

# La malversación del Patrimonio Público

Modelos de incriminación.  
A propósito de la reforma de la  
LO 14/2022, de 22 de diciembre

ANTONIO MARÍA JAVATO MARTÍN

© Antonio M.<sup>a</sup> Javato Martín, 2025  
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

**ARANZADI LA LEY, S.A.U.**

C/ Collado Mediano, 9  
28231 Las Rozas (Madrid)  
www.aranzadilaley.es

**Atención al cliente:** <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

**Primera edición:** Julio 2025

**Depósito Legal:** M-15426-2025

**ISBN versión impresa:** 978-84-1085-219-8

**ISBN versión electrónica:** 978-84-1085-220-4

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

*Printed in Spain*

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

# Índice General

	<i>Página</i>
INTRODUCCIÓN.....	15
CAPÍTULO I	
<b>DERECHO COMPARADO .....</b>	<b>19</b>
1. Francia .....	19
2. Bélgica .....	25
3. Italia .....	29
4. Portugal .....	39
5. Sistemas que no conocen un delito de malversación: Alemania, Austria y Suiza .....	45
CAPÍTULO II	
<b>LOS DIVERSOS MODELOS DE INCRIMINACIÓN DE LA MALVERSACIÓN EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL .....</b>	<b>59</b>
1. El Código Penal de 1973 .....	59
2. El Código Penal de 1995 .....	73
2.1. <i>La redacción inicial de la malversación</i> .....	73
2.2. <i>La reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo</i> .....	82
2.2.1. La conducta de administración desleal (432.1 CP).	88
2.2.2. La conducta de apropiación indebida (432.2 CP) ..	94
2.2.3. La Sentencia del «Procés».....	99

2.2.4.	Las OEDE de los políticos catalanes fugados y el delito de malversación. Especial consideración de las resoluciones de 5 de abril y 12 de julio de 2018 del Tribunal Superior del Land Schleswig-Holstein .....	103
2.3.	<i>La LO 14/2022, de 22 de diciembre</i> .....	110
2.3.1.	El contexto político de la norma .....	110
2.3.2.	Rasgos fundamentales y novedades de la LO 14/2022 .....	118
CAPÍTULO III		
<b>ANÁLISIS DE LOS TIPOS DELICTIVOS</b> .....		
1.	<b>Bien jurídico protegido. Naturaleza de la infracción</b> .....	125
1.1.	<i>Consideraciones preliminares. El bien jurídico protegido en el Derecho comparado</i> .....	125
1.2.	<i>El bien jurídico protegido en la regulación anterior al CP de 1995</i> .....	127
1.3.	<i>El bien jurídico protegido en el CP de 1995</i> .....	131
2.	<b>La malversación propia</b> .....	139
2.1.	<i>Elementos comunes</i> .....	139
2.1.1.	El sujeto activo.....	139
2.1.1.1.	El concepto penal de funcionario público y autoridad (art. 24 CP) .....	140
a)	La participación en el ejercicio de la función pública .....	142
b)	Los títulos de habilitación .....	145
c)	El concepto penal de autoridad ....	148
2.1.1.2.	El concepto de funcionario de la Unión Europea y funcionario extranjero (art. 427 CP).....	149
2.1.2.	El objeto material.....	151
2.2.	<i>La malversación apropiatoria (art. 432 CP)</i> .....	155

	<u><i>Página</i></u>
2.2.1. La relación entre el sujeto activo y el objeto material: la tenencia a su cargo «por razón de sus funciones» o «con ocasión de las mismas» .....	156
2.2.2. La conducta activa .....	158
2.2.3. La conducta omisiva .....	163
2.3. <i>La malversación de uso (art. 432 bis CP)</i> .....	164
2.4. <i>La malversación de aplicación pública diferente (art. 433 CP)</i> .....	168
<b>3. El delito de falsedad contable pública (art. 433 bis CP)</b> .....	<b>175</b>
<b>4. La malversación impropia</b> .....	<b>181</b>
4.1. <i>Particulares encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas (art. 435.1 CP)</i> .....	183
4.2. <i>Particulares designados legalmente como depositarios de caudales o efectos públicos (art. 435.2 CP)</i> .....	184
4.3. <i>Administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por la autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares (435.3 CP)</i> .....	185
4.4. <i>Administradores concursales en relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores (435.4 CP)</i> .....	186
<b>5. La responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de malversación.</b> .....	<b>187</b>
VI. <i>Conclusiones. Consideraciones de lege ferenda</i> .....	191
 CAPÍTULO IV	
<b>EXCURSO: MALVERSACIÓN Y AMNISTÍA</b> .....	<b>197</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>205</b>

protege es el patrimonio público. La segunda, lo concibe como un prototípico «delito de funcionario» cuya esencia radica en la infracción del deber del cargo. Finalmente, un tercer planteamiento defiende que nos hallamos ante un delito pluriofensivo en el que se aúna la protección de los dos bienes jurídicos reseñados. Pues bien, se puede afirmar que en todos los modelos legislativos de la infracción que se han sucedido a lo largo del tiempo esta última concepción dual es la que ha concitado más apoyos, tanto en doctrina como jurisprudencia<sup>1</sup>. Otra cosa distinta es el desigual peso que se ha otorgado a los dos intereses en liza.

Este carácter pluriofensivo también es preponderante en los sistemas jurídicos extranjeros que conocen un delito de malversación. En efecto, en Italia tanto una porción considerable de la literatura especializada como los tribunales sostienen que a través del delito de «peculato» se tutela «no solo la legalidad, eficiencia, probidad e imparcialidad de la actividad de la Administración Pública, sino también el patrimonio de la misma o de terceros»<sup>2</sup>. Lo mismo sucede en Portugal, en donde la paralela figura delictiva que ostenta el mismo *nomen iuris*, protege por una parte bienes jurídicos patrimoniales, en la medida en que se criminaliza la apropiación o el gravamen ilegítimo de bienes ajenos, y por otra, la probidad y la fidelidad de los funcionarios para garantizar el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración<sup>3</sup>. También el derogado delito de los §§ 350 y 351 del Código Penal alemán, que regulaba un tipo equivalente a nuestra malversación, era concebido como un delito pluriofensivo. Por un lado, al igual que en el §246 StGB (apropiación indebida), se protegía el patrimonio; por otro, era posible identificar un objeto de protección propio del §350 StGB a saber, «la pureza en el desempeño de las funciones públicas» (*Die Reinheit der Amtsausübung*). Sin embargo, la Ley de Introducción al Código Penal de 2 de marzo de 1974 (*EGStGB* 1974) derogó estos preceptos optando por su sanción a través de los tipos comunes de apropiación indebida o administración desleal, y por ende, por la consideración de los comportamientos malversadores como meros delitos patrimoniales<sup>4</sup>. Esta es a su vez la concepción mantenida por el Derecho austriaco y el suizo. Como ya pusimos de relieve anteriormente,

1. Destacado igualmente por MIR PUIG, C., *Los delitos de malversación del patrimonio público en el Código Penal como delitos de corrupción pública y política*, op. cit., p. 135, y MORALES GARCÍA, O, *Los delitos de malversación*, op. cit., pp. 47/48, cuando afirma respecto a los códigos penales históricos y respecto al CP de 1995 hasta el 2015 que : «... la caótica tipificación del conjunto constituye, ya desde los comentaristas decimonónicos, motivo suficiente para subrayar la existencia de una plural protección del acervo público y los deberes de probidad, alzaprímado como vórtice de desvalor en las conductas uno u otro aspecto según el tipo y el autor». Posteriormente en otro pasaje del apartado de su monografía dedicada al bien jurídico, *idem*, p. 60, sitúa como mayoritaria la «tendencia doctrinal hacia el entendimiento dual de los delitos de malversación que esconderían una norma preventiva de los ataques a los deberes específicos que unen al funcionario con la Administración (y no con el caudal) y el patrimonio o acervo público».
2. Véase *supra* Cap. I.
3. Véase *supra* Cap. I.
4. Véase *supra* Cap. I.

en ambos ordenamientos se recurre a sus respectivas infracciones de apropiación indebida o administración desleal, estableciéndose, eso sí, un agravación por la cualidad del sujeto funcionario (genérica en el marco de los delitos «contra la función», tal es el supuesto del § 313 del Código Penal austriaco; específica, anudada a la apropiación indebida, tal es el supuesto del § 138 del Código Penal suizo)<sup>5</sup>.

Respecto al Derecho francés, a pesar de que se sitúa el interés tutelado del delito de «détournement» en el «deber de probidad del funcionario» —de hecho la sección del CPf que lo contiene aparece rubricada como «de las infracciones contra el deber de probidad»—, lo cierto es que tanto doctrina como jurisprudencia reconocen las estrechas conexiones del tipo con el delito de «abus de confiance» (art. 314 CPf, similar a nuestra apropiación indebida); por lo que no deja de latir una concepción dual, atenta no solo a la transgresión de los deberes funcionariales, sino también a la protección del patrimonio<sup>6</sup>.

Efectuada esta panorámica comparada procede dar cuenta del bien jurídico protegido presente en los diversos modelos legislativos de malversación que se han sucedido en el tiempo en nuestro país. Comenzaremos por la regulación tradicional pergeñada en nuestros códigos penales históricos (incidiendo especialmente en el Código Penal de 1973), para a continuación analizar esta cuestión en las tres regulaciones existentes en el CP de 1995.

## 1.2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA REGULACIÓN ANTERIOR AL CP DE 1995

Como ya hemos tenido ocasión de resaltar, la regulación de la malversación plasmada en el CP de 1973 proviene del CP de 1870. Es en este último cuerpo legal en el que aparecen los tres grupos de modalidades comisivas, a saber, las conductas de apropiación, las conductas de distracción y las conductas de retención. Bien es cierto que el grueso de la regulación ya estaba presente en el CP de 1848 faltando únicamente en él «el abandono y negligencia inexcusables que den lugar a la sustracción por un tercero», comportamiento ya contemplado en el CP de 1822<sup>7</sup>.

Se ha destacado por OLESA MUÑIDO<sup>8</sup>, con buen criterio, que en el período de la codificación española este delito no ha tenido el carácter de delito contra la propiedad cualificado por la condición personal del autor. En este sentido no recepciona en nuestros códigos penales históricos la primigenia noción romana del *peculatus*, que lo concebía como un «hurto cualificado» por el carácter público

5. Véase *supra* Cap. I.

6. Véase *supra* Cap. I.

7. Véase *supra*. Cap. II.

8. OLESA MUÑIDO, F.F., «El delito de malversación por sustracción de caudales», *op. cit.*, p. 631.

de la cosa sustraída<sup>9</sup>. Más bien la esencia de la malversación en nuestros códigos históricos se sitúa en la infracción de los «deberes de probidad y fidelidad» que incumben al funcionario en el ejercicio de sus funciones, en la «deslealtad» del quien tiene legalmente a su cargo una función pública. Eso no significa que se descartara su vertiente patrimonial. De tal forma que un sector importante de la doctrina y la jurisprudencia se decantaba por la asunción de una perspectiva dual del bien jurídico, eso sí, con primacía del elemento de la deslealtad<sup>10</sup>.

En este sentido, ya GROIZARD<sup>11</sup> subrayaba esa pluralidad dimensional del delito diciendo que «el funcionario malversador no solo se apodera de lo ajeno, sino que falta a la confianza depositada en él. Bajo el primero de estos aspectos su acción debería ser clasificada entre los delitos contra la propiedad; bajo el segundo ser comprendida entre los delitos sociales que atacan la fe pública o dañan los intereses de la Hacienda».

Avanzando en el tiempo, SUÁREZ MONTES<sup>12</sup> también hizo hincapié en la doble naturaleza de la malversación. Para este autor el contenido esencial de la malversación viene deparado por «la violación de un deber jurídico público propio de ciertas funciones sociales». Sin embargo, a continuación, señala que «no quiere con esto decirse (...) que el aspecto patrimonial carezca de toda relevancia en la estructura del presente delito, la tiene, y no pequeña. Las formas más graves de infidelidad en la gestión del patrimonio público son elevadas a la categoría de delito, bien porque entrañen un perjuicio efectivo, bien por el peligro de que este se produzca».

No obstante, hubo autores que optaron por un entendimiento patrimonialista del delito. Merece la pena destacar en este sentido la propuesta ofrecida por DE LA MATA BARRANCO y ETXEBARRIA ZARRABEITIA en su monografía dedicada al delito que nos ocupa bajo la vigencia del CP de 1973<sup>13</sup>. Según estos

9. Concepción esta, que no se mantuvo con el tiempo, llegando a prevalecer posteriormente en el Derecho romano la consideración de la confianza traicionada sobre la condición de la cosa hurtada, lo que provocó que se reservara la mayor severidad penal a los funcionarios que con abuso de su función se apoderaban de caudales públicos. Ampliamente sobre esa evolución, véase *supra* Cap. II.
10. Destacado por: ENTRENA FABRÉ, R., *El delito de malversación*, *op. cit.*, p. 26; CARRILLO RUIZ, M.R., *Cuestiones esenciales del delito de malversación*, *op. cit.*, p. 117; ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, *op. cit.*, p. 36; DE LA MATA BARRANCO, N.J./ETXEBARRIA, X., *Malversación y lesión del patrimonio público*, *op. cit.*, p. 55 citándose al CP de 1973. Aporta una exhaustiva información sobre la concepción del bien jurídico en la antigua doctrina DE LA MATA BARRANCO, N.J./ETXEBARRIA, X., *Malversación y lesión del patrimonio público*, *op. cit.*, p. 55 y ss.
11. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, *op. cit.*, p. 289.
12. SUÁREZ MONTES, R.F., «El delito de malversación de caudales públicos», *op. cit.* p. 864 y ss.
13. DE LA MATA BARRANCO, N.J./ETXEBARRIA, X., *Malversación y lesión del patrimonio público*, *op. cit.* pp. 56 y ss., especialmente pp. 76, 80, 102, 103, 105, 106, 113, 114, 115.

penalistas debe rechazarse en la identificación del bien jurídico el aspecto de la deslealtad del funcionario que infringe su deber de comportarse de conformidad con las normas aplicables a la función que tiene encomendada. La infracción de los deberes que tiene el funcionario para con la Administración, no puede definir el injusto típico, pues nos avocaría a una visión autoritaria de la actividad administrativa, inadmisibles en un Estado social y democrático de Derecho. Es necesario, por tanto, reorientar el punto de mira y cifrar el injusto en la lesión de la correcta gestión de los recursos públicos patrimoniales, bien entendido, precisan estos penalistas, que dicha correcta gestión debe concebirse desde una perspectiva patrimonial, es decir, como la posibilidad de que la Administración cumpla los fines patrimoniales que tiene encomendados. Así pues, nos hallaríamos ante único bien jurídico, el patrimonio, entendido no desde una óptica meramente económica, sino desde una perspectiva funcional, produciéndose la lesión del bien jurídico cuando la acción malversadora impida que el patrimonio público satisfaga la finalidad a la que estaba destinado al margen de que se produzca un efectivo menoscabo cuantificable económicamente. Es esta óptica funcional en la definición del perjuicio patrimonial, enfatizan DE LA MATA BARRANCO y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, la que permite «explicar correctamente el carácter exclusivamente patrimonial del objeto jurídico tutelado en las diferentes formas de malversación o en la mayor parte de ellas»<sup>14</sup>.

Dentro de esta dirección patrimonialista cabe traer a colación la opinión de BLECUA FRAGA<sup>15</sup> quien propone, *de lege ferenda*, que el delito de malversación se conciba como «una conducta de sustracción definitiva o distracción temporal de fondos públicos, realizada con ánimo de lucro por parte de quienes sean detentadores de tales bienes, tuvieren o no la condición de funcionarios públicos, sin perjuicio de la agravación que ha de aplicarse a quienes ostenten cargo público». Se produciría así, apunta el citado autor, «un cambio importante en la concepción de este delito al trasladar el elemento esencial que por el momento es el funcionario, hacia el objeto material: los caudales y efectos públicos». Considera BLECUA que la ubicación más adecuada para el delito sería bajo el título «De los delitos contra las Haciendas del Sector Público»<sup>16</sup> en el que estarían también integrados el delito fiscal y el fraude de subvenciones públicas. En un

14. Lo interesante de la concepción funcional del patrimonio, sostienen estos autores, *idem* p. 104, es que «sin necesidad de recurrir a la admisión de la doble naturaleza jurídica que la doctrina mayoritaria estima presente en dicho delito, permite reconducir la perspectiva del correcto ejercicio de la función pública a una visión puramente patrimonial, teniendo en cuenta, no obstante, las peculiaridades del patrimonio público, que en su caso, podrían "quizás" explicar una protección diferenciada, al margen de la que prevé el Título XIII del Código para el patrimonio privado».
15. BLECUA FRAGA, R., «La aplicación pública de caudales a diferente destino, como delito de malversación (Estudio del art. 197 del Código penal)», *op. cit.* pp. 764 y 765.
16. El cual vendría a corresponderse con el actual Tít. XIV «De los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social».

sentido semejante se encuentra QUERALT JIMÉNEZ<sup>17</sup> para el que lo protegido en la malversación es la Hacienda Pública misma en su vertiente de gasto por lo que la sitúa dentro de los delitos contra las Haciendas Públicas.

Hay que poner de relieve que la aprobación de la CE de 1978, motivó que se produjera una reinterpretación por parte de la doctrina de la faceta funcional del objeto de tutela. La concepción del «deber del cargo» configurada en sentido subjetivo, esto es, desde el punto de las relaciones entre el Estado y el funcionario, y tributaria de la concepción de los *Pflichtdelikte*, fue puesta en tela de juicio respecto a los delitos de funcionarios. Se pueden traer a colación aquí los importantes trabajos, referidos al delito de prevaricación, de OCTAVIO DE TOLEDO<sup>18</sup> y GARCÍA ARÁN<sup>19</sup>. En ellos se sostuvo que basamentar el injusto de los mismos en la trasgresión de deberes internos específicos por el servidor público dimanados de su relación con la Administración es propio de una concepción antidemocrática incompatible con un modelo de Estado constitucional<sup>20</sup>. Partiendo de este acertado reproche se va a defender una intelección del «deber del cargo» en sentido objetivo que dirige su mirada a las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, destacando que las funciones públicas que realizan los funcionarios no se ejercen en beneficio de la Administración, sino que existen en beneficio de los ciudadanos. Conforme a ello, emerge como bien jurídico categorial en todos estos delitos el correcto desempeño de las funciones públicas de acuerdo a los principios constitucionales de legalidad, objetividad e imparcialidad que deben presidir la actuación administrativa. En consonancia con semejante posicionamiento, se sustituye por algunos autores —en sede de malversación—, como objeto de protección, los deberes de lealtad, *ad intra* del servidor público por «los servicios prestados por los poderes públicos que pueden verse trastocados por el menoscabo patrimonial que origina la *conducta delictiva*»<sup>21</sup>; o por la función administrativa concretada en el cuidado de los fondos públicos, que surgen en razón de los deberes especiales que incumben al funcionario»<sup>22</sup>.

17. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 2.<sup>a</sup> ed., José María Bosch editor, Barcelona, 1992, p. 441 y ss. especialmente p. 452, compartiendo bloque de agrupación con el delito fiscal y el fraude de subvenciones.

18. OCTAVIO DE TOLEDO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Cívitas, Madrid, 1980.

19. GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid, 1990.

20. Véase OCTAVIO DE TOLEDO, E., *La prevaricación del funcionario público*, *op. cit.*, p. 135 y ss. En las conclusiones referidas al apartado que dedica al bien jurídico, este autor, *idem*, p. 237 literalmente señala: «La teoría del deber del cargo, ofrece una clara impronta de concepción totalitaria del delito, tanto por el carácter fundamentalmente subjetivo del deber que se destaca como único contenido de la antijuricidad de los «delitos de funcionarios», como porque expresa ideas de infidelidad o deslealtad hacia el Estado e indignificación de este, cuanto, por último porque supone una completa desvirtuación del concepto de bien jurídico y de su función limitadora». Asimismo, GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 37.

21. ORTS BERENGUER, E., *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.<sup>a</sup> ed., *op. cit.*, p. 486.

22. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (2.<sup>o</sup> ed.), ed. Ariel, Barcelona, 1991, p. 377.

### 1.3. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL CP DE 1995

El CP de 1995 supuso una importante reestructuración del marco regulativo de la malversación respecto a su antecesor. En páginas precedentes expusimos de manera pormenorizada los cambios introducidos por lo que, para evitar repeticiones innecesarias, nos centraremos en aquellas novedades relevantes para la determinación del bien jurídico, cuestión que ahora nos ocupa.

En primer lugar, significativa es la modificación de la rúbrica del título en el que se incluye la malversación. Desaparece la tradicional «De los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos» siendo sustituida por la de «Delitos contra la Administración pública». Con este nuevo enunciado el legislador se decanta por situar el referente común de tutela de todos los delitos del Título XIX en el correcto desempeño de la función pública desdeñando la nuda tutela del cumplimiento de los deberes del cargo, lo que redundaría en una acomodación de esta parte de la normativa penal a parámetros constitucionales<sup>23</sup>.

En segundo lugar, se suprimen las conductas de «retención» del art. 398. En él se castigaba por una parte al funcionario que debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado no lo hiciera; por otra al funcionario que, requerido por orden de la autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración. Ambos ilícitos adolecían de trascendencia patrimonial, al menos directa, encontrando únicamente su fundamentación en la infracción de los deberes del cargo. Como también la faceta patrimonial aparecía difuminada en el art. 397 que tampoco recepciona en el CP de 1995. Por tanto, desaparecen unas modalidades de malversación en las que aparecía acentuado el componente funcional. Ya subrayamos con anterioridad cómo un importante sector de la doctrina defendía su traslación al Derecho administrativo apelando al principio de intervención mínima<sup>24</sup>.

En tercer lugar, rompiendo con la tónica seguida en nuestros códigos penales históricos, el CP de 1995 introduce como elemento típico en la malversación por sustracción y una de las malversaciones de uso (la consistente en dar una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración), el ánimo de lucro. Con este requisito el delito de malversación se aproximó a los delitos de enriquecimiento en los que la obtención de una ventaja, provecho o beneficio de carácter económico es fundamental.

Teniendo en cuenta, básicamente, estos tres aspectos se puede afirmar que la originaria regulación del delito del CP de 1995 acentuó su perspectiva patrimonial, lo que no es óbice para que se pudiera seguir manteniendo su naturaleza

23. Véase *supra* Cap. II. 2.2.1.

24. Véase *supra*. Cap. II.

pluriofensiva<sup>25</sup>. Esta era la posición defendida mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia<sup>26</sup> que siguió incidiendo en la compleja naturaleza de la malversación. Como exponentes destacados de esta corriente doctrinal se pueden considerar a ROCA AGAPITO y a MORALES PRATS y MORALES GARCÍA. El primero de estos autores en su libro sobre la malversación, que se corresponde con su tesis doctoral, defendió que el bien jurídico protegido en la malversación «estaría constituido de una parte por el patrimonio público, ya sea concebido funcionalmente o no. Y de otra parte por los específicos deberes integrantes de la correcta gestión del patrimonio público, y su correlato equivalente en la malversación impropia»<sup>27</sup>.

Por su parte, MORALES PRATS y MORALES GARCÍA al ocuparse del bien jurídico protegido opinan que «la nueva configuración del capítulo [VII], con la introducción del ánimo de lucro en dos de sus tres figuras delictivas posibilita la configuración de estos delitos de un modo netamente patrimonial, si bien la especial naturaleza del mismo, la vinculación entre sujetos activo y objeto mate-

---

25. Véase ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, *op. cit.*, pp. 73/74 y MORALES PRATS, F./MORALES GARCÍA, O., «Capítulo VII. De la malversación», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 1.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Elcano (Navarra), 1996, p. 1889.

26. Véase, entre otras las SSTS 687/99, 238/2010, de 10 de mayo, de 17 de marzo y 228/2013, de 22 de marzo en las que se declara la naturaleza pluriofensiva de este delito, manifestada, de un lado, en el aspecto de la infidelidad del funcionario público que se plasma en la violación del deber de cuidado y custodia de los bienes que tiene a su cargo, con vulneración de la fe pública o la confianza en la correcta actuación administrativa, y de otra parte, en su dimensión patrimonial en cuanto atenta contra los intereses económicos del Estado o contra la Hacienda Pública. Véase, GARCÍA PÉREZ, J.J., «Artículos 342 a 435 bis», en SÁNCHEZ MELGAR (coord.), *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, IV, 6.<sup>a</sup> ed., ed. Sepin, Las Rozas (Madrid), 2024, pp. 3731 y ss., especialmente p. 3751/3752.

27. ROCA AGAPITO, L., *El delito de malversación de caudales públicos*, *op. cit.*, p. 77. Otros autores defensores de la pluriofensividad de la infracción serían: ENTRENA FABRÉ, R., *El delito de malversación*, *op. cit.* p. 37: «Se tutela por un lado el patrimonio de la Administración pública pero también la infracción de los deberes de aquellos sujetos que tienen a su cargo determinados bienes»; OLIVEROS ROSELLÓ, J., «La malversación en el Código Penal de 1995», *op. cit.*, p. 270, señalando que el contenido del injusto «vendría constituido por la lesión de la actividad patrimonial de las Administraciones públicas y por la lesión de la función pública»; CÓRDOBA RODA, J., «De la Malversación», en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARÁN (dirs.), *Comentarios al Código Penal, Tomo II*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2055, autor que defiende que el art. 432 tutela dos bienes jurídicos, la integridad del patrimonio público y el interés en la observancia del deber de fidelidad de los funcionarios en la custodia de los caudales públicos; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.* (11.<sup>a</sup> ed), que sostenía que la malversación «constituye una infracción del deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario con la Administración. Pero, por otra parte, la malversación ostenta un carácter patrimonial evidente al incidir sobre los fondos públicos, lesionando intereses patrimoniales»; MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra la Administración Pública (VII). Malversación», en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 898: «protección del correcto funcionamiento de la Administración Pública y en la prestación de servicios adecuados a los ciudadanos, de la que el patrimonio público como derivación es una parte fundamental en esa protección global y esencia del delito en estudio».

rial, así como las ampliaciones comprendidas en el art. 435 CP, impiden una lectura practicada exclusivamente en estos términos»<sup>28</sup>. Son estas características apuntadas, junto con la posibilidad de reintegro, lo que lleva a estos autores a asumir un pluriforme objeto de protección en el que se subrayaba el contenido patrimonial de los nuevos tipos, pero debiendo añadirse la función pública como concepto a través del cual la Administración Pública persigue la satisfacción del interés general<sup>29</sup>.

Empero, ulteriormente estos autores, se decantaron por centralizar el bien jurídico en el principio de eficacia (arts. 103 y 31. 2 CE) como principio de actuación al que queda vinculada la Administración Pública en el desarrollo de sus funciones en el seno de la actividad económica, siendo lo fundamental el modo en que los recursos se destinan a la satisfacción de dicho principio<sup>30</sup>. Enfatizan estos autores que ese principio de eficacia por su contenido específico, abarca ya la tutela del patrimonio «en un sentido similar al que patrocinan las teorías de corte funcionalista, pero que al quedar referenciado en el ámbito de actuación de los poderes públicos legitima y justifica una tipificación independiente, separada y de mayor alcance de las conductas enmarcadas en el ámbito de la Administración Pública *latu sensu*»<sup>31</sup>. Semejante planteamiento se corresponde con el desarrollado previamente por MORALES GARCÍA en su obra sobre «Los delitos de malversación» publicada en el año 1999<sup>32</sup>. A mi juicio, en esta tesis del «principio de eficacia» sigue latiendo una perspectiva bifronte del objeto de tutela, ya que un destino y gasto eficiente de los recursos públicos no deja de ser una manifestación del correcto desempeño de las funciones públicas que contribuye a proteger el patrimonio público. También por una concepción unívoca del bien jurídico se decantó MUÑOZ CUESTA que es partidario de situar el bien jurídico protegido en la nueva regulación de los tipos de malversación, exclusivamente en el «correcto funcionamiento de la Administración pública»<sup>33</sup>.

No obstante, las tesis patrimonialistas siguieron gozando de no poco predicamento en la literatura especializada. En este sentido, merece ser mencionado el planteamiento que efectúa CASTRO MORENO en su monografía sobre la malversación publicada en el año 2001. En el parecer de este autor, tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal, nos hallábamos ante un delito de con-

28. MORALES PRATS, F./MORALES GARCÍA, O., «Capítulo VII. De la malversación», *op. cit.* (1.ª ed.), pp. 1889.

29. *Ibidem*.

30. En la segunda edición a los Comentarios al Código Penal dirigidos por QUINTERO OLIVARES: MORALES PRATS, F./MORALES GARCÍA, O., «Capítulo VII. De la malversación», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 1962 y 1963.

31. MORALES PRATS, F./MORALES GARCÍA, O., «Capítulo VII. De la malversación», en *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, p. 1963.

32. *Op. Cit.*, pp. 31 y ss.

33. MUÑOZ CUESTA, J., «El delito de malversación», *op. cit.*, p. 1570.

tenido netamente patrimonial en el que lo que se protege es el «Erario Público, la Hacienda Pública, en suma el patrimonio público», aunque naturalmente la lesión de este se realiza infringiendo un deber específico y la conducta puede además afectar negativamente a la prestación de los servicios a los que tienen derecho los ciudadanos<sup>34</sup>. A la hora de fundamentar su opinión aportaba CASTRO MORENO una panoplia de argumentos, entre los que se pueden destacar: la despenalización de las conductas de aplicación pública de caudales a diferente destino, de retención indebida de fondos y de malversación imprudente; la correlación existente entre los tipos agravados de malversación (art. 432.2 CP de 1995, a la sazón vigente,) con algunos de los contemplados para los delitos patrimoniales del art. 250 CP, a la sazón vigente; la exigencia expresa del ánimo de lucro en la conducta del funcionario y la notable atenuación de las diferencias punitivas existentes entre la malversación y los otros delitos patrimoniales y, muy en especial, en cuanto a la apropiación indebida<sup>35</sup>. Ahora bien, la postura de CASTRO MORENO parece deslizarse hacia una cierta comprensión dual, con prioridad, eso sí, del bien jurídico patrimonio público, pues en otro fragmento de su exposición conclusiva<sup>36</sup> afirma «que el bien jurídico protegido de forma directa e inmediata es el patrimonio público aunque las conductas que atacan este merezcan un reproche mayor por la función social de dicho patrimonio, así como por la infracción de un deber específico de los sujetos responsables. Por ello no es de extrañar [prosigue] que tanto la jurisprudencia, como algunos autores, cuando tratan la cuestión, se refieran al delito de malversación como «pluriofensivo o híbrido», si bien, insisto, a mi modo de ver el aspecto predominante y fundamental estriba en la lesión del patrimonio público»; de lo que se desprende, en mi opinión, que este autor, parece admitir en el fondo una protección mediata, indirecta de la infracción de los susodichos deberes específicos<sup>37</sup>.

La nueva redacción de la malversación con la Reforma de 2015 provocó un cambio de paradigma de estos delitos. Como ya se ha apuntado, la LO 1/2015, de 30 de marzo, sustituye la malversación apropiatoria y de uso por dos figuras

34. CASTRO MORENO A., *La malversación de caudales en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 53/54.

35. CASTRO MORENO A., *La malversación de caudales en el Código Penal de 1995, op. cit.*, pp. 52/53

36. *Idem*, pp. 54/55.

37. Cifraron también el bien jurídico protegido únicamente en el patrimonio público, FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificaciones de otras conocidas», *La Ley*, 1997-2, p. 1690 y NIETO MARTÍN, A., *El delito de administración fraudulenta*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 240: «En realidad los delitos de malversación no tienen otro bien jurídico que el patrimonio público». Ahora bien, subraya ROCA AGAPITO, *El delito de malversación de caudales públicos, op. cit.*, p. 76, n. 160 que estos mismos autores «no pueden dejar de tomar en consideración los deberes de los funcionarios». Puramente patrimonialista era la opinión de SERRANO GÓMEZ/SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Partes especial*, 16 ed., Dykinson, Madrid, 2005, p. 820: «el bien jurídico protegido son los intereses económicos del Estado, las Comunidades Autónomas y los entes locales».

delictivas cuyo comportamiento típico quedó fijado por la remisión expresa a lo establecido para los delitos comunes de apropiación desleal y administración indebida, lo que conllevó la lógica supresión del delito de apropiación indebida cometido por abuso del cargo del art. 438 CP, a la sazón vigente. Se produce de esta forma una intensa potenciación de su componente patrimonial. Sin embargo, el legislador de 2015 la sigue manteniendo dentro de los delitos contra la Administración Pública, lo que nos llevaría a descartar la naturaleza de mera agravante de los susodichos delitos contra la propiedad. En este sentido, la Reforma de 2015, a pesar de otorgarle un sentido marcadamente patrimonialista, no llegó al punto o al extremo de su destipificación como «delito de funcionario», opción legislativa esta adoptada en los países de tradición jurídica germana.

De tal forma que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria<sup>38</sup> siguieron manteniendo una comprensión pluriofensiva del delito en la que se amalgamaba la tutela del patrimonio público con otra serie de intereses asociados a la faceta funcional, como el deber de fidelidad e integridad, la correcta gestión del patrimonio público o el correcto funcionamiento de la Administración<sup>39</sup>. Entre los defensores de la naturaleza dual se puede citar a MIR PUIG<sup>40</sup>, ORTIZ DE URBINA JIMENO<sup>41</sup>, MUÑOZ CONDE<sup>42</sup> y ORTS BERENGUER<sup>43</sup>.

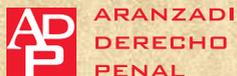
38. Así el ATS de 9 de mayo de 2018 («caso independencia de Cataluña»), considera que el «precepto tutela el patrimonio público y el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de las administraciones públicas» o la STS de 14 de octubre de 2020 que defiende que no solo se protege la integridad el patrimonio público, sino también los deberes de fidelidad y de transparencia que tienen los funcionarios públicos a cuyo cargo se encuentran bienes de la Administración Pública. POZUELO PÉREZ, L., «Delitos contra la administración pública. Malversación», *Memento Práctico Penal 2023*, p. 1872.
39. Subrayado por CARRILLO RUIZ, M.R., *Cuestiones esenciales del delito de malversación, op. cit.*, p. 134.
40. MIR PUIG, C., «La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español», *op. cit.*, p. 198: «El interés jurídico concreto protegido en la malversación lo constituye la correcta gestión del patrimonio público, y la confianza del público en el manejo honesto del patrimonio público (...). Puede, por ello, mantenerse la naturaleza dual de dicho delito, de delito contra la función pública y a la vez contra el patrimonio público».
41. ORTIZ DE URBINA JIMENO, I., «Delitos contra la administración pública. Malversación», en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 5.º ed, Atelier, Barcelona, 2018, p. 378: «Estas conductas suponen un doble ataque al buen funcionamiento de la Administración pública, por un lado, y como en el resto de los delitos con los que comparte Título, se pone en entredicho que se esté sirviendo con objetividad los intereses generales; por otro, se produce daño al patrimonio con el que se sufraga la actividad pública».
42. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.* (21.ª ed.), p. 886, manteniendo la misma postura que en ediciones precedentes de su Manual: deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario con la Administración y los intereses patrimoniales del Estado; pero añadiendo que este carácter patrimonial se acentuó tras la reforma de 2015.
43. ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la administración pública (y II)», en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016,

Simultáneamente se mantienen los planteamientos patrimonialistas encabezados por CASTRO MORENO<sup>44</sup> y DE LA MATA BARRANCO, autor este último que estima que la nueva regulación vendría a confirmar su tesis de protección del patrimonio en sentido funcional.<sup>45</sup> Tampoco faltaron posicionamientos que situaban el bien jurídico exclusivamente en la «dimensión pública-administrativa». En este sentido QUINTERO OLIVARES se decanta por la opción que vincula estos delitos a los deberes de probidad y lealtad del cargo, al servicio a los intereses de la ciudadanía y el adecuado funcionamiento de los servicios públicos; argumentado que dicha opción es «más acorde con la realidad del derecho, pues de lo contrario habría bastado con cualificar los delitos contra el patrimonio»; para a continuación expresar que «la relación entre la ciudadanía y los administradores públicos exige en estos últimos un ejemplar comportamiento de respeto a lo que es de todos, y esa confianza en la Administración y

---

p. 668: «El bien jurídico protegido podremos cifrarlo en el patrimonio público y en los servicios que gracias a él han de prestarse a la comunidad». Ya sostenía esta misma opinión en los *Comentarios al Código Penal de 1995* de VIVES ANTÓN del año 1996. Dentro de esta corriente habría que situar asimismo a POZUELO PÉREZ, L., «Delitos contra la administración pública. Malversación», *Memento Práctico Penal 2021*, ed. Francis Lefevre, Madrid, 2020, p. 1906, que defiende la doble naturaleza de la malversación asumiendo la doctrina jurisprudencial al respecto. También parece apuntarse a ella tras la reforma de 2015 NIETO MARTÍN, autor que defendió en su monografía sobre el delito de administración fraudulenta de 1996, cit. la tesis patrimonialista. En su aportación relativa al delito de malversación, en *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*, v. II, 3.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2019, p. 515, señala: «El patrimonio público es un patrimonio afecto a fines, a la prestación de servicios públicos y al buen funcionamiento de la Administración» invocando a renglón seguido la STS de 1 de diciembre de 2000 que se decanta por una protección plural: «El bien jurídico protegido «no es solo la indemnidad del patrimonio público sino, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios».

44. CASTRO MORENO, A., «Artículos 432 a 435», *op. cit.*, p. 348, que sigue identificando el objeto de tutela con el patrimonio público, si bien «aquí se protege de forma cualificada respecto de otros delitos también patrimoniales con los que los tipos de malversación guardan un más evidente parecido, dada la condición de los sujetos activos y la naturaleza pública del objeto material. A este respecto, la reforma operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, viene a reforzar las tesis patrimonialistas, al establecer la conducta típica por remisión a los delitos patrimoniales generales pero realizados sobre el patrimonio público».
45. DE LA MATA BARRANCO, N., «Administración desleal del patrimonio público», *op. cit.*, p. 2. Abrazan un concepto funcional del patrimonio público, en el sentido de su vinculación directa al cumplimiento de determinados fines de interés general, CASAS HERVILLA, J. Malversación y blanqueo en la contratación pública de abogados defensores, ed. Reus., Madrid, 2019, pp. 105 a 107 y MACÍAS ESPEJO, B., *El delito de malversación como forma de corrupción política*, *op. cit.*, pp. 36/37. Ha de destacarse que QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 7.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 843 y ss. continúa sosteniendo que el bien jurídico protegido en la malversación es la Hacienda Pública misma en su vertiente de gasto por lo que la sigue situando dentro de los delitos contra las haciendas públicas. Véase *supra* Cap. III. I. 1.2.



La presente obra tiene por objeto el estudio del delito de malversación del patrimonio público. Su regulación ha sufrido una importante modificación tras la reforma del Código Penal operada por la LO 14/2022, de 22 de diciembre. Mediante ella se viene a restaurar el sistema tradicional español de incriminación de este delito desterrando del Código Penal el modelo, de inspiración germánica, introducido por la LO 1/2015, de 30 de marzo. En el libro se analizan los diversos modelos de incriminación de las conductas malversadoras del patrimonio público, presentes tanto en el Derecho comparado como en nuestra legislación penal histórica, tomándose partido por el que consideramos más eficiente de cara a la protección del patrimonio público frente a lo que no deja de constituir una importante forma de corrupción. Se profundiza asimismo en el contexto en el que se aprobó la reciente reforma del delito ligándose a la «Sentencia del Procés», STS 459/2019, de 14 de octubre, y a las órdenes europeas de detención y entrega emitidas respecto a este delito contra los políticos catalanes que se fugaron al extranjero. Posteriormente se procede a un exhaustivo estudio dogmático y político criminal de los actuales arts. 432 a 435 bis. Finalmente se aborda la incidencia que la Ley de Amnistía ha tenido en las condenas por malversación impuestas por la referida resolución.

ISBN: 978-84-1085-219-8



ER-0283/2025



GA-2005/0100