como es el caso de los Notarios.

ROCA AGAPITO⁸, señala claramente que "el concepto de funcionario público es un término normativo con la particularidad de ser un concepto multívoco, utilizado en diferentes sentidos según las diversas ramas del ordenamiento jurídico". En Derecho Administrativo los funcionarios son personas que se incorporan a la Administración Pública a través de una relación de servicios profesionales retribuidos regulada por esta rama del Derecho. Sin embargo, el concepto de funcionario en Derecho Penal no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino la mera participación en la función pública.

En la misma línea argumentativa sigue ARROYO ZAPATERO⁹ al señalar que el propio Derecho Penal es más amplio e independiente en lo que se refiere al concepto de funcionario público que el proporcionado por el Derecho Administrativo. Este último no exige las notas de incorporación ni permanencia sino la participación en la función pública. Señala el autor que "el concepto se define desde el punto de vista de la protección penal del ejercicio de la función pública en orden a sus propios fines y los de los administrados".

En cuanto a la naturaleza de este precepto, se trata de una norma interpretativa auténtica que indica al juzgador penal lo que debe entender por funcionario público a

⁶ QUINTERO OLIVARES, G., Comentarios al Código Penal Español. Tomo I, 2011, págs. 318 y 319.

⁷ QUINTERO OLIVARES, QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., TAMARIT SUMAILLA, J. & GARCÍA ALBERO, R., Comentarios al ...CIT.,, pág. 304.

⁸ ROCA AGAPITO, L. El delito de malversación de caudales públicos. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 101.

⁹ ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J., & TERRADILLOS BASOCO, J., Comentarios al Código Penal, Iustel, Madrid, 2007, pág. 148.

efectos penales. *"El legislador le indica al Juez que debe dejar de lado la idea de que sólo los funcionarios públicos administrativos pueden realizar los delitos que dentro del Código Penal reclaman como sujeto activo o pasivo a un funcionario público, y que por lo tanto, debe incluir dentro de aquel concepto a otros sujetos que estando a disposición del Estado tienen a su cargo el ejercicio de funciones pública"*¹⁰.

El elemento central del concepto de funcionario público es "la participación en el ejercicio de funciones públicas". Este elemento nuclear sobre el que descansa la afirmación, absolutamente consolidada doctrinal y jurisprudencialmente, de que es mucho más amplio que el concepto administrativo de funcionario público¹¹. Además, dota al concepto de funcionario público no sólo de funcionalidad sino también de dinamismo. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sección Primera) núm. 166/2014, de 28 de febrero, destaca que el concepto de funcionario público, a efectos penales, *"se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o el ropaje externo jurídico o administrativo"*. *"Es"*, en fin, *"un concepto marcadamente funcional"*¹².

La STS núm. 1590/2003, de 22 de abril, apelando a su propia doctrina, destaca la independencia del Derecho Penal, en éste ámbito, respecto del Derecho Administrativo: el concepto de funcionario público contenido en el artículo 24.2 C.P. *"es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho Administrativo en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar (STS de 27 de enero de 2003 y 4 de diciembre de 2001). Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidas, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino*

¹⁰ VALEIJE ÁLVAREZ, I. Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 62, 1997, pág. 444.

¹¹ GONZALEZ CUSSAC, J.L., El delito de prevaricación de funcionario público, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 88.

¹² STS 166/2014, Sala 2ª, S 28-02-2014.

*fundamentalmente "la participación en la función pública" (STS de 4 de diciembre de 2002), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto"*¹³.

ARROYO ZAPATERO ¹⁴ profundiza en los requisitos necesarios para ser funcionario público a efectos penales establecidos por la jurisprudencia del TS. Así indica los siguientes requisitos:

1) La participación en el ejercicio de las funciones públicas, tanto las del Estado, Entidades Locales y Comunidades Autónomas, como las de la llamada Administración Institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, a veces hasta la de una sociedad mercantil: cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública.

2) Existir una designación pública para el ejercicio de la función en cualquiera de las formas previstas en el artículo 24.2 CP. Sobre la condición de funcionario público del personal laboral contratado para ejercer funciones en el ámbito de un organismo público.

En la misma posición añade MUÑOZ CONDE que "quien realice funciones públicas careciendo de este requisito no es funcionario a efectos penales. Así, por ejemplo, el particular que auxilia a un funcionario agredido o que ejerce arbitrariamente funciones públicas no es funcionario".

En consecuencia, para ser considerado funcionario a efectos penales, no es suficiente la participación en el ejercicio de funciones públicas, sino que además es necesario estar habilitado para dicha participación a través de uno de los títulos señalados en el artículo 24 CP, cuales son: 1) disposición inmediata de la ley, 2) elección y 3) nombramiento de autoridad competente.

1. Disposición inmediata de la ley.

Este primer título de habilitación plantea, tal y como expone VALEIJE ÁLVAREZ, dos problemas fundamentales: primero, el significado jurídico-penal del

¹³ STS 1590/2003, Sala 2ª, S 22-04-2004.

¹⁴ ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J., & TERRADILLOS BASOCO, J., Comentarios al...cit., pág. 148 y ss..

término *ley*; y segundo, si con dicha expresión se hace referencia a la relación estatutaria que une a determinados sujetos con el Estado o, más simplemente, si a través suyo se trata de configurar una modalidad amplia de acceso al ejercicio de la función pública¹⁵.

En este punto la doctrina está dividida, unos sostienen que el término *ley* debe entenderse en sentido estricto, equivalente a ley formal emanada del Parlamento. Y otro sector doctrinal, de forma más amplia, como comprensivo de toda disposición de rango general.

Ahora bien, con independencia de la interpretación que se sostenga, no debe olvidarse que la última palabra en la materia la poseen jueces y tribunales, quienes sostienen que la expresión *por disposición inmediata de la Ley* comprende todo tipo de normas y no, únicamente, las leyes en sentido formal.

2. Participación en el ejercicio de funciones públicas por elección.

Actualmente se considera funcionarios por esta vía no sólo a los parlamentarios, sino también a los alcaldes, concejales, miembros de comisiones etc.; si bien es cierto que de muchos de estos sujetos se puede predicar también la condición de autoridad.

3. Participación en el ejercicio de funciones públicas por nombramiento de autoridad competente.

El término nombramiento no tiene el mismo significado que en el ordenamiento administrativo, es decir, no equivale al acto formal por el que un sujeto accede a la carrera funcionarial. Originariamente la inserción de este título habilitante en la definición de funcionario tuvo por objeto conferir la cualidad de funcionario público a efectos penales a los sujetos que eventualmente participaban en tareas públicas en razón de la libre designación; o lo que es lo mismo, aquellos que actualmente se dan en llamar *personal de confianza política* y cuyo sueldo no deriva directamente del Presupuesto General del Estado. Actualmente, bajo esta fórmula penal se comprenden también los funcionarios interinos, los contratados administrativos y el personal laboral.

Concretamente la jurisprudencia ha considerado funcionario a efectos penales: al

¹⁵ VALEIJE ÁLVAREZ, I. Reflexiones sobre los conceptos... ob. cit., pág. 451

titular de una Administración de lotería (STS 1544/2004, de 23 de diciembre) y al contratado por éste y que de hecho lleva la gestión de la lotería (STS 1544/04, de 23 de diciembre); al contratado fijo del INE o el trabajador de una oficina de la Caja Postal(STS 1544/04, de 23 de diciembre); a los auxiliares del Registro de la Propiedad (STS de 15 de febrero de 1990); a los empleados de notarías (STS de 28 de febrero de 1974); a los empleados de Correos (STS 142/1997, de 26 de octubre), al secretario del Juzgado sustituto (STS de 9 de octubre de 1991); al conductor de ambulancia de una empresa privada que presta servicio en el INSALUD (SAP Guadalajara 55/1996, de 24 de junio); al personal laboral destinado en una comisaría de Policía (STS 309/1997, de 11 de marzo).

Por otra parte, el Código Penal exige que la designación o nombramiento sea efectuada por «*Autoridad competente*»; lo que apuntaría a la necesidad de que la potestad para efectuar tal designación venga otorgada a través de una ley, entendida en una acepción amplia.

V.BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, F. Delitos cometidos por los funcionarios públicos e el nuevo Código Penal. Madrid, 2000, págs. 31-32.

ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J., GARCÍA RIVAS, N., SERRANO PIEDECASAS, J., & TERRADILLOS BASOCO, J., Comentarios al Código Penal, Iustel, Madrid, 2007, pág. 148.

GONZALEZ CUSSAC, J.L., El delito de prevaricación de funcionario público, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 88.

MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal. Parte Especial (19^a Edición). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 903.

ORTS BERENGUER, E. Comentarios al Código Penal de 1995, Valencia, 1996, pág. 273.

ROCA AGAPITO, L. El delito de malversación de caudales públicos. Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 101.

QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F., TAMARIT SUMAILLA, J. & GARCÍA ALBERO, R., Comentarios al Nuevo Código Penal. Ed. Aranzadi, S.A., Navarra, 2005, pág. 304

QUINTERO OLIVARES, G., Comentarios al Código Penal Español. Tomo I, 2011, 318 y 319.

VALEIJE ÁLVAREZ, I. Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 62, 1997, pág. 444.

EDJ 2017/175658 Tribunal Supremo Sala 2ª, S 7-09-2017, nº 606/2017, rec. 2063/2016. Pte: Llanera Conde, Pablo.

EDJ 2014/33339 Tribunal Supremo Sala 2ª, S 28-02-2014, nº 166/2014, rec. 748/2013. Pte: Moral García, Antonio del.

EDJ 2004/238787 Tribunal Supremo Sala 2ª, S 22-04-2004, nº 1590/2003, rec. 2074/2001. Pte: Conde-Pumpido Touron, Cándido.