

UNA DÉCADA DE ERRÁTICO CONTROL PENAL DE LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO*

Margarita Valle Mariscal de Gante

Universidad Complutense de Madrid. ICCA

Title: *A Decade of Erratic Criminal Control over the Management of Public Assets.*

Resumen: La correcta gestión del patrimonio público es, sin duda, una obligación de cualquier gestor público. Esta gestión, no obstante, puede no ser calificada como correcta o virtuosa en muchas ocasiones. En la gestión se producen errores, descontroles, desvaríos o despilfarros que condicionan la ejecución presupuestaria y la satisfacción de intereses públicos. La determinación sobre cuáles de estas actuaciones han de ser objeto de control por parte del Derecho penal resulta imprescindible para establecer la frontera entre la gestión correcta y la gestión malversatoria.

Palabras clave: malversación, patrimonio público, despilfarro, gestión incorrecta, reformas.

Abstract: *The proper management of public assets is undoubtedly an obligation of any public administrator. However, this management may often fail to be classified as proper or virtuous. Errors, lack of control, mismanagement, or waste occur in management, affecting budget execution and the satisfaction of public interests. Determining which of these actions should be subject to criminal law control is essential to establish the boundary between proper management and embezzlement.*

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «Estrategias Transversales para la Prevención de la Delincuencia Económica y la Corrupción», PID2021-123028OB-I00, cuyos IPs son los profs. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y David Carpio Briz, y en el Grupo UCM de investigación en delincuencia de cuello blanco y corrupción (DCBC), liderado por los profs. Manuel Maroto Calatayud e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, integrado en la RED estratégica “Evaluación de la estrategia e instrumentos de prevención de la corrupción en Europa”, con referencia RED2024-153998-E.

Keywords: *Embezzlement, public assets, waste, mismanagement, reforms.*

Sumario: I.- Introducción; II.- La crisis económica como configurador de un nuevo delito: la introducción de la falsedad contable pública por la L.O. 1/2012; a) Contexto de la reforma; b) descripción de la conducta típica; c) ¿se consigue regenerar la confianza en el sistema? III.- Lucha contra la corrupción como vector del cambio: la malversación como apropiación indebida y administración desleal a partir de la L.O. 1/2015; a) Contexto de la reforma; b) descripción de las conductas típicas; c) ¿se consigue castigar el despilfarro en la gestión pública?; IV.- Inestabilidad política como motivo para redefinir el mal uso del patrimonio público: la incorporación de la malversación por cambio de destino; a) Contexto de la reforma; b) descripción de las conductas típicas; c) ¿es oportuno que el legislador penal controle los cambios de destino de las partidas presupuestarias? V.- ¿Hasta dónde debe llegar el control penal del correcto ejercicio del gasto público? VI.- Bibliografía

I. Introducción

El control del gasto público, en la medida en la que se trata del empleo que se da al dinero de los contribuyentes, resulta absolutamente relevante en nuestro Estado social y democrático de Derecho¹. La correcta gestión del patrimonio público se insertaría dentro del más amplio concepto de “buena administración”, que conlleva, necesariamente, la asunción de que el dinero público es sagrado, lo que supone, no sólo no apropiarse del mismo, sino prepararse para funcionar de manera que no se dilapide ni un céntimo, ya que, en numerosas ocasiones, las Administraciones públicas dan ejemplo de cómo se despilfarra el dinero con gastos innecesarios².

Esta idea la podemos encontrar en el art. 31.2 CE que actúa como vector constitucional concreto cuando caracteriza el gasto público en un contexto de economía, planteando que la acción administrativa en el Estado social es limitada y debe producirse en un entorno de austeri-

¹ Dado que los recursos públicos habitualmente son escasos y son susceptibles de empleos alternativos, es imprescindible una gestión responsable de los mismos, RODRÍGUEZ BEREJO, A., “Una perspectiva constitucional del control del gasto público”, *Revista Española de Control Externo*, vol. XX, n.º 58 (enero 2018), pp. 229-230.

² Afirma Martín Retortillo que “[T]odos conocemos el afán del concejal de turno por poner unos metros más allá o por girarla o para que mire hacia el otro lado, la estatua de la persona memorable que engalana la plaza a la vez que permite que la recordemos. ¿Y la zanja en la calle para poner gas, que a los pocos meses vuelve a levantarse para la conducción eléctrica? ¿Y tantos puntos de luz del todo innecesarios? ¿Toda la noche, además? Son sólo ejemplos anecdóticos, tan reiterados, pero que nos hacen pensar en tantas realidades de mayor trascendencia. Y es que no se puede hacer hábito del despilfarro cuando habría que estar educando para lo contrario”, MARTÍN RETORTILLO, L., “De los Derechos Humanos al derecho a una buena administración”, en Ávila Rodríguez, C., Gutiérrez Rodríguez, F. (coords.), *El Derecho a una buena administración y la ética pública*, Valencia, Tirant lo Blanch Monografías, 2011, p. 52.

dad porque el presupuesto público no es propiedad de la administración, sino de los ciudadanos y los funcionarios no son ni más ni menos que agentes públicos³. Esta circunstancia incrementa exponencialmente su importancia: se trata de actuaciones incorrectas realizadas por autoridades y funcionarios, cuyo poder es vicarial, es decir, están al servicio de las personas de su comunidad, de tal manera que los titulares de las potestades deben orientar toda su acción a satisfacer las necesidades sociales, por lo que si se desvían de estos propósitos o producen daños con sus decisiones, deben responder por ello⁴. Así, resulta básico dentro de nuestro Estado de Derecho considerar que el régimen de controles de quienes gestionan en nombre de todos necesariamente no puede ser el mismo de quien decide sólo para sí o para un círculo de intereses privados⁵. La gestión pública presenta todas las generalidades relacionadas con la gestión de patrimonios ajenos, más las particularidades derivadas de que se trata de un patrimonio público⁶. Esto significa que las actuaciones incorrectas tienen efectos más allá de la propia apropiación o distracción del público. Cuando la finalidad hacia la que estaba destinado el patrimonio público no puede cumplirse nos encontramos con “ineficiencia administrativa, aberrante asignación de recursos, postergación de los intereses públicos y de los objetivos sociales, progresiva perversión de las instituciones públicas y de sus funcionarios”⁷. No hay bienes y servicios públicos gratuitos o sin coste; el gasto incorrecto o el despilfarro tienen efectos sobre los ciudadanos, ya sea en forma de nuevos o mayores impuestos, un mayor endeudamiento público⁸, o incluso puede llegar a generar dificultades presupuestarias⁹.

Frente a este panorama se entiende por el legislador, influenciado en gran medida por la opinión pública, que es necesario valorar o mejor

³ RODRÍGUEZ ARANA, J., “El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el Derecho administrativo”, en Ávila Rodríguez, C., Gutiérrez Rodríguez, F. (coords.), *El Derecho a una buena administración y la ética pública*, Valencia, Tirant lo Blanch Monografías, 2011, p. 90.

⁴ RIVERO ORTEGA, R., *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos. El antídoto de la arbitrariedad*, Iustel, Ediciones el Cronista, Madrid, 2020, p. 47.

⁵ RIVERO ORTEGA, R., op. cit., p. 66.

⁶ Palomar Olmeda indica que “los fondos que se administran proceden de la solidaridad general y del esfuerzo colectivo”, de tal manera que se genera mayor afección sobre el ciudadano ante los casos de gestión, no solo delictiva, sino meramente incorrecta, PALOMAR OLMEDA, A., “La articulación general de la responsabilidad derivada de la gestión de fondos públicos”, en *XVIII Jornadas de Presupuestación, contabilidad y control público. Contabilidad, transparencia y Responsabilidades Públicas*, febrero 2014. IGAE 140 años. Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas. Gobierno de España, p. 204, disponible en <https://www.pap.hacienda.gob.es/sitios/140aniversario/Paginas/home.aspx>

⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Corrupción política: consideraciones político-criminales”, *REEPS* 1 (2017), p. 4.

⁸ RODRÍGUEZ BEREJO, A., op. cit., p. 237.

⁹ MOCHÓN LÓPEZ, L., MOLINA MESA, J., *La protección penal de las finanzas públicas y la responsabilidad de los gestores públicos. (El artículo 433 bis del Código penal)*, Cizur Menor, Civitas, Thomson Reuters, 2013, p. 199.

dicho desvalorar la conducta de aquel que se comporta con tan poca diligencia y con tal desapego por los criterios racionales de gestión de lo público, que parece casi obligado que la mala gestión de los recursos públicos sea objeto de análisis por el Derecho penal y que incluso determinadas conductas más graves puedan llegar a estar castigadas con pena de cárcel.

La correcta gestión del patrimonio público abarca conductas más allá de la distracción, sustracción o apropiación de dicho patrimonio y asumiendo que el patrimonio público no es de libre disposición por quienes lo gestionan, resulta oportuno analizar si el Derecho penal es el instrumento adecuado para encauzar todas aquellas actuaciones que desbordan los límites de la correcta gestión¹⁰, que rebasan los criterios de legalidad presupuestaria o que incluso pueden considerarse como “despilfarro presupuestado”¹¹.

La búsqueda del control del patrimonio público desde la óptica penal necesariamente tenía que producirse en el entorno de la malversación, partiendo de la base de que este delito constituye una de las figuras delictivas de mayor utilidad para hacer frente a la corrupción¹², entendida como la utilización de unas facultades públicas en interés privado, distinto del general a que toda actuación pública debe estar encaminada¹³.

¹⁰ Superando en cualquier caso los límites clásicos de la malversación y considerando esta más allá de las actuaciones de apropiación de patrimonio público.

¹¹ Incluye De la Mata Barranco dentro de esta idea de despilfarro presupuestado cuestiones tales como “la creación de grandes infraestructuras absolutamente innecesarias (pensemos, por ejemplo, en aeropuertos inútiles) o la celebración de eventos faraónicos cuestionables en términos de política social (pensemos, por ejemplo, en recibimientos a autoridades exagerados o en organización de competiciones deportivas cuando menos cuestionables incluso en términos de rentabilidad económica a largo plazo)”, DE LA MATA BARRANCO, N., “La gestión irregular del presupuesto público y la malversación”, *El almacén del Derecho*, 7 marzo 2016, disponible en <https://almacendederecho.org/la-gestion-irregular-del-presupuesto-publico-y-la-malversacion>

¹² Entiende De la Mata que el delito de malversación, a pesar de ser uno de los delitos contra la administración pública, no puede considerarse stricto sensu, como un delito de corrupción, dado que falta el elemento corruptor. Los calificaría como delitos de desviación de poder, de aprovechamiento de una situación privilegiada a través de los que se puede obtener un rédito personal, habitualmente crematístico, pero diferenciable de lo que es el concepto de corrupción pública, que se percibe claramente en los delitos en los que se encuentran dos finalidades no convergentes, y como pueden ser el delito de cohecho o el de tráfico de influencias. DE LA MATA BARRANCO, N., “La lucha contra la corrupción política”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-01 (2016), p. 7. En el mismo sentido, Rodríguez Bereijo, que mantiene que la malversación de caudales públicos no es en sí corrupción política: es una apropiación o distracción de fondos por una persona pública ajena a todo lo que significa la venalidad en el ejercicio de la función pública, la compraventa del cargo, RODRÍGUEZ BEREJO, A., op. cit., p. 233.

¹³ ROCA AGAPITO, L., “Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado”, *Diario La Ley*, n.º 10230, 16 de febrero de 2023, p.19.

La década que comprende los años 2012-2022 ha sido testigo de sucesivas reformas del Código penal que han afectado, en mayor o menor medida, a los delitos de malversación. Las circunstancias justificativas de cada una de esas reformas, a saber: crisis económica, lucha contra la corrupción e inestabilidad política, han impregnado de forma absoluta las descripciones típicas vinculadas a la malversación, de tal manera que el legislador ha ido adaptando los criterios de tutela penal de la gestión del patrimonio público en función de las circunstancias concretas. En lo que a este trabajo interesa, nos centraremos en la búsqueda por parte del legislador de un criterio de control de la correcta gestión del patrimonio público. Más allá del concepto clásico de malversación consistente en la apropiación o sustracción del patrimonio público para servir a intereses particulares, la cuestión ahora radica en determinar hasta donde debe alcanzar la tutela penal de la incorrecta gestión del patrimonio público.

Repasaremos, por tanto, las inclusiones y modificaciones que la malversación ha sufrido a lo largo de esa década¹⁴ y que, de manera errática y desordenada han configurado la malversación como herramienta para el control de la gestión pública desde el punto de vista de la aplicación de los recursos públicos a la satisfacción de necesidades de carácter general¹⁵, de tal manera que su consideración como “polimórfica tipificación”, todavía puede darse por buena¹⁶.

Resulta necesario, en fin, determinar cuál es el límite de intervención del Derecho penal; hasta qué punto una gestión deficiente, una gestión incorrecta ha de ser siempre tutelada y corregida a través de las herramientas de las que dispone el Derecho penal¹⁷. Sin embargo, debemos

¹⁴ Este devenir ha llegado a calificarse como un “camino tortuoso que bien podría tildarse de ida y vuelta”, GARCÍA GONZÁLEZ, J., “Algunas consideraciones sobre la reforma del delito de malversación y la protección penal del patrimonio público”, *Documentación administrativa*, número 10, junio de 2023, p. 64.

¹⁵ En este sentido, no se abordará en este trabajo cuestiones tales como la cláusula súper atenuatoria contenida en el art. 434 CP o la novedad en cuanto al concepto de patrimonio establecida por el legislador en la reforma de 2022 a través del art. 433 ter CP.

¹⁶ Así llegó a calificarla SUÁREZ MONTES, R.F., “El delito de malversación de caudales públicos”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, enero-junio 1966, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1966, p. 831. A pesar de que en su momento utilizó esta expresión para indicar que se presentaba bajo innumerables formas (activas, pasivas, dolosas y culposas), podemos apropiarnos de la expresión en el sentido de que, en su evolución, la malversación ha adquirido numerosas formas, que, si bien no son concomitantes, sí han resultado ser consecutivas, con la consiguiente alteración de criterios y principios. Y si además nos servimos de una de las acepciones del término polimórfico: “propiedad de los elementos y sus compuestos, que pueden cambiar de forma sin variar su naturaleza”, entenderemos no solo que nos encontramos ante una figura que resulta diversa en su configuración concreta, sino que, además, resulta cambiante en el tiempo sin perder la consideración esencial respecto del objetivo que busca el legislador.

¹⁷ Entiende VILLORIA GARCÍA, M., “La ética pública y los códigos de conducta administrativos vs. Corrupción y escándalos políticos”, en Ávila Rodríguez, C., Gutiérrez Rodríguez, F. (coords.), *El Derecho a una buena administración y la ética pública*, Valencia,

preguntarnos si lo que se quiere hacer con la nueva regulación es dar respuesta a unas conductas corruptas de unos sujetos que pretenden enriquecerse a costa del patrimonio de todos o si la regulación penal de la malversación debe estar orientada a la protección de la correcta gestión del patrimonio público, esto es de un correcto funcionamiento de la Administración pública¹⁸.

II. La crisis económica como configurador de un nuevo delito: la introducción de la falsedad contable pública por la L.O. 7/2012

a) Contexto de la reforma:

Con la L.O. 7/2012 de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, el legislador lleva a cabo la primera intervención en el capítulo de la malversación¹⁹, relacionada directamente con la gestión de recursos públicos. Decide introducir en el art. 433 bis CP un nuevo delito, denominado como “falsedad contable pública”.

Desde el año 2008 España se encontraba inmersa en una profunda crisis económica. A partir de ese momento, se puso de manifiesto que se habían tomado de manera descontrolada determinadas decisiones de

Tirant lo Blanch Monografías, 2011, p. 179, que actuaciones incorrectas como pueden ser, por ejemplo: “el déficit de diligencia en el trabajo, la falta de iniciativa cuando existe un problema y no se le busca solución adecuada, son ejemplos de una actuación éticamente incorrecta en la Administración, pero no por ello la denominaríamos corrupta”.

¹⁸ ROCA AGAPITO, L., op. cit., p. 19.

¹⁹ La ubicación de este delito en el ámbito de la malversación resultó llamativa, ya que, como se verá infra II b), la configuración de este tipo penal no exige la causación de un perjuicio patrimonial directo a la Administración, MOCHÓN LÓPEZ, L., MOLINA MESA, J., op. cit, p. 183. Podía decirse que se trataba, más bien, de un delito societario que se trasladó, de manera mimética, al ámbito de la Administración pública, llegando a plantear la opción Quintero Olivares de si no hubiera sido más conveniente incluir en los delitos 290 y 282bis CP una cláusula de extensión a las entidades públicas, QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Madrid, Aranzadi, 2016, p. 1429. Coincidente con esta opinión, SANZ MULAS, N., “Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales”, *RECPC* 19-05 (2017), p. 24. La única razón por la que se puede justificar que este delito se integre dentro de los delitos contra la Administración pública reside en la posible protección que sobre el control de la utilización de recursos públicos puede llevar a cabo, protegiendo el correcto funcionamiento de la Administración y desarrollando el deber genérico de fidelidad de los funcionarios, LUZÓN CÁNOVAS, A., “El delito de falsificación de cuentas públicas del artículo 433 bis del Código penal”, en *XVIII Jornadas de Presupuestación, contabilidad y control público. Contabilidad, transparencia y Responsabilidades Públicas*, febrero 2014. IGAE 140 años. Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas. Gobierno de España, p. 234, disponible en <https://www.pap.hacienda.gob.es/sitios/140aniversario/Paginas/home.aspx>.

gasto. La España que, con anterioridad a esa fecha mostraba una economía pujante, y en la que se producía el llamado “milagro español” que generaba más de la mitad del empleo que se creaba en toda la Unión Europea, se detuvo abruptamente. Los efectos directos de la crisis provocaron una crisis financiera, económica, del empleo, de la deuda y de la austeridad que desembocó en que a inicios de 2010 se instauraran políticas de austeridad que condujeran al cumplimiento de los objetivos fiscales y a alcanzar el ajuste de las cuentas públicas²⁰.

En el año 2012 se encuentra el legislador con una coyuntura económica de grave déficit y en la que se comprueba que en muchas ocasiones la gestión económica de los fondos públicos ha sido deficiente. Se evidencia la presencia de una dejadez o falta de diligencia por parte de los gestores públicos²¹ que parece chocar con la obligación que tienen los servidores públicos de velar por los intereses generales y actuar con arreglo a los principios de transparencia, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia y honradez, lealtad y buena fe con la Administración. En el contexto de la crisis económica se pudo constatar que no se había producido una administración de los recursos y bienes públicos con el rigor y el control²² imprescindibles, de tal manera que se vinculaba esta conducta con unos niveles de déficit real de las Administraciones Públicas e incluso con prácticas de no reconocimiento de obligaciones ya contraídas²³. Y no resultaba oportuno alegar el hecho de que en aras al principio de la eficacia y las trabas impuestas por el Derecho administrativo se hubieran ejecutado gastos sin haberse cumplido los requisitos legales. El principio de eficacia en las Administraciones Públicas había de ir siempre guiado por el principio de legalidad, ya que está en juego tanto el interés como los fondos públicos.

²⁰ RUESGA BENITO, S.M., “Para entender la crisis económica en España. El círculo vicioso de la moneda única y la carencia de un modelo productivo eficiente”, *Economía UNAM*, vol 10, núm. 28, (enero-abril 2013), p. 72.

²¹ JIMÉNEZ RIUS, P., “¿Es posible exigir responsabilidades a los gestores públicos en España?”, *Diario La Ley*, n.º 7801, Sección doctrina, 20 de febrero de 2012.

²² URÍA FERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad contable y administrativa. El nuevo delito de falsedad contable pública”, en *XVIII Jornadas de Presupuestación, contabilidad y control público. Contabilidad, transparencia y Responsabilidades Públicas*, febrero 2014. IGAE 140 años. Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas. Gobierno de España, p. 311, disponible en <https://www.pap.hacienda.gob.es/sitios/140aniversario/Paginas/home.aspx>

²³ Este era el caso de las llamadas “facturas en el cajón”, denominándose así aquellas que se hacen sin partida presupuestaria y que se guardan en un cajón para incorporarlas en el ejercicio siguiente. El Gobierno, en su momento, ya consideró que constituían la forma de actuación causante de aquella situación de déficit en las cuentas públicas y como origen asimismo de los problemas de liquidez de los acreedores de la Administración que no veían satisfechas sus deudas. Los órganos gestores de fondos públicos y las autoridades habían de ser conscientes de que cuando se gastaba sin saber si hay crédito o a sabiendas de que no lo hay estarían cometiendo una ilegalidad y que dicha ilegalidad tendría prevista su sanción (disciplinaria, administrativa, contable y penal) en la normativa vigente.

La crisis económica provenía, en parte, de un elevado descontrol en relación con el gasto de las Administraciones públicas (se había gastado mal, se había derrochado en muchos casos) lo que determinaba establecer políticas que condujeran a identificar cómo se habían producido esos abusos en la gestión y el mal uso de los recursos públicos, incorporar normas que favorecieran la transparencia de la Administraciones públicas y el control administrativo de lo que sucedía en su seno, buscando consolidar los principios establecidos a través de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno²⁴. No obstante, para embridar el gasto público, controlarlo y limitar sus excesos no parecían resultar suficientes las llamadas al buen gobierno o a la transparencia y se consideró necesario recurrir al Derecho penal. Entendió el legislador que, con los instrumentos ya existentes²⁵, resultaba imposible criminalizar la mala gestión de los recursos públicos, por lo que se estimó necesario la introducción de un nuevo tipo penal²⁶.

La introducción de este delito, por tanto, se reputó justificada en tanto en cuanto la situación por la que atravesaba España era el reflejo de una profunda crisis económica y financiera y resultaba imprescindible cumplir con las exigencias derivadas de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera²⁷. Inicialmente dio la impresión de que, debido a la grave situación de crisis económica y la situación de las arcas públicas, se buscaba, mediante la introducción de este tipo penal, combatir el fraude relacionado con el gasto de fondos públicos²⁸.

²⁴ Esta ley nació con el objetivo de ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, reconocer y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

²⁵ Se planteó también la opción de que las conductas que querían suprimirse a través de la regulación del art. 433 bis pudieran ser atendidas a través de otros tipos penales. En este sentido, era fácilmente constatable que no resultaban de aplicación ni las previsiones establecidas para el cohecho o el tráfico de influencias. En cuanto a la prevaricación, y admitiendo que podía resultar más admisible esta posibilidad a la vista de la amplitud que presenta dicho tipo, difícilmente podría admitirse que una deficiente gestión económica pudiera ser considerada como una resolución arbitraria que fuera dictada por un funcionario o autoridad a sabiendas de su injusticia. Toda la actuación que conllevaban la gestión basada en un compromiso presupuestario contabilizado en un ejercicio posterior (supuesto de las facturas en el cajón) no podía calificarse como arbitraria. Adicionalmente, debía poder ser apreciada “a sabiendas de su injusticia”, no siendo suficiente que la resolución fuera contraria a la legalidad administrativa, sino que también había de carecer de todo fundamento racional, ser inmotivada y sin ninguna apelación a la racionalidad jurídica. En este sentido, la decisión se situaría fuera del ordenamiento jurídico y perseguiría fines no contemplados en él, por lo que tal resolución típica nunca podría ser legal y no podría tener cabida en el ordenamiento, al comportar abuso o desviación de poder.

²⁶ En su momento consideró que no era necesario JIMÉNEZ RIUS, P., op. cit., p. 14.

²⁷ MOCHÓN LÓPEZ, L., MOLINA MESA, J., op. cit., p. 183.

²⁸ Aunque, tal y como manifestó el CGPJ en su informe al Anteproyecto, si la pretensión del legislador era poner coto al hecho de efectuar gastos sin crédito, superando así el importe del presupuesto, tal y como quedaba reflejado en la Memoria de impacto

Se entendía que el rigor en la gestión pública y su exacto reflejo contable eran una necesidad para un crecimiento económico sostenible y que la vulneración de determinados principios en este ámbito, necesariamente había de tener reflejo en la regulación penal²⁹. El objetivo era intentar frenar, entre otras cosas, el deterioro de la confianza ciudadana en las Administraciones públicas³⁰. Mediante este delito se tipifican determinadas actuaciones presupuestarias o financieras en las que podían incurrir los gestores públicos que o bien eran consecuencia de estas decisiones “aventuradas” o bien trataban de encubrirlas³¹.

En este contexto, entendiendo que la acción legislativa buscaba incorporar normas que favorecieran la transparencia de las Administraciones públicas y el control administrativo de todo lo que sucedía en su seno³², parecía establecerse que el objetivo principal de la reforma descansaba en la necesidad de renovar la confianza de los ciudadanos en la gestión pública, de regenerar su confianza en las instituciones democráticas y en las Administraciones públicas y en quienes las sirven³³.

Dentro de la misma reforma y junto a la introducción del art. 433 bis CP dado que a lo que se aspiraba era combatir el fraude relacionado tanto con los ingresos como con el gasto de fondos públicos se introdujeron también reformas en relación con los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social³⁴.

normativo, así debería haberse tipificado, Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, p. 79, disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgjp/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGJP/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995-de-23-de-noviembre-del-Codigo-Penal>

²⁹ URÍA FERNÁNDEZ, F., op. cit., p. 308.

³⁰ URÍA FERNÁNDEZ, F., op. cit. p. 310.

³¹ MOCHÓN LÓPEZ, L., MOLINA MESA, J., op. cit., p. 199.

³² Estas reformas se complementaron con las producidas en el ámbito penal. La Profa. Gómez Rivero se refiere expresamente a las reformas de 2010 y 2015 en las que se produjeron notables modificaciones en cuanto a los denominados delitos de corrupción pública, GÓMEZ RIVERO, M.C., “Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII (2017), p. 251.

³³ LUZÓN CÁNOVAS, A., op. cit., p. 234. Según la memoria de impacto normativo que acompañaba al Anteproyecto de la L.O. 7/2012, el presente delito se incorporaba para lograr la estabilidad presupuestaria y erradicar la mala gestión de los recursos públicos.

³⁴ Tal y como afirma Gutiérrez Rodríguez, el hecho de que la mayor parte de los delitos afectados por la reforma pertenecieran a estos grupos, podía hacer pensar que el objetivo último de la reforma no radicaba en criminalizar la mala gestión, sino en llevar a cabo una actividad recaudatoria, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “¿Qué queda de la reforma del Código penal en materia de transparencia, acceso a la información y buen gobierno? Reflexiones sobre el texto del nuevo artículo 433 bis.” *Diario La Ley*, núm. 8020, 11 de febrero de 2013, p.2.

b) Descripción de la conducta típica:

El delito describe dos conductas claramente diferenciadas³⁵. Por un lado, falsear la contabilidad, los documentos o la información relevante desde un punto de vista económico, y por otro, facilitar a terceros la información o los documentos mendaces.

La actividad esencial será el falseamiento, que consiste en la elaboración de un documento o de una información, relevante desde un punto de vista económico, en los que se incluyan datos que no son reales o se omitan otros cuya constancia sea imprescindible para reflejar de forma veraz la situación económica de la entidad³⁶. Se trata por tanto de un delito de falsedad que tal y como se indica en el precepto, se aplicará cuando no entre en juego del art. 390 CP que regula las falsedades cometidas por funcionario o autoridad pública en el ejercicio de sus funciones³⁷. Aquí es donde nos encontramos con el primero de los problemas del art. 433 bis CP. El ámbito de aplicación de este art. 390 CP es muy amplio, puesto que tienen cabida las conductas que, de manera tradicional, se entienden dentro del marco de las falsedades.

La acción típica que describe el art. 433 bis.1CP se refiere al falseamiento de documentos o informaciones que se recogen en documentos internos de la Administración pero que serán los que se utilicen para ir conformando la situación económico-financiera del ente público³⁸. Sur-

³⁵ 433 bis CP 1.- La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, y fuera de los supuestos previstos en el art. 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

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

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

³⁶ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., op. cit., p.3.

³⁷ En el Anteproyecto no se contenía ninguna cláusula concursal específica para este delito, por lo que, atendiendo al principio de especialidad, habría de aplicarse siempre el art. 433 bis CP en detrimento del 390 CP por tratarse aquel de una norma especial. En relación con esta posibilidad ya el CGPJ en su informe al Anteproyecto, avisó de la posibilidad de que este delito se convirtiera en un tipo privilegiado que impidiera la aplicación de lo dispuesto en el art. 390.1 CP, a la vista de que las conductas que se describen en éste podrían ser aplicables a las falsedades contables o documentos que reflejen la situación económica de la entidad pública, Consejo General del Poder Judicial, op. cit., p. 79. El texto que se aprobó, finalmente, contenía la cláusula concursal que ha desembocado en una regla que complica, cuando no impide directamente, la aplicabilidad de este tipo penal.

³⁸ Tal y como describen Mochón y Molina, la aplicación de la LOEPSF requiere que las distintas Administraciones y organismos públicos elaboren y transfieran un importante volumen de información económica, financiera y presupuestaria hacia la estatal, lo cual

ge la duda aquí de lo que puede suceder con la posible falsificación de documentos de carácter interno en relación con su consideración o no como documentos oficiales. Podría interpretarse en el sentido que ofrece el preámbulo de la L.O. 7/2012, a la fase interna en la que se elabora la información contable. En este supuesto no entraría en juego la posibilidad de aplicar el art. 390 CP ya que no estaríamos hablando de un documento público u oficial o se trataría de un documento formalmente correcto, puesto que se limitaría a recoger una información previa que hubiera sido anteriormente falseada³⁹. No obstante, es posible sostener que sólo podrá castigarse la falsedad en documentos internos cuando se incorporen a un documento que refleje la situación económica de la entidad pública o su contenido aparezca también recogido en alguno de esos documentos económicamente relevantes. Los documentos internos no encajan en el art. 26 CP, por lo que cuando se mantienen como tales documentos internos y meros borradores, notas o consultas, no se trasladan a otro documento con eficacia probatoria u otro tipo de relevancia jurídica, carecen de la idoneidad objetiva para cometer en ellos la falsedad típica⁴⁰.

Ante esta detallada descripción de las conductas típicas que recoge el delito de falsedad, parece imposible que pueda aplicarse el delito del artículo 433 bis CP, puesto que tal y como indica el propio artículo, el 390 CP⁴¹ es de aplicación preferente, y el 433 bis CP sólo se aplicará cuando no entre en juego el anterior⁴².

Adicionalmente para la aplicación del 433 bis CP resulta necesaria la idoneidad para causar un perjuicio económico⁴³, requisito que no se

implica, a su vez, un complejo proceso de recopilación y elaboración de esa información en el ámbito interno de esa Administración u organismo, siendo esta fase en la que se podría falsear la información a la que se refiere el art. 433 bis CP. MOCHÓN LÓPEZ, L., MOLINA MESA, J., op. cit., p. 190.

³⁹ MOCHÓN LÓPEZ, L., MOLINA MESA, J., op. cit., p. 185.

⁴⁰ LUZÓN CÁNOVAS, A., op. cit., p. 241.

⁴¹ Resulta llamativa la diferencia punitiva entre los dos tipos mencionados, puesto que la pena que tienen asociadas las falsedades contenidas en el art. 390 CP es sensiblemente superior, dado que asciende a prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años. Nos encontramos ante unas penas cumulativas muy altas (tengamos en cuenta que la pena de prisión por ser superior a los dos años no puede suspenderse ni sustituirse). Mientras que la pena del art. 433 bis CP es la inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

⁴² El ámbito de aplicación del 433 bis CP sólo podría residir en atender a las falsedades cometidas en documentos internos y en la facilitación a terceros de documentos o de información mendaz, de tal manera que no encuentren descritas estas conductas en el art. 390 CP, LUZÓN CÁNOVAS, A., op. cit., p. 248.

⁴³ Por perjuicio económico se entenderá un detrimento patrimonial para la entidad, que puede consistir tanto en una disminución de su patrimonio como en un no incremento al que se tiene derecho. Este perjuicio económico sólo puede recaer sobre la entidad de la que depende el sujeto activo. Pueden darse situaciones que puedan no encuadrarse

contiene en los delitos clásicos de falsedades, por lo que se complica, aún más si cabe, su aplicación. El perjuicio que efectivamente, sí se puede producir es a la Administración en su conjunto y no a la entidad propiamente dicha, puesto que se genera una falta de credibilidad y consiguientemente un incremento en el coste de la financiación obtenida a través de la deuda pública, que desembocará en una alteración de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera⁴⁴.

Finalmente, cuando la idoneidad se concreta en un riesgo efectivo, y se produce un perjuicio económico, el delito se convierte en uno de resultado lesivo y la pena aumenta notablemente, puesto que pasamos de pena de inhabilitación a una pena de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

A la vista de esta regulación tan escasamente eficaz, resulta oportuno preguntarse por qué ha regulado de esta forma el legislador el delito de falsedad contable pública.

Se trata de un precepto hecho a imagen y semejanza del art. 290 CP (falsedad en documentos sociales por parte de los administradores de hecho o de derecho de una sociedad). Si trasladamos esta conducta al sector público, parece que el legislador entiende que el hecho de que se produzca una gestión deficiente derivada del falseamiento de la información económica de las cuentas públicas ha de suponer también una amenaza para la confianza en el sistema económico. Ahora bien, entendiendo que se quiera evitar esa amenaza, no se corresponde con lo regulado en el art. 433 bis CP. Las falsedades en documentos sociales reciben mucha más pena (prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses) que la

en el tipo penal cuando el perjuicio se produzca en otra entidad en la que el sujeto activo ejerza sus funciones, aunque sea de manera temporal, puesto que en ese caso nos faltará uno de los elementos típicos. Además, como hemos comentado antes, al contrario que en los demás delitos que pueden regular la gestión deficiente del patrimonio público, no se exige ni un ánimo de lucro ni de ilícito beneficio, como puede ser el caso de la malversación o tráfico de influencias. El concepto de perjuicio económico no queda restringido al de pérdida patrimonial, sino que se amplía sustancialmente. Así, aunque la acción, a priori, parezca suponer un beneficio para la Administración (al evitarse o retrasarse el pago), finalmente supondrá un perjuicio económico, ya que se estaría falseando la auténtica situación financiera del ente, poniendo en peligro el cumplimiento de ellos objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Teniendo en cuenta que la acción se describe como falseamiento de documentación contable, el perjuicio no habrá de referirse, de manera exclusiva, a la posibilidad de pérdida de ingresos públicos (ni siquiera parece el supuesto paradigmático en el que hubiera estado pensando el legislador al definir la conducta típica), más bien deberíamos entender que el medio idóneo para que se refleje una situación idónea para causar perjuicio económico es mediante la consignación de una situación patrimonial falsa de la entidad pública, de tal manera que se corre el peligro de generar un potencial desequilibrio de las cuentas públicas. MOCHÓN LÓPEZ, L., MOLINA MESA, J., op. cit., p. 190.

⁴⁴ LUZÓN CÁNOVAS, A., op. cit., p. 239.

falsedad contable en el ámbito público, lo cual llama la atención debido a la aparente escasa sanción penal del delito contenido en el art. 433 bis CP y no se entiende que, queriendo obligar a que las entidades públicas den una imagen fiel de su situación financiera, se haya conminado con una pena tan distinta a la del falseamiento de cuentas en el ámbito privado. Además, este delito (la falsedad en documentos sociales por parte de los administradores) regula un supuesto que no está contenido en el art. 392 CP que regula las falsedades cometidas por particular, por lo que tiene sentido su existencia. En el caso del 433 bis CP no parece tener sentido, puesto que la falsedad ideológica que podría contener ya está incluida en el 390 CP. La conducta del funcionario público consistente en cometer una falsedad en los documentos de trascendencia económica de una entidad pública ya está recogida en la dicción del art. 390 1.4º CP, que además permitiría establecer una consecuencia punitiva más acorde a la proporción entre la pena del funcionario que llevara a cabo la actividad de falseamiento y la del particular⁴⁵. Además, a diferencia de lo contenido en el art. 290 CP, no forma parte del tipo el perjuicio de un tercero.

Como segunda conducta típica se establece la difusión de información económica falsa sobre la entidad pública. Se busca a través de esta descripción típica sancionar a la autoridad o funcionario público que facilite documentación o información mendaces a terceros, si resulta acreditada la misma idoneidad lesiva del patrimonio o de la entidad⁴⁶. Se castiga la transmisión externa de la información financiera falseada. No se falsea el documento en sí, sino la información: parece que sólo podría atenderse a la información difundida de forma verbal⁴⁷. En este caso, la cuestión se centrará en dilucidar si el medio o la forma utilizada para transmitir la información a terceros resulta idónea para causar perjuicio económico. De esta manera, podría considerarse que un comentario privado en el que se transmitieran estas informaciones no sería un medio adecuado para causar el perjuicio económico. Por el contrario, si la transmisión de la información económica mendaz se realizara a través de canales que otorguen publicidad y una apariencia de veracidad a la información puede estimarse que se estaría cumpliendo la condición de punibilidad establecida⁴⁸.

⁴⁵ Sin duda, si la actividad de falseamiento por parte del funcionario se castiga a través del art. 390.1.4º CP, la pena resulta superior a la de la propia malversación apropiativa, lo cual no deja de resultar llamativo; esta cuestión, no obstante, es un indicio más que nos lleva a plantearnos la procedencia del precepto y la adecuación del art. 433 bis CP a los supuestos que pretende regular.

⁴⁶ Considera LUZÓN CÁNOVAS, A., op. cit., p. 241, que la expresión resulta “perturbadora y desde luego redundante”.

⁴⁷ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., op. cit., p. 5.

⁴⁸ MOCHÓN LÓPEZ, L., MOLINA MESA, J., op. cit., p. 197.

Al igual que sucedía con la conducta descrita en el primer párrafo, la efectiva causación del perjuicio económico⁴⁹ implica un agravamiento de las penas en el supuesto previo. En todos estos casos la dificultad estará en probar el nexo de causalidad entre la elaboración o transmisión de la información falseada y el perjuicio económico⁵⁰.

c) ¿Se consigue regenerar la confianza en el sistema?

Analizados ya los elementos de este delito resulta necesario verificar si se logra el objetivo de regenerar la confianza en el sistema a través de la correcta gestión de los fondos públicos y la estabilidad presupuestaria.

Es evidente que, a pesar de que el legislador busca tipificar las conductas de despilfarro o de mala gestión del dinero público, refiriéndose a supuestos en el que los funcionarios encargados de ejecutar partidas presupuestarias efectuaran gastos sin crédito (las “facturas en el cajón”), superando el importe del presupuesto, tales conductas no encuentran acomodo dentro de la descripción típica del art. 433 bis CP⁵¹. Los casos en los que se originan gastos para las entidades públicas que se extralimitan de lo presupuestado para el desarrollo de sus actividades en cada ejercicio económico⁵² no podrán castigarse a través del delito de falsedad contable pública.

Intenta el legislador, de manera expresa, cubrir una laguna de punibilidad en lo que a la gestión de recursos públicos respecta⁵³, aunque es cierto que lo ha hecho recurriendo a una deficiente técnica legislativa que se limita a acumular descripciones típicas, en muchos casos coincidentes, provocando una difícil coexistencia entre conductas de características similares y de difícil diferenciación⁵⁴.

Mediante este delito lo que se ha llevado a cabo es extender el delito de falseamiento contable previsto en el art. 290 CP y no la realización de gastos sin habilitación presupuestaria o una vez agotado el crédito disponible⁵⁵. En este sentido, por tanto, es oportuno determinar si resulta necesaria la introducción de esta figura, no solo por la obligación de reprimir estas conductas, sino por la técnica que ha seguido el legislador y que tan defectuosa se ha demostrado. En su momento pareció posible que el art. 433 bis CP creara más problemas en relación con otras figuras ya existentes en el Código penal que aquellas situaciones que pretendía

⁴⁹ De nuevo sería oportuno que el legislador hubiera indicado un perjuicio mínimo, de tal manera que un perjuicio económico ínfimo no pudiera conllevar la realización del tipo.

⁵⁰ MOCHÓN LÓPEZ, L., MOLINA MESA, J., op. cit., p. 198.

⁵¹ LUZÓN CÁNOVAS, A., op. cit., p. 248.

⁵² GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., op. cit., p.5.

⁵³ SANZ MULAS, N., op. cit., p. 24.

⁵⁴ LUZÓN CÁNOVAS, A., op. cit., p. 235.

⁵⁵ Consejo General del Poder Judicial, op. cit., p. 79.

resolver⁵⁶, situación a la que no se ha llegado por la nula aplicabilidad del tipo penal. Tampoco resulta operativa la descripción típica consistente en la difusión de información económica falsa, construida a imagen y semejanza de los delitos relativos al mercado y a los consumidores que buscan proteger la competencia leal de las empresas en el mercado y a los consumidores. Ítem más, en el caso del art. 433 bis CP, no tiene sentido que se busque la protección de los proveedores que contraten con la administración, pues a estos no suele suministrarse información sobre la situación económica de la entidad antes de llevar a cabo la contratación.

En este sentido, pareciera más bien que a través del presente delito se quisiera castigar la actuación incorrecta del gestor y no tanto la gestión incorrecta. Es cierto que el falseamiento de la situación económica de una entidad pública puede considerarse una actuación incorrecta, y por tanto, a tener en cuenta; pero también es cierto que no será sino una más entre tantas que pueden llevarse a cabo y afectar a la correcta gestión⁵⁷ y por tanto, no merecedora de reproche penal.

III. Lucha contra la corrupción como vector del cambio: La malversación como apropiación indebida y administración desleal a partir de la L.O. 1/2015

a) Contexto de la reforma:

A pesar de los esfuerzos del legislador, la situación a partir de 2012, antes que mejorar empeoró. A la crisis económica se unió un elemento distorsionador de gran potencia: la corrupción. Las crisis económicas operan sobre los casos de corrupción como mago que saca la paloma de su chistera. Lo que en tiempos de bonanza económica puede soslayarse o frente a lo que existe una determinada tolerancia, se convierte automáticamente en objeto de denuncia, de control y de vigilancia, de tal manera que se produjo el descubrimiento e identificación de numerosos casos de corrupción⁵⁸. Se generó un “pánico social” en relación con es-

⁵⁶ URÍA FERNÁNDEZ, F., op. cit., p. 314.

⁵⁷ LUZÓN CÁNOVAS, A., op. cit., p. 248.

⁵⁸ Afirma Álvarez García, “[Q]ue el sol sale todas las mañanas por el este y se pone por el oeste es tan cierto, y necesita tan poco aparato crítico, como la afirmación de que parte importante de la Administración pública española, de los partidos políticos y de los sindicatos nacionales están en buena medida corrompidos hasta su núcleo (y a su lado, empresas y sindicatos patronales); y el que todos ellos – de forma concertada o no, con mayor o menor revestimiento “legal”- están despojando a los ciudadanos de su riqueza colectiva e individual, constituye también un aserto que, desgraciadamente y de tan evidente y conocido, no necesita demostración”, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “La nueva reforma penal de 2013”, *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, n° 6, marzo-agosto 2014, p. 39.

tas conductas⁵⁹, que configuraban un intenso potencial lesivo propio de las conductas asociadas con la actuación corrupta o desviada⁶⁰ y producían un poderoso efecto público⁶¹. Asimismo, el concepto de corrupción sufre modificaciones en tiempo de crisis⁶²: los filtros se estrechan y los conceptos se amplían. Se podría decir que la identificación de lo que se considera corrupción y de qué conductas es necesario combatir ha dependido notablemente de la percepción alarmante de la misma⁶³. Así pues, el contexto existente puso en alerta al legislador, que comenzó una intensa lucha contra las prácticas vinculadas a la corrupción⁶⁴. De esta manera, la combinación de crisis económica, políticas de transparencia y combate contra la corrupción, conduce al legislador a posar su mirada sobre el Derecho penal.

⁵⁹ Entiende Malem Seña que es un fenómeno que ha atravesado todas las épocas, en todas las zonas del planeta, ha afectado a todos los sistemas políticos y a toda acción humana. MALEM SEÑA, J.F., “La corrupción. Algunas consideraciones conceptuales y contextuales”, *RVAP*, núm. 104-II. Enero-abril 2016, p. 25.

⁶⁰ Terradillos considera que la corrupción resulta mucho más lesiva que otras formas de criminalidad ya que sus consecuencias pueden ser enormemente lesivas, afectan a grandes sectores de la población y hacen inviable que el Estado desarrolle políticas sociales, TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Corrupción política” op. cit., p. 1. Confirma esta opinión cuando afirma que la corrupción produce el vaciamiento de las arcas públicas, distorsión en el mercado, beneficios ingentes que requieren ser blanqueados, lesividad insoportable para bienes jurídicos colectivos, impulso pro-delictivo al funcionario probo, etc. TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Apuntes político-criminales en torno a la corrupción pública como delincuencia socioeconómica organizada. El caso español”, *Nuevo Foro penal*, 93, (2019), p.5.

⁶¹ Definida como “fenómeno sistémico, permanente, transversal y demoledor para la vida democrática” la sociedad está harta de “tanta indignidad, personal e institucional, y exige la completa regeneración del sistema político, la tajante depuración de responsabilidades de toda clase (penales, administrativas y políticas que deriven de tales hechos), y la instauración real y efectiva de una conciencia de tolerancia cero hacia estos actos corruptos”, en palabras de MESTRE DELGADO, E., “Derecho penal y procesos de regeneración social”, *La Ley Penal*, nº 131, marzo-abril 2018, p. 1.

⁶² Para comprender no solo el concepto de corrupción que socialmente se maneja, sino también la permeabilidad que ha logrado en la sociedad española, es necesario interpretarlo a partir de los efectos de la crisis económica y la estrategia utilizada para superarla, en palabras de VILLORIA, “Combatir la corrupción real, no su percepción”, *Agenda pública*, 26 de marzo de 2019, disponible en <https://agendapublica.elpais.com/noticia/14343/combatir-corupcion-real-no-su-percepcion>

⁶³ RIVERO ORTEGA, R., op. cit., p. 54.

⁶⁴ Obligada, en ocasiones, por la necesidad de incorporar a nuestro Derecho las obligaciones emanadas de instancias supranacionales, así como de los conocidos casos de corrupción, GÓMEZ RIVERO, M.C., op. cit., p. 250.

En el año 2015⁶⁵, y en el marco de una profundísima reforma del Código penal⁶⁶, se enfrentan diversas modificaciones de los delitos contra la Administración Pública desde el paradigma de la lucha contra la corrupción⁶⁷. Así lo indica el legislador en su exposición de motivos. En este sentido, modificó tanto los preceptos que se encargaban de tipificar los delitos cometidos por funcionarios o autoridades para, ya fuera agravar las penas, ya fuera introducir nuevas posibilidades delictivas hasta el momento no consideradas, corregir el tratamiento que, desde el punto de vista penal, recibían determinadas actuaciones de los gestores y servidores públicos⁶⁸.

El objetivo del legislador era castigar los supuestos de gasto indebido, de gasto excesivo, de gasto descontrolado, de gasto suntuario y de gasto derrochador. En esencia, se buscaba responder penalmente a la acción de malgastar.

Derivado, como hemos indicado antes, de la crisis económica y de las altas cifras de percepción de la corrupción, comienza a entenderse que todo aquello que no pueda asociarse directamente con una gestión virtuosa del patrimonio público por parte del funcionario ha de entenderse como malversatorio, de tal manera que conceptos intermedios entre gestión correcta y gestión malversatoria, como puede ser la gestión arriesgada, derrochadora o suntuaria, se inclinan peligrosamente hacia

⁶⁵ Las reformas para luchar contra la corrupción ya fueron uno de los objetivos que estableció el legislador al llevar a cabo la reforma del Código penal a través de la L.O. 5/2010. Esta reforma afectó a numerosos delitos de los considerados como “corrupción”, venía demandada por la regulación europea y produjo significativas modificaciones en el entorno de los delitos de cohecho y en muchas de las penas asociadas a estos delitos. No obstante, no se consideró necesario modificar el delito de malversación.

⁶⁶ Sobre las reformas que se acometieron mediante la L.O. 1/2015 y que prácticamente conformaron un Código penal nuevo, vid. VALLE MARISCAL DE GANTE, M., “La reforma del Código penal de 2015”, FORO, Revista de ciencias jurídicas y sociales, vol. 18, n.º 1, 2015.

⁶⁷ A pesar de reconocer este objetivo como uno de los preponderantes en relación con la reforma, entiende Álvarez García que nos encontramos ante un mero populismo punitivo. Considera que las reformas penales no van acompañadas en ningún caso de mecanismos de control sobre la actividad administrativa y política, ya que se busca únicamente cumplir “sobre el papel” con dicho objetivo. De esta manera, considera que la reforma en el sentido de lucha contra la corrupción no sirve más que como propaganda de lo que no se hace. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., op. cit., p. 19. Coincidiría con el denominado “lampedusismo” que surge cuando “nos encontramos ante una sucesión de cambios legales con los que dar la apariencia de que se reacciona ante los casos de corrupción, sin que en realidad hubiera la más mínima intención de ir a las raíces del problema. El problema del lampedusismo es que igual te saca del apuro momentáneo que hayan generado los escándalos, pero al final siempre se descubre el aspecto cosmético de las reformas. Y cuando esto sucede la pérdida de credibilidad y confianza en los actores políticos se hace aún mucho más profunda”, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F., “Las hojas y el rábano: tres errores en el combate de la corrupción”, *Claves de Razón Práctica*, n.º 246 (2016), p. 16.

⁶⁸ En relación con las reformas realizadas para atajar la corrupción, vid. VALLE MARISCAL DE GANTE, M., “La eficacia de las reformas penales contra la corrupción”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 23, junio 2022, *passim*.

el lado delictivo. De esta manera, se vinculó ineludiblemente el concepto de despilfarro con el concepto de corrupción⁶⁹.

En relación con la malversación y su reforma, se modifica en profundidad la concepción y descripción de la figura⁷⁰. En el año 2015 se establece que la gestión del patrimonio público debe controlarse reflejando el binomio instituido para la lesión del patrimonio privado. De esta manera, por tanto, el patrimonio público podía verse afectado bien por una apropiación indebida del mismo, bien por una administración desleal, por lo que uno de los cambios fundamentales en relación con la malversación fue la nueva configuración típica⁷¹. Mediante esta regulación se establecía como objetivo la protección del patrimonio público de tal manera que no solo se alcanzaran las pretensiones de prestación de servicio público, sino que esto se llevara a cabo a través de una gestión correcta.

El establecimiento de la malversación como apropiación indebida no suponía ninguna diferencia en lo esencial en cuanto al concepto tradicional de la malversación como actuación a partir de la cual un funcionario o autoridad buscaba un enriquecimiento particular. Así, se mantenía el modelo clásico vinculado a la malversación.

Ahora bien, la inclusión de las conductas de administración desleal de patrimonio público componía otro objetivo. Como hemos comentado con anterioridad, el legislador de 2012 buscaba contener el gasto incorrecto e incluso la excesiva flexibilización presupuestaria. Este objetivo era de imposible cumplimiento con las normas que había hasta el momento y con las que se crearon a tal efecto, pero el legislador estaba decidido a no obviar ni posponer dicho propósito. Así, el legislador decidió que la malversación construida a partir de la administración desleal de

⁶⁹ Así lo afirma Manuel Villoria, que entiende que el concepto de corrupción que se maneja en la sociedad española es relativamente amplio, abarcando no solo el soborno, sino el clientelismo, el enchufismo, las conexiones privilegiadas, el incumplimiento de los compromisos electorales o el despilfarro, VILLORIA GARCÍA, M, "Combatir la corrupción" op. cit.

⁷⁰ Introdujo el legislador también una cláusula súper atenuatoria que hacía que todas sus pretensiones respecto a la lucha contra la corrupción establecidas a través de la nueva configuración típica se desmontaban en cuanto entraba en juego esta cláusula contenida en el art. 434 CP; sobre las excesivas posibilidades de reducción de pena que plantea, vid., VALLE MARISCAL DE GANTE, M., "La malversación (o cuando el legislador se hace trampas al solitario)" en Pérez Manzano, M. et al, (coord.), *Estudios penales en homenaje a profesora Susana Huerta Tocildo*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal y Derecho penal UCM, Área de Derecho penal UAM, Instituto Bartolomé de las Casas, 2020, pp. 792-794.

⁷¹ Tal y como afirma Castro Liñares, siendo cierto que en el ámbito de la malversación la reforma puede considerarse notable, esta "no permeó de un modo homogéneo en toda la estructura típica del delito de malversación, en tanto que hay partes que se modificaron de un modo sustancial al tiempo que otras mantuvieron su contenido anterior de manera intacta", CASTRO LIÑARES, D., "Novedades del actual delito de malversación tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015", *Diario la ley*, n° 8835, 3 de octubre de 2016, p. 1.

patrimonio público permitiría, no solo atender a los supuestos de enriquecimiento⁷², sino también aquellos considerados como mala gestión⁷³. Esta ampliación de la acción típica de la malversación tenía como objetivo proteger el patrimonio de la Administración en su carácter de soporte de las políticas públicas desarrolladas por ella para satisfacer los intereses generales⁷⁴, teniendo en cuenta que lo que se buscaba era castigar la disposición fraudulenta de los bienes en la que el perjuicio causado no se derivaba de la expropiación de la cosa al titular, ni el beneficio se producía a consecuencia de la incorporación de la cosa poseída al propio o ajeno patrimonio, sino de su utilización desleal en interés propio o ajeno, pero sin apropiación o expropiación del bien⁷⁵.

La concepción de la malversación como una administración desleal de patrimonio público encuentra su sentido al tratarse de un exceso en las facultades de administración que “presenta connotaciones propias, por la posición de ventaja vertical que ostenta quien ocupa un cargo público. Entre privados, la relación es horizontal al mismo nivel, sin prerrogativas especiales que protejan o amparen al administrador respecto de los requerimientos de información o rendición de cuentas directas del mandante. No ocurre lo mismo en el ámbito público, donde el pueblo como tal no puede pedir balances de gestión formalmente; lo hacen sus representantes, a través de instituciones. Evitar el exceso, el abuso o la arbitrariedad es por ello mucho más necesario”⁷⁶.

En general, la reforma de este delito tuvo un nivel de aceptación notable. Se llevó a cabo una modificación completa de estos delitos, transformando su fisonomía y su sistemática, variando la descripción del objeto material, supuestamente alcanzando una protección más intensa del patrimonio público⁷⁷ ya que se asumió que acabaría con el casuismo tan propio de la malversación y que permitiría castigar determinadas conductas perjudiciales para la gestión pública, tales como la venta de bienes públicos por debajo de su valor, venta de bienes inmuebles a infra

⁷² La malversación no puede seguir siendo el delito de la gestora judicial que se queda con cien mil o diez mil euros; del secretario de un departamento universitario que poco a poco llega a apropiarse de hasta cuatro mil euros. Ésa es la malversación antigua, DE LA MATA BARRANCO, N., “La gestión irregular del presupuesto público y la malversación”, op. cit.

⁷³ Parece necesario controlar el correcto control del gasto público y prohibir penalmente el endeudamiento desorbitado, las irregularidades en el gasto; la gestión discrecional injustificada y la inclusión de previsiones presupuestarias no asociadas a fines concretos, DE LA MATA BARRANCO, N., “La gestión irregular del presupuesto público y la malversación”, op. cit.

⁷⁴ DE LA MATA BARRANCO, N., “El delito de malversación: la administración desleal del patrimonio público”, *Debate. Cuestiones de Derecho penal. Revista Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento jurídico*, n.º 26/2019, p. 135.

⁷⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., op. cit., p. 40.

⁷⁶ RIVERO ORTEGA, R., op. cit., p.60.

⁷⁷ VALLE MARISCAL DE GANTE, M., “La eficacia”, op. cit., p. 213.

precio, celebración de contratos sin contraprestación, las contrataciones a precios superiores a los reales, la creación de fondos ocultos de efectivo público sustraído al control de la administración con riesgo de pérdida, etc.⁷⁸, actuaciones todas obviadas del seno de la malversación en la regulación previa y que provocaban graves perjuicios⁷⁹.

b) Descripción de la conducta típica:

A través de la nueva regulación se buscaba proteger el patrimonio público en su función de satisfacer los intereses generales a través del gasto público lícito y correctamente ejecutado⁸⁰, por lo que las descripciones típicas del delito⁸¹ se modificaron para dar cabida únicamente a dos modalidades de actividades malversatorias⁸², la apropiación indebida y la administración desleal de patrimonio público, constituyendo esta última posibilidad la verdadera novedad con respecto a la regulación anterior.

No obstante la inicial aceptación del cambio⁸³, la concreta redacción típica fue lo que se consideró como uno de los mayores obstáculos de la nueva regulación de la malversación. Esta nueva forma de conceptuali-

⁷⁸ MIR PUIG, C., "La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código penal español", *ADPCP*, LXVIII, 2015, p. 215; SANZ MULAS, N., op. cit., p. 11.

⁷⁹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., "La malversación como administración desleal de patrimonio público: nuevas perspectivas jurisprudenciales en la lucha contra la corrupción (con especial atención al Caso del Procés)", *Diario La Ley*, n.º 9963, 1 diciembre 2021, p. 3.

⁸⁰ DE LA MATA BARRANCO, N., "El delito de malversación", op. cit., p.135.

⁸¹ En la redacción nacida del Código Penal de 1995 la malversación se concretaba en tres conductas típicas: sustracción con incorporación al propio patrimonio, la aplicación a usos ajenos a la función pública, pero sin ánimo de apropiación y la aplicación privada con perjuicio para la cuestión pública. Todas estas modalidades partían de una actuación que detraía el caudal o patrimonio público de su función pública para servir a un uso privado.

⁸² Artículo 432.1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o

b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado

⁸³ Con independencia de que se considerara oportuna la descripción de la malversación en su modalidad apropiatoria y en su modalidad como administración desleal de patrimonio público, la técnica escogida por el legislador de remisión directa a los artículos 252 y 253 CP no parece ser la más adecuada para poder calificarse como esmerada.

zar la malversación, a pesar del objetivo pretendido, generaba problemas tanto desde el punto de vista de la adecuación de la descripción típica al control de la gestión del patrimonio como también para controlar esos supuestos sobre los que el legislador tenía especial interés, ya que se revelaba como escasamente idónea para contener el gasto excesivo, desproporcionado o derrochador, vistas las diferencias que se perciben entre la gestión del patrimonio público y el privado⁸⁴.

A pesar de que tanto la administración desleal en el ámbito privado como en el público se construyen sobre la infracción de facultades de administración producida por un exceso en su ejercicio y causando un perjuicio al patrimonio, esta estructura común resulta inapropiada para ámbitos tan dispares como son el público y el privado⁸⁵. Ninguno de los requisitos para poder apreciar la administración desleal de patrimonio público, esto es las facultades de administración y el perjuicio patrimonial, pueden interpretarse de la misma manera en el plano privado que en el plano público.

En primer lugar, en lo que se refiere a las facultades de gestión y disposición, mientras el delito de administración desleal se ocupa de la deslealtad de la confianza depositada por los socios de un sujeto en un consorcio, en la seguridad de que dicho sujeto hará lo mejor para la empresa, el funcionario público, aunque pueda tomar decisiones y gestionar el ingreso y el gasto público, no está dotado de facultades de gestión, sino sometido a un conjunto de numerosas y exhaustivas regulaciones jurídico-administrativas que condicionan las decisiones que ha de tomar, que habrán de estar orientadas hacia el servicio a los fines de la respectiva función o servicio público⁸⁶. En este sentido, el funcionario público no tiene realmente facultades de gestión, sino que su toma de decisiones está condicionada y marcada por el conjunto de la regulación⁸⁷, mientras que el administrador del ámbito privado tiene una libertad de la que el funcionario carece, dado que su toma de decisión será más libre y siempre orientada al beneficio de la sociedad⁸⁸.

Amén de valorar la capacidad o no de gestión del funcionario, para que se cumpla el delito de administración desleal de patrimonio público es imprescindible, por exigencia típica, que se produzca un perjuicio patrimonial. La interpretación que se ofrezca del término perjuicio será clave para poder calificar como malversatorias las conductas que preocupan al ciudadano y por las que muestra interés el legislador: conductas

⁸⁴ MARTELL PÉREZ ALCALDE, C., “El delito de malversación”, en Quintero Olivares, G., (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 1ª ed. Navarra (Aranzadi), 2015, p. 696; MIR PUIG, C., “La malversación”, op. cit., p. 216.

⁸⁵ QUINTERO OLIVARES, G., op. cit., p. 1421.

⁸⁶ QUINTERO OLIVARES, G., op. cit., p.1421.

⁸⁷ SANZ MULAS, N., op. cit., p. 12

⁸⁸ QUINTERO OLIVARES, G., op. cit., p.1421.

de gestión derrochadora y que merman las arcas públicas, no pudiendo atenderse otro tipo de prestación de servicios públicos.

Por un lado, podría entenderse el perjuicio patrimonial al igual que en el delito de estafa, a través del denominado principio del saldo, que determina el daño patrimonial comparando el valor del patrimonio antes y después de la realización del hecho típico. De esta manera habría de considerarse “perjuicio” cualquier menoscabo patrimonial verificado según el criterio del saldo total, esto es, la comparación entre el estado patrimonial anterior a la acción delictiva y el estado patrimonial posterior⁸⁹.

Este criterio, sin embargo, no resulta correcto, ya que el perjuicio patrimonial en el ámbito público no puede ser interpretado como equivalente a que todo se ha gastado y por tanto hay un saldo menor al inicial, pues ese es el destino natural de lo presupuestado⁹⁰. En el sector público lo importante es que el uso del patrimonio y la gestión del gasto se hayan orientado a la consecución de unos fines razonables y conformes con el objetivo propuesto y aceptado. Al gestor público no se le exige que no agote los recursos, sino que los gaste adecuadamente, y el gasto adecuado no tiene nada que ver con el binomio beneficio-perjuicio⁹¹.

Por otro lado, podría interpretarse el perjuicio desde una perspectiva funcional, de tal manera que el patrimonio se entenderá dañado cuando lo que se tiene no es lo que se tenía que tener; lo que todos, a través de nuestros representantes electorales, habíamos decidido que se tuviera con la aprobación de cada presupuesto por más que en términos contables parezca tenerse lo mismo⁹². De esta manera se insistiría en la idea de proteger el patrimonio público desde una perspectiva atenta a la satisfacción en todo momento de intereses generales vinculados al proceso de gasto lícito y correctamente ejecutado del patrimonio público⁹³. Las dificultades surgen a la hora de determinar la producción del perjuicio. En términos generales el perjuicio se produce desde el mismo momento en que se lleva a cabo la disposición patrimonial, es decir, la decisión que permite entender atribuido un dominio dispositivo del que se carece. El perjuicio en relación con el patrimonio de las Administraciones públicas (que tiene como destino natural ser gastado), puede referirse no solo a la desaparición de activos en sí, sino también a la desaparición por destino a actividades sin cobertura legal⁹⁴. De esta manera, se produciría un perjuicio para el patrimonio

⁸⁹ MIR PUIG, C., “La malversación”, op. cit., p. 219.

⁹⁰ QUINTERO OLIVARES, G., op. cit., p.1421.

⁹¹ QUINTERO OLIVARES, G., op. cit., p.1421.; SANZ MULAS, N., op. cit., pp. 11 y 12.

⁹² DE LA MATA BARRANCO, N., “El delito de malversación”, op. cit., p. 137.

⁹³ DE LA MATA BARRANCO, N., “El delito de malversación”, op. cit., p. 136.

⁹⁴ DE LA MATA BARRANCO, N., “El delito de malversación”, op. cit., p. 139. Este concepto permitiría tutelar el correcto control del gasto público y prohibir penalmente el endeudamiento desorbitado, las irregularidades en el gasto, la gestión discrecional injustificada y la inclusión de previsiones presupuestarias no asociadas a fines concretos.

administrado no sólo cuando este se redujera, sino también cuando, de modo no autorizado, o contrario a sus intereses, no se incrementara o se frustrara la consecución de un fin legítimamente conseguido⁹⁵.

Ambas interpretaciones del término perjuicio (tanto desde el punto de vista del principio del saldo o desde una perspectiva funcional) resultan insatisfactorias desde el punto de vista de la administración desleal de patrimonio público.

Por un lado, resulta frecuente en la gestión de lo público que muchas veces las distintas administraciones gasten por encima de lo presupuestado. En determinados casos y debido a supuestos de emergencia, necesidades sobrevenidas, etc., puede ser necesario aplicar recursos no presupuestados. En ocasiones se precisa alterar el presupuesto en su cuantía y finalidad, a fin de paliar la insuficiencia del crédito de partidas presupuestarias concretas. No existiría en estos casos un perjuicio patrimonial, sino una simple infracción de la legalidad presupuestaria, cuando se aplicaran los fondos públicos a otro fin también público. En estos casos existiría una irregularidad presupuestaria, pero no se podría hablar de perjuicio patrimonial⁹⁶. Esta aplicación del patrimonio público no podría considerarse malversadora, puesto que, desde el momento que cumple fines públicos lícitos, por mucho que generara perjuicio, no podría integrar el concepto de administración desleal⁹⁷.

Por otro lado, incluso aunque siguiéramos un concepto funcional de perjuicio, y atendiéramos a la posibilidad de calificar como tal todo gasto que no estuviera orientado a la prestación de servicios públicos, nos encontraríamos ante la dificultad de tener que valorar cada uno de los gastos, para poder determinar si el concepto por el que se lleva a cabo el gasto puede ser calificado o no como prestación de servicio público. Esto supondría la fiscalización de todos los gastos realizados por las administraciones desde el punto de vista de su mayor o menor adecuación a la satisfacción de necesidades públicas. ¿A partir de qué momento podríamos entender que una aplicación de gasto no satisface necesidades públicas? Cuando se orientara únicamente a un gasto o inversión de carácter privado. Si el gasto, por excesivo, extravagante, inoportuno o derrochador que fuera, se orientara a la satisfacción de cualesquiera necesidades públicas, aun por delante de otras que pudieran parecernos prioritarias, y no produjera un perjuicio patrimonial, no podríamos calificarlo como conducta malversatoria⁹⁸. En este sentido no puede afirmarse que en las conductas de despilfarro concurre un exceso típico en el ámbito del ejercicio de las facultades que se infringen. La oportunidad del gasto en el ejercicio de las facultades de administración no conlleva, necesariamen-

⁹⁵ CASTRO LIÑARES, D., op. cit., p. 3.

⁹⁶ SANZ MULAS, N., op. cit., p. 13.

⁹⁷ VALLE MARISCAL DE GANTE, M., "La malversación" op. cit., p. 789.

⁹⁸ VALLE MARISCAL DE GANTE, M., "La malversación", op. cit., p. 790.

te, la actuación fuera del ámbito de las facultades, sino el ejercicio desviado de las mismas⁹⁹.

Todo gasto que quede inmerso en el cumplimiento de finalidades públicas no debería nunca ser considerado típico, por mucho que genere déficits presupuestarios o disminución en el patrimonio del organismo correspondiente¹⁰⁰. Si se gasta según las normas de Derecho presupuestario no habría ningún atisbo de responsabilidad penal. El despilfarro presupuestado no ha de ser considerado delito y esta apreciación resulta correcta a la luz de la consideración del Derecho penal como *ultima ratio* del ordenamiento¹⁰¹.

c) ¿Se consigue castigar el despilfarro en la gestión pública?

Como se acaba de exponer la regulación de la malversación como un supuesto de administración desleal de patrimonio público, tal y como se produjo en 2015, no resultaba capaz de contener los abusos reales en la administración por parte del funcionario. Podría considerarse atípica como administración desleal cualquier acción que no generara perjuicio patrimonial puesto que el gasto malversador solamente sería aquel que no solo careciere de cobertura presupuestaria, sino que además fuera ajeno a cualquier explicación a los fines públicos¹⁰². Únicamente cabría admitir la malversación cuando no hubiera podido entenderse que se estuviera atendiendo “lo público”, sino el exclusivo interés de quien ejecuta tal gasto sin el sustento normativo exigible¹⁰³. La redacción final de la malversación como administración desleal confluía en similitud con la malversación como apropiación indebida, ya que de la concreta descripción típica que había producido el legislador, se deducía que ambas conductas, necesariamente exigían un apartamiento de las finalidades públicas. Toda gestión de patrimonio público, por incorrecta o descontrolada que fuera, no se integraba en los márgenes de la administración desleal de patrimonio público siempre que éste revirtiera en el ámbito público. La necesidad de que se produjera un perjuicio patrimonial unida al hecho de que la administración hubiera de producirse en el ámbito de la prestación de servicios públicos, conduce a no calificar como malversatorias conductas de despilfarro y abuso en la gestión siempre que se produzcan en el ámbito público, mientras que otras actuaciones más

⁹⁹ CASTRO MORENO, A., “Comentario previo a los artículos 432 a 435”, en Gómez Tomillo, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal, Tomo V*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 353-354.

¹⁰⁰ SANZ MULAS, N., op. cit., p.13.

¹⁰¹ NIETO MARTÍN, A., “Despilfarro público y Derecho penal”, *El Almacén del Derecho*, 3 de septiembre de 2015, disponible en <https://almacendederecho.org/despilfarro-publico-y-derecho-penal>

¹⁰² QUINTERO OLIVARES, G., op. cit., p. 1422; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, n° 8104, 13 junio 2013, p. 6.

¹⁰³ DE LA MATA BARRANCO, N., “El delito de malversación”, op. cit., p. 138.

discutibles en relación con la actuación pública no podrán ser consideradas como administración desleal si no se ha producido un perjuicio patrimonial¹⁰⁴. Incluso, a pesar de que la intención del legislador fuera clara a la hora de regular la malversación como administración desleal de patrimonio público, pareciera que esta nueva modalidad malversatoria antes que ampliar el número de supuestos a los que sería aplicable, restringió los mismos, debido a la acumulación de requisitos para poder apreciar su tipicidad.

Los obstáculos surgidos al regular la malversación como administración desleal de patrimonio público y detectar los problemas existentes para poder aplicar el tipo penal a supuestos de despilfarro o descontrol, condujeron a muchos autores a manifestar sus intereses en relación con la recuperación de la malversación por aplicación pública distinta. Ya el Consejo General de Poder Judicial en su informe adelantó la posible consonancia entre la administración desleal de patrimonio público y la malversación por cambio de destino. En este sentido, se reclamaría la inclusión de esta modalidad típica cuando se produjera un grave daño al servicio para el que estuviera destinado el patrimonio público¹⁰⁵.

IV. Inestabilidad política como motivo para redefinir el mal uso del patrimonio público: la incorporación de la malversación por cambio de destino a través de la L.O. 14/2022

a) Contexto de la reforma:

La LO. 14/2022¹⁰⁶ de 22 de diciembre de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal

¹⁰⁴ Esto es así a pesar de que se ha justificado la derogación de la malversación como administración desleal de patrimonio público con el argumento de que “la redacción de la malversación como administración desleal permitía extender el castigo penal casi sin límites y de una forma absolutamente incierta. De suerte que al trasladar al ámbito de la función pública una definición tan abierta de administración desleal, conducía a una alta ambigüedad e inseguridad jurídica, a una insoportable injerencia de la jurisdicción penal en las decisiones presupuestarias y, en definitiva, a un protagonismo judicial transmutado, según el caso, en garante último del gasto público mediante el uso del castigo penal”, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; “El retorno a las figuras autónomas de malversación (art. 432 y siguientes)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.) *Comentarios a la LO 14/2022 de reforma del Código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 143-144.

¹⁰⁵ Así SANZ MULAS, N., op. cit., p.30; MIR PUIG, C., “Sobre la reforma de los delitos de malversación en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 2013”, *ADPCP*, Vo. LXVI, 2013, p. 210; EL MISMO, “La malversación” op. cit., p. 191.

¹⁰⁶ Con anterioridad a esta reforma y como consecuencia de la aprobación de la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, se introdujeron, a través de la L.O. 1/2019, sendas reformas en el ámbito de la malversación.

al ordenamiento de la unión europea y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. Esta reforma del Código penal, si por algo se caracterizó fue, no solo por su extrema celeridad¹⁰⁷, sino también por su proceloso proceso¹⁰⁸. Probablemente no ha habido en los últimos tiempos ninguna reforma que haya combinado un trámite tan rápido, una carencia de informes técnicos, una aprobación de importantes modificaciones legislativas a partir de enmiendas al articulado e incluso la adopción de medidas cautelarísimas por parte del Tribunal Constitucional acordando la suspensión cautelar de la tramitación parlamentaria de las enmiendas presentadas.

A pesar de que se produjeron numerosas modificaciones¹⁰⁹, las novedades fueron realmente escasas¹¹⁰, ya que la recuperación de figuras o el rescate de formas malversatorias ya olvidadas no podían considerarse novedades stricto sensu¹¹¹. Lo que esta reforma evidenció es la intención

Por un lado, se amplió el concepto de funcionario público que debe tenerse en cuenta en los delitos de cohecho y malversación. La nueva definición resulta más expansiva que las reguladas en anteriores directivas y excede del concepto previsto en el artículo 427 CP, que precisamente establecía la definición de los funcionarios extranjeros y de la Unión Europea para los delitos de cohecho. En los términos del texto a transponer, se introduce un nuevo artículo 435 bis que sirve como base para extender la responsabilidad de estos funcionarios en el ámbito de la directiva, también en relación con el delito de malversación, para cumplir con lo dispuesto en el artículo 4 de la norma europea de manera completa. A su vez, la directiva exigió que fuera punible cualquiera de los delitos previstos en ella, incluido el delito de malversación, cuando fuera cometido por una persona jurídica. Por ello, sin perjuicio de las excepciones del artículo 31 quinquies del Código Penal, se estableció también la responsabilidad de las personas jurídicas en el delito de malversación –único tipo penal de los regulados en la directiva que no lo admitía en nuestro ordenamiento– a aquellas personas jurídicas que por cualquier motivo gestionen recursos públicos o de cualquier otro modo estén encargados del erario público. En detalle y evidenciando la dificultad para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas por delito de malversación, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La inconsistente inclusión del delito de malversación de caudales públicos en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a través de la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, en De Vicente Remesal J. et al (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70 aniversario*, Volumen II, Madrid, Reus Editorial, 2020, *passim*.

¹⁰⁷ Coincidiendo en la sorprendente celeridad del proceso legislativo, ROCA AGAPITO, L., op. cit. p.6.

¹⁰⁸ Merece la pena recorrer el proceso legislativo a través del detallado análisis que lleva a cabo Ortiz de Urbina Gimeno, para identificar las numerosas circunstancias y actuaciones anómalas y excepcionales de las que adoleció la aprobación de dicha norma, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “La ley penal: manual de producción para el legislador honesto”, *Teoría & Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, 38, 2025, *passim*.

¹⁰⁹ Se incluyó también una definición del concepto de patrimonio en el art. 433 ter CP y una modificación de la cláusula súper atenuatoria del art. 434 CP.

¹¹⁰ En cualquier caso, es la primera vez que coincide la vigencia de las tres posibilidades de malversación que se van a exponer, NÚÑEZ CASTAÑO, E., “¿Cualquier tiempo pasado fue mejor? La malversación de usos públicos distintos a los establecidos”. *Revista General de Derecho Penal*, 41, 2024, p.33.

¹¹¹ Coincide en esta apreciación GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., op. cit., p. 143.

por parte del legislador de derogar el sistema establecido en 2015¹¹², en el que se construía la malversación a partir de su comparación con las figuras de apropiación indebida y administración desleal. Las diversas modificaciones en cuanto al delito de malversación se justificaron por el legislador a través de dos argumentos. Así, entendió el legislador que el transcurso del tiempo y las nuevas demandas sociales evidenciaban la necesidad de llevar a cabo determinadas modificaciones de la norma penal¹¹³. Afirmaba también el legislador que, aunque la sociedad española evoluciona hacia una mayor intolerancia hacia ciertos comportamientos de administración desleal de patrimonio público, nunca equiparaba su gravedad y castigo con las conductas de sustracción o desvío hacia intereses particulares¹¹⁴. El cambio que se propiciaba con esta norma respondía a la sensibilidad de la sociedad española¹¹⁵ frente a esos comportamientos correspondiente al año 2022¹¹⁶.

¹¹² Mantiene Jaén vallejo que se vuelve a “un modelo de malversación pensado para el caso, muy común en el siglo XIX de la sustracción, es decir, para el caso del funcionario que lo que hacía era abrir la caja, coger el dinero y apropiárselo. Una forma de malversar, la anterior, que naturalmente ya no es la forma utilizada en los tiempos actuales. Es decir, se recupera una regulación decimonónica del delito de malversación, que la reforma de 2015 quiso superar, olvidando el legislador que hoy no se malversa robando el dinero de la caja, sino mediante la contratación y otras formas más sofisticadas. Hoy se celebran contratos con sobrepagos, contratos por servicios que no se prestan o innecesarios, se realizan inversiones irracionales, o no se promueve el cobro de créditos que pertenecen al patrimonio administrado, y otros muchos comportamientos vinculados a la gestión desleal de patrimonio público”, JAÉN VALLEJO, M., “Administración desleal, malversación y enriquecimiento ilícito. (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre)”, *Cuadernos de Política Criminal*, número 139, I, Época II, mayo 2023, p.82.

¹¹³ Resulta complejo introducir una variable como el paso del tiempo, cuando realmente no había pasado tanto tiempo desde la reforma de la malversación por la L.O. 1/2015 y el recurso a las nuevas demandas sociales también sería necesario acotarlo.

¹¹⁴ Preámbulo L.O. 14/2022.

¹¹⁵ Le resulta incomprensible dicha afirmación a Jaén Vallejo ya que entiende que la reforma parte de una idea estrecha de corrupción, así como de una errónea separación entre la administración desleal de patrimonio público y la administración desleal de patrimonio privado, de particulares, sean personas físicas o jurídicas, cuando, en realidad, la administración desleal debería ser un único delito que ha de proteger el patrimonio ajeno, JAÉN VALLEJO, M. op. cit., p.86.

¹¹⁶ Esta pública justificación de la reforma no coincide, sin embargo, con el velado motivo de la misma. La más que probable búsqueda de una reducción de penas a los condenados por el “procés” que permitiera una sustanciosa rebaja en la determinación de la pena de inhabilitación especial se presenta como un claro objetivo dentro de la ley. Así lo entiende también GIMBERNAT ORDEIG, E, “Malversación, sedición y desórdenes públicos después de la reforma”, https://www.elespanol.com/opinion/tribunas/20230201/malversacion-sedicion-desordenes-publicos-despues-reforma/738046209_12.html, cuando analiza los efectos punitivos de la desaparición y consiguiente sustitución del delito de sedición por el delito de desórdenes públicos y la supuesta sustitución de la malversación como administración desleal de patrimonio público por la malversación por cambio de destino. Coincide en esta valoración Cano Paños, que califica la L.O. 14/2022 como una ley con marcados tintes políticos cuyo objetivo fundamental era disminuir (hasta prácticamente hacer desaparecer) la responsabilidad penal de los políticos implicados en el proceso independentista catalán, objetivo que “sufrió un revés considerable” en primer lugar con el

b) Descripción de las conductas típicas:

La recuperación de figuras típicas que lleva a cabo la L.O. 14/2022 se realiza volviendo la vista a la malversación tal y como se regulaba con anterioridad a la reforma operada por la L.O. 1 /2015, e incluso dando un salto hacia atrás mucho mayor, recuperando la figura de la malversación por cambio de destino, derogada a través de la entrada en vigor del Código penal de 1995. Será en esta última en la que centremos el análisis, puesto que es la figura que introduce el legislador para controlar las actuaciones que suponen una alteración en el destino público de los bienes.

- Malversación como apropiación de fondos por parte del autor o que consienta su apropiación por terceras personas¹¹⁷.

Este tipo penal es una copia casi literal¹¹⁸ del tipo de malversación que estuvo en vigor de 1995 hasta la reforma de 2015. Implica la apropiación

Auto de 12 de enero de 2023 del Magistrado Instructor del Tribunal Supremo, Pablo Lla-rena y a continuación con el Auto del Tribunal Supremo núm. 20107/2023 cuyo ponente era el Magistrado Marchena, que entendieron que la actuación en el contexto del Procés debía de analizarse dentro del ámbito de la malversación apropiatoria y, en ningún caso como malversación de uso o malversación por cambio de destino, CANO PAÑOS, M.A., “El delito de malversación en el Derecho penal español tras la reforma del año 2022. Cuestiones jurídico- penales sobre la base del «procés» y del Derecho comparado” en L. Morillas Cueva (dir.), *Corrupción privada, transparencia y gestión pública*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 492 y 493.

¹¹⁷ Artículo 432.1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos que se refieren en el apartado anterior hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

- a) se hubiera causado un daño o entorpecimiento graves al servicio público,
- b) el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 50.000 euros,
- c) las cosas malversadas fueran de valor artístico, histórico, cultural o científico; o si se tratase de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

Si el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

3. Los hechos a que se refiere el presente artículo serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor del patrimonio público sea inferior a 4.000 euros.

¹¹⁸ No llega a ser literal puesto que se sustituye la expresión “sustraer” por el verbo “apropiarse”, modificación necesaria ya que el funcionario que tiene a su cargo determinado patrimonio público por razón de sus funciones no podrá sustraerlo (en su momento, e identificando la improcedencia de utilizar el verbo típico sustraer, ya Suárez Montés entendió que nos encontrábamos ante términos que no debían ser equivalentes a la vista

ción o la disposición definitiva del patrimonio público¹¹⁹ separándolos de su destino con *animus rem sibi habendi*, es decir, con el propósito de cualquier clase de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja, propia o ajena, no siendo necesario que el sujeto se enriquezca, pero sí que el erario público resulte perjudicado¹²⁰. En este sentido, la principal novedad de este tipo del art. 432 CP frente a la redacción anterior es que ahora exige, como elemento subjetivo del tipo, el ánimo de lucro de la autoridad o funcionario, aunque el beneficio sea para un tercero. Tal y como ha venido sosteniendo la jurisprudencia desde hace décadas, el ánimo de lucro en sentido jurídico-penal no significa ánimo de enriquecerse, sino de apropiarse de una cosa para disponer de ella como si se fuera su propietario, disponer de ella de la manera más absoluta en tanto no esté prohibida por las leyes¹²¹. Se recupera así la interpretación tradicional y habitual de la malversación hasta 2015, que no exigía lucro personal del sustractor de los caudales públicos. Bastaba con que el suje-

de los inconvenientes que presentaba el uso del término “sustracción” SUÁREZ MONTES, R.F., op. cit., p. 845. Coincidiendo en la oportunidad del cambio terminológico, CASTRO MORENO, A., *La Malversación de caudales en el Código penal de 1995*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011., p. 216 y MORALES HERNÁNDEZ, M.A., “La reforma del delito de malversación de patrimonio público en el Código penal español: ¿un avance o un retroceso en la lucha contra la corrupción?”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-14 (2023), p. 12, que lo justifica en razones sistemáticas, semánticas y de uso jurisprudencial. Respecto a la tipificación anterior se mantiene el cambio de objeto material que está presente desde la modificación de 2015 y se modifica la relación que debe unir al sujeto activo con el objeto material, pasando de que estuviera “a su cargo por razón de sus funciones” a que se produzca “con razón de ellas”.

¹¹⁹ Esta clase de malversación puede considerarse como paradigmática, por lo que en ningún caso resulta novedosa ya que abarcaría asimismo los supuestos contenidos a partir de 2015 en la malversación por apropiación indebida.

¹²⁰ Esta modalidad que, a priori no debiera presentar problemas aplicativos, sí que ha encontrado un escollo respecto de la controversia sobre si la conducta definida como malversación por administración desleal desaparecería o tendría cabida en alguno de los nuevos tipos aprobados con esta reforma. Morales Hernández, 2023, p. 13, considera que la interpretación que lleva a cabo el Tribunal Supremo en el ATS de 13 de febrero de 2013 (Apartado 4.4.4 en los antecedentes de hecho) entendiendo que “los actos de manifiesta deslealtad en la administración de los fondos públicos seguirán teniendo cabida en el art. 432 CP” resulta sorprendente. Y ello porque con anterioridad a la reforma operada por L.O. 1/2015 el tipo penal de la malversación apropiativa no incluía estas conductas y habiendo recuperado el legislador la redacción original del CP 95, no resulta lógico incorporar ese tipo de ilícitos. Entiende este autor que, en cambio, si debiera haberse incluido en el tipo el verbo típico “distraer” ya que así encontraría encaje literal la apreciación del Tribunal Supremo (ATS 13 de febrero de 2023) de que “el art. 432 del CP incluye en su tipicidad tanto a quien se apropia de esos fondos como a quien, quebrantando su deber de lealtad en su administración, decide darles una finalidad inequívocamente ilegal”.

¹²¹ Con amplias referencias jurisprudenciales en relación con la definición y el uso que de este concepto ha hecho tradicionalmente la jurisprudencia en el ámbito de la malversación, GIMBERNAT ORDEIG, E., op. cit.

to que dispusiera de la cosa lo hiciera como si fuera el dueño, realizando sobre ella actos de dominio incompatibles con el título de su posesión¹²².

Como segunda variante típica se describe la actuación de consentir que otra persona se apropie del patrimonio público y que conforma una modalidad de comisión omisiva en la que se entiende que la tolerancia en la apropiación por un tercero del patrimonio público lesionaría la capacidad prestacional del patrimonio público.

Estas actuaciones típicas pueden verse agravadas a través de los tres subtipos agravados y uno hiperagravado que introduce el legislador

a) Causación de un daño o entorpecimiento grave. Se entiende que se produce una especial gravedad de la malversación en cuanto a que entorpezca de manera significativa el funcionamiento de la administración, quedando, en este caso, desconectada del valor de lo malversado

b) Que el valor de lo malversado exceda de 50.000€. En este caso se establece una cantidad objetiva fija que facilitará la aplicación de la agravante.

c) Cuando el objeto de la malversación recaiga sobre bienes de valor histórico o artístico o se trata de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública. Se incluye aquí el subtipo muy cualificado para supuestos en los que el valor de lo apropiado supere los 250.000€.

Por último, se incluye un subtipo atenuado cuando el perjuicio causado o el valor del patrimonio no superara los 4000€ y reproduce automáticamente el derogado art. 433 CP.

– Malversación sin ánimo apropiatorio, con uso temporal de bienes públicos y posterior reintegro¹²³.

Este tipo penal también es rescatado de la regulación nacida en 1995. Tal y como sucede con la modalidad anterior, presenta un contenido prácticamente igual¹²⁴ a lo dispuesto en el CP 1995. La doctrina siempre las consideró como conductas de distracción, consistentes en destinar a

¹²² Tal y como afirma Suárez Montes, esta forma de actuación como dueño (*uti dominus*) se manifiesta especialmente en los actos de consumición, enajenación, donación, especificación o destrucción de los bienes constitutivos de caudales públicos, vid. SUÁREZ MONTES, R.F., op. cit., p. 846.

¹²³ Artículo 432 bis. La autoridad o funcionario público que, sin ánimo de apropiárselo, destinare a usos privados el patrimonio público puesto a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a tres años, y suspensión de empleo o cargo público de uno a cuatro años. Si el culpable no reintegrara los mismos elementos del patrimonio público distraídos dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.

¹²⁴ En la actualidad se castiga con pena de prisión de seis meses a tres años lo que en 1995 se consideró merecedor de una pena de multa, al mismo tiempo que se incrementan los límites mínimo y máximo de la pena de suspensión.

usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones y que el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso. La característica principal de este precepto se encuentra en que la conducta en él castigada no es la de apropiación definitiva, sino la de uso transitorio por el funcionario de los caudales o efectos a su cargo; uso que no tiene porqué verificarse en provecho propio. En este caso, el ánimo de lucro no se identifica con el *animus rem sibi habendi*, sino con el *animus rem sibi utendi*¹²⁵. Este tipo penal está previsto para el funcionario que utiliza pero devuelve los efectos a su cargo, mientras que en el caso del que no los devuelve y se los quedara para sí, nos conduciría directamente a la conducta del art. 432 CP¹²⁶. En estos casos es necesaria la concurrencia de un doble presupuesto. En primer lugar la falta de ánimo de apropiación y en segundo lugar la verificación del reintegro en el momento oportuno. El ánimo de uso y no de apropiación se deducía del reintegro, que debía hacerse en el plazo de 10 días desde la incoación del proceso¹²⁷. Si el reintegro no se produjera en tiempo hábil se producía la automática reconducción al tipo de malversación apropiatoria¹²⁸. No obstante, en muchas ocasiones, entrara o no en juego el reintegro, no resultaba fácil discernir el ánimo del sujeto¹²⁹. Con la recuperación de este

¹²⁵ En detalle, sobre las dificultades para distinguir el ánimo de lucro de la malversación apropiatoria de la malversación de uso, ver CASTRO MORENO, A., “La Malversación de caudales” op. cit., pp. 250 y ss.

¹²⁶ También se incluirán en el actual precepto 432 los supuestos contenidos en el antiguo 434 por el que se castigaba dar una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier administración pública, pero sin salir del ámbito público, ya que dentro de la “recuperación de figuras”, ésta no ha sido de las “agraciadas”.

¹²⁷ Entiende, correctamente, Entrena Fabré que el reintegro ha de ser total, debe efectuarse antes del inicio del proceso penal, siendo la incoación de un proceso administrativo totalmente irrelevante, y tratarse de un plazo preclusivo, ENTRENA FABRÉ, R., *El delito de malversación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 85-87.

¹²⁸ Considera Suárez Montes que resulta de difícil explicación la equiparación punitiva que se produce entre las conductas en las que desde el inicio hubo ánimo apropiatorio y aquellas de las que se deduce ese ánimo por no haberse producido el reintegro en tiempo y forma. Se plantea que nos encontremos ante una presunción del advenimiento de una voluntad de apropiación, manifestada por la persistencia en la negativa al reintegro. No obstante, no resulta del todo convincente esta explicación, puesto que incluso, para él mismo, resulta inadmisibles “el establecimiento de una presunción *iuris et de iure* sobre un elemento culpabilista que, por pertenecer al reino de lo existencial, necesita de prueba”, SUÁREZ MONTES, R.F., op. cit., p. 860.

¹²⁹ En muchos de estos supuestos nos encontraríamos ante lo que la STS de 9 de febrero 1989 vino a llamar “secuencia intencional evolutiva [...] que transcurre en paralelo a la secuencia comisiva y que presenta varias fases. En la inicial el fin del hecho es atender a una situación económica creíblemente transitoria, la intención es de aplicación temporal y hay sincero propósito de restituir lo antes posible. Pero la mayor parte de las veces esa situación deficitaria se repite, se hace crónica e irreversible y el sujeto propende a acudir al equivocado medio de mantener y aumentar su descubierto con fines no sólo de cobertura de gastos sino también de más o menos utópicas inversiones especulativas con las que confía remontar su déficit y de las que espera sacar el montante requerido para el reintegro; viene entonces una segunda fase en la que la distracción se hace rutinaria, y la sensa-

tipo penal pareciera que el legislador quiere establecer una forma intermedia entre la malversación apropiatoria y la malversación por cambio de destino.

– Malversación por cambio de destino¹³⁰.

Siendo las anteriores formas de malversación que resultan adecuadas para ejercer la tutela del Derecho penal sobre las actividades de apropiación del patrimonio público o de uso allende las fronteras de lo público, es la inclusión de la malversación por cambio de destino la que mantiene al legislador en la intención de castigar la incorrecta utilización del patrimonio público.

Desde el CP de 1848¹³¹ existía en nuestro Derecho un supuesto de una mal llamada “malversación”, consistente en aplicar los caudales públicos, generalmente por problemas de tesorería, a otro fin igualmente público que exigía una solución inmediata¹³². Como en esta malversación por cambio de destino los caudales públicos se utilizaban para otros fines que la Administración también tenía que cubrir, sin producir daño alguno en el presupuesto considerado en su conjunto, las penas no llegaban

ción de imposibilidad de restitución lleva a su posposición definitiva, aceptando el hecho consumado de la apropiación patrimonial y su consecuencia irremediable; el propósito de devolver, cada vez más difuso y débil, es sustituido por otra esperanza, la de que el desfaldo no sea descubierto. Una tercera fase se da cuando sí que lo es y comienzan las actuaciones inspectoras y aun disciplinarias administrativas revelando la imposibilidad de seguir la ocultación del alcance; entonces el sujeto recupera el deseo inicial de reintegrar y si puede en su propio ámbito patrimonial o si no acudiendo a ayudas potenciales ajenas intenta hacerlo; claro que si la cantidad es muy considerable, se ha dispuesto irrevocablemente de ella y el tiempo apremia resulta inviable y se produce una resignación a lo hecho y hasta una renuncia a la posible reparación parcial si no va a evitar la consecuencia sancionadora por el resto”.

¹³⁰ Artículo 433. La autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores, diere al patrimonio público que administrare una aplicación pública diferente de aquella a la que estuviere destinado, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de empleo o cargo público de dos a seis años, si resultare daño o entorpecimiento graves del servicio al que estuviere consignado, y de inhabilitación de empleo o cargo público de uno a tres años y multa de tres a doce meses, si no resultare.

¹³¹ A pesar de ser una figura que ya en su momento carecía de correlato en la legislación comparada, sí que se identificaba su origen en el Código Napolitano y su artículo 217, BLECUA, R., “La aplicación pública de caudales a diferente destino, como delito de malversación (estudio del artículo 397 del Código penal), *ADPCP*, 1985, p. 749. En cualquier caso ha sido una figura de asentada raigambre en nuestro Derecho positivo, apareciendo en todos los códigos penales desde 1848 (art. 311 CP 1848, art. 320 CP 1850, art. 408 CP de 1870, art. 483 de 1928, art. 402 de 1932 y 387 CP 1944), tal y como indica MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La malversación”, op. cit., p. 1.

¹³² Este sería el supuesto, por ejemplo, de la STS 24-2-1992, citada por Gimbernát Ordeig, en la que se absuelve al funcionario acusado de esa “malversación por cambio de destino” que derivó los fondos destinados a subvenciones, “con la mejor de las intenciones, ante la acuciante necesidad de suministrar agua al pueblo, cuya carencia estaba afectando incluso al propio consumo humano”, GIMBERNAT ORDEIG, E., op. cit.

a ser penas privativas de libertad y se castigaba “únicamente” con inhabilitación y/o multa¹³³.

Esta concepción de la malversación por cambio de destino se mantuvo hasta la derogación del Código penal de 1973, en cuyo artículo 397 CP¹³⁴ todavía se contemplaba. En estos casos se castigaba no la apropiación de los bienes sino destinarlos a finalidades de carácter público pero diferentes de aquellas a las que estuviese legalmente destinado y, por lo tanto, con infracción de la normativa administrativa en materia de ordenación del gasto público, sin necesidad de causar un perjuicio patrimonial a las arcas públicas. En esa modalidad, lo relevante del injusto era la quiebra del orden jurídico en la aplicación del gasto ya que de ese modo se ponía en peligro el control sobre ese gasto, aunque no se generaba quebranto al dinero público. Se entendía que la malversación por cambio de destino no tenía entidad criminal alguna porque los fondos públicos se utilizaban para atender una finalidad distinta de la inicialmente prevista¹³⁵, pero que cumplía con las tareas a las que también tenía que atender la administración, con lo cual el patrimonio público no se veía perjudicado¹³⁶. Se consideraba que la alteración del destino venía impuesta en ocasiones por las exigencias de la gestión del servicio público, siendo, en esos casos, un mero delito formal¹³⁷. A priori, la aplicación que la jurisprudencia hacía del antiguo 397 CP, se basaba en la deslealtad con la normativa reguladora de su aplicación¹³⁸.

¹³³ Este era el caso de la regulación contenida en el CP 1973 en el que mientras la pena para la malversación propia podía llegar hasta la de reclusión de 12 años y un día a 20 años e inhabilitación absoluta, la pena establecida para la malversación por cambio de destino únicamente se sancionaba con inhabilitación y multa.

¹³⁴ “El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, incurrirá en las penas de inhabilitación especial y multa del 5 al 50 por 100 de la cantidad distraída, si resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados, sin que pueda bajar dicha multa de 100.000 pesetas, y en la de suspensión, si no resultare”.

¹³⁵ En palabras de Etxebarria Zarrabeitia, la alteración del destino de los caudales en ocasiones venía impuesta por las exigencias de la gestión del servicio público, por lo que podía considerarse que se trataba de un delito formal, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., “Malversación de caudales públicos”, en Asúa Batarrita, A., (coord.), *Delitos contra la Administración pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 181.

¹³⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E., op. cit.

¹³⁷ DE LA MATA BARRANCO, N., ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., *Malversación y lesión del patrimonio público*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 31.

¹³⁸ Entendía Blecua que, debido a la máxima importancia del Presupuesto, al tratarse de la expresión cifrada de los ingresos y gastos públicos, el poder ejecutivo enfrentaba unas limitaciones tanto de carácter cuantitativo (no sobrepasar los importes de consignaciones presupuestarias a consecuencia de la falta de crédito) como de carácter cualitativo (dado que el gasto había de efectuarse en las atenciones previstas y no en otras), BLECUA, R., op. cit., pp. 750-751.

La opinión doctrinal mayoritaria¹³⁹ en su momento ya se mostró abiertamente contraria a la existencia de esta figura¹⁴⁰, opinión que compartía la jurisprudencia¹⁴¹, entendiendo que esta clase de malversación podría generar responsabilidad disciplinaria o administrativa¹⁴², pero en ningún caso tendría entidad para ser considerada un ilícito penal¹⁴³. La ausencia de daño patrimonial justificaba su exclusión del ámbito penal, dejando, a lo sumo, para el ámbito de la prevaricación las decisiones de gasto no amparadas por norma presupuestaria. La jurisprudencia¹⁴⁴ llegó a describir el injusto, como “deslealtad a la ordenanza o norma reguladora de su aplicación” desvinculándose de los presupuestos y pasando a disponer el gasto al margen de la legalidad. En 1995 se produjo, por tanto, la tan ansiada¹⁴⁵ derogación¹⁴⁶ del pre-

¹³⁹ Tal y como lo definía Quintano Ripollés nos encontrábamos ante una “profesión de puritanismo, bastante inoportuna en un Código Penal, [cuya] sanción sería más adecuada en la vía gubernativa y disciplinaria”. A partir de un detallado análisis de la posible responsabilidad contable o administrativa de dichos supuestos, entiende también Blecua, que procedía la derogación del precepto, BLECUA, R., op. cit. p. 762.

¹⁴⁰ De opinión contraria Suárez Montes, que consideraba que el hecho no carecía de importancia ni dejaba de ser un abuso punible, SUÁREZ MONTES, R.F., op. cit, p. 861.

¹⁴¹ Así, la STS de 29 de noviembre de 2012, Ponente D. Cándido Conde Poumpido Tournon (ECLI:ES:TS: 2012:7932), cuando afirmaba que: “atender necesidades públicas con fondos públicos, pero modificando su destino inicialmente previsto, constituye una infracción administrativa, de la que pueden derivar responsabilidades disciplinarias y contables [pero no penales]”.

¹⁴² Consideraba Catalán Sender que los mecanismos sancionadores contemplados en la Ley General Presupuestaria ya resultaban suficientes para corregir los actos presupuestarios, CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Editorial Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 1999, p. 288.

¹⁴³ GIMBERNAT ORDEIG, E., op. cit.

¹⁴⁴ Por todas, STS de 9 de julio de 1991, Ponente, D. Fernando Díaz Palos (ECLI:ES:TS:1991:3973).

¹⁴⁵ A causa de su escasa aplicación, tal y como declaraba la STS de 9 de julio de 1991: “Realmente, si no hay daño para el servicio público, ha parecido excesivo castigar penalmente esta modalidad malversadora, ausente por regla general en el Derecho comparado, hasta el punto de que ha sido calificada como un «alarde de puritanismo». La jurisprudencia, más bien escasa en esta especie delictiva, lo que ya delata su escasa resonancia en el foro, no obstante ser en la práctica sumamente corriente, la ha sancionado en algún caso (Sentencia 7 de febrero 1980) y en otros la ha soslayado (S. 17 enero 1989)”. No obstante, esta derogación fue criticada en épocas posteriores. Así, Manzanares sostiene que en el caso del “procés”, lo correcto hubiera sido aplicar el delito por aplicación pública diferente de caudales públicos a aquella a que estuvieran destinados. Defiende el autor el recurso a dicha figura para el concreto supuesto, ya que entiende que aunque sería posible la interpretación conjunta de los artículos 432 y 252 CP, resultaría más conveniente la reintroducción del tipo eliminado en 1995. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El Código penal en el proceso independentista de Cataluña”, *Diario La Ley*, n° 9061, 16 de octubre de 2017, p. 7.

¹⁴⁶ Considera Muñoz Cuesta que la no inclusión de esta forma de malversación en el Código 1995 obedecía al principio de intervención mínima. Se trataba de una conducta que no tenía relevancia penal y aunque pudiera afectar al buen servicio de la Administración pública, no tendría la entidad suficiente como para ser merecedora de una sanción penal, pudiendo alcanzarse la protección de los bienes públicos a través del Derecho

cepto¹⁴⁷, que ahora revive buscando o respondiendo, pareciera, a un alambicado objetivo.

En este caso el funcionario dedica a un fin público, pero distinto del previsto, el patrimonio público. “Sin desconocer la gravedad de algunas desviaciones en el gasto público, fueron valoradas entonces con mayor benevolencia que el resto de figuras de malversación. Con mayor solvencia se justificó el castigo en atención a la tutela no ya de la lealtad del funcionario, sino en la necesidad de protección del servicio público. Esta exégesis resulta más coherente con la exigencia típica del entorpecimiento del servicio”¹⁴⁸.

El tipo penal de la malversación por cambio de destino incorpora dos variantes. Por un lado, cuando se produce un grave daño o entorpecimiento grave del servicio al que estuviere consignado y, por otro, cuando no resultare¹⁴⁹. Aun teniendo en cuenta la modalidad en la que se castiga la producción de grave daño o perjuicio, nos encontramos ante una figura de menor gravedad que las que se contienen en los arts. 432 y 432 bis CP. La aplicación pública de ese patrimonio público limita la lesividad de la actuación.

La división de pareceres que, ya con anterioridad a la aprobación del Código penal de 1995, existía en relación con esta figura, subsiste en la actualidad, ya que se ha llegado a afirmar su necesidad para contener los desmanes en la gestión¹⁵⁰ y por otro se ha afirmado que nos encontramos

administrativo, MUÑOZ CUESTA, J., “El delito de malversación”, *Diario La Ley*, n 4146 de 17 de octubre de 1996, p. 1571. Contrariamente, llegó a entender Etxebarria que dicha derogación podía reputarse como precipitada. Considera que en el ámbito de la actividad de gasto público pueden producirse situaciones de grave alteración de las decisiones del legislador sobre la aplicación pública que ha de darse a los fondos públicos, las cuales, pudiendo merecer una valoración análoga a otras desviaciones de fondos públicos, quedarían excluidas del elenco de conductas típicas tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X, op. cit. p. 181.

¹⁴⁷ Señala Castro Moreno que, en relación con la regulación del CP 1995, diversos autores entendieron que la conducta típica contenida en el derogado 397, no quedaba, no obstante, impune, puesto que se podía subsumir en la malversación por destino a usos distintos de la función pública. Esta interpretación, como bien señala el autor, resultaba del todo inadmisibles, puesto que era incompatible con el tenor literal del antiguo art. 433 (actual y recién incorporado 432 bis) que el uso debía ser ajeno a la función pública, CASTRO MORENO, A., “La Malversación” op. cit., p. 321.

¹⁴⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., op. cit., p. 153.

¹⁴⁹ Tal y como afirma Riba Ciurana, la generación o no de daño o entorpecimiento al servicio público únicamente se tiene en cuenta para graduar la pena, pero no determina la tipicidad de la conducta, RIBA CIURANA, J., “La interpretación del nuevo artículo 433 CP de malversación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 4, abril de 2023, p. 7.

¹⁵⁰ Manzanares considera que con la derogación se produjo un error, ya que dicha ausencia “ha contribuido eficazmente a que la corrupción institucional o pública haya alcanzado en España cotas inimaginables cuando se aprobó el Código penal [...] siendo que la vía sancionadora administrativa pudiera ser eficaz en los escalones inferiores de la administración, pero resulta inoperante cuando el cambio en el destino de los dineros

ante una reforma inoportuna, innecesaria y contraproducente¹⁵¹. Se considera desacertada la incorporación de esta figura si no se somete a un criterio restrictivo de aplicación, limitándose a casos graves de cambio de destino en los que, aunque no se dé un perjuicio económico-contable para el erario público¹⁵², sí que desde el punto de vista de la correcta gestión y del daño a los servicios públicos¹⁵³, pueden ser de consecuencias equiparables a la apropiación¹⁵⁴.

Así, parece excesivo que se hayan incriminado también simples desvíos presupuestarios, aunque no causen perjuicio a la prestación de los servicios públicos¹⁵⁵.

Por tanto, es necesario poner el acento en los posibles excesos en la aplicación de este supuesto que pueden conducir a aplicaciones indeseables¹⁵⁶, ya que, del tenor literal del precepto, se podría castigar cualquier desviación presupuestaria. Justamente por este motivo decidió excluirse esta conducta del CP 1995. La jurisprudencia clásica conseguía limitar la aplicación del precepto a partir de la exclusión de los casos de urgencia siempre que se utilizaran para fines lícitos.

Dado que pueden darse dos posibilidades (producción de grave daño o perjuicio a la causa pública o no), resulta imprescindible (principalmente en el segundo de los supuestos) fijar cuál ha de ser la barrera entre

públicos se realiza al más alto nivel”, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La malversación” op. cit., p. 9. Considera totalmente justificado la recuperación de este tipo penal MORALES HERNÁNDEZ, M.A., op. cit., p. 28, que entiende que a través de esta conducta se estaría conculcando el correcto funcionamiento de la administración pública y se estaría lesionando la correcta gestión del patrimonio público.

¹⁵¹ En palabras de ROCA AGAPITO, L., op. cit., pp.18-19.

¹⁵² Entiende Mir Puig que en los casos en los que no se dé un grave daño al servicio público esta conducta debería sancionarse como infracción administrativa por aplicación del principio de intervención mínima del Derecho penal, MIR PUIG, C., “Sobre la reforma” op. cit., p. 210; El Mismo, “La malversación” op. cit., p. 191.

¹⁵³ Se sirve Roca Agapito del supuesto de un gerente de un hospital público que en vez de destinar los caudales públicos al fin que tenían asignado, que no era otro que la compra de medicamentos, de los cuales, además, escaseaba el hospital, los destina a la reddecoración de las salas de espera, de lo que no estaban necesitados por lo demás, ROCA AGAPITO, L., op. cit., p.13.

¹⁵⁴ Tal y como, en su momento, llegando a una consideración extrema de la rigidez presupuestaria, consideró Suárez Montes, este delito presupone que los fondos públicos tengan asignada una determinada finalidad, ya sea por ley o por disposiciones de rango inferior, acuerdos adoptados por corporaciones públicas o el mandato de la autoridad superior competente. En estos casos, y salvo que se trate de materia dejada a la discrecionalidad administrativa, entiende Suárez Montes que la ordenación legal de las inversiones públicas es estrictamente vinculante, por lo que los sujetos activos del delito no pueden cambiar el destino de los bienes, ni aun en el supuesto de que al hacerlo resultase un beneficio para la causa pública, SUÁREZ MONTES, R.F., op. cit., p. 861.

¹⁵⁵ ROCA AGAPITO, L., op. cit., p.13.

¹⁵⁶ Entiende Núñez Castaño que para determinados supuestos la regulación del actual art. 433 CP “puede resultar inadecuada, indeterminada y excesivamente amplia en sus posibilidades de aplicación”, NÚÑEZ CASTAÑO, E., op. cit., p.31.

lo penalmente relevante y lo que no debe tener trascendencia jurídico-penal.

No debe llegar a entenderse que la mera infracción de la legalidad o normativa presupuestaria pueda de manera automática determinar la concurrencia del delito de malversación por cambio de destino, sino que este tipo de comportamientos debería quedar reservado para el ámbito del Derecho administrativo. El delito contenido en el art. 433 CP debe quedar reservado para aquellos supuestos que impliquen una mayor gravedad¹⁵⁷. Esta mayor gravedad puede venir determinada por diversos factores, tales como la afección al patrimonio público, la arbitrariedad, la constatación de un daño o entorpecimiento del servicio notorio, etc.¹⁵⁸.

El principal criterio para poder determinar el ámbito de aplicación de este tipo penal, reside, según Núñez Castaño, en que el cambio de destino de los fondos responda a necesidades racionales, urgentes o justificadas, no pudiendo ser calificado como una decisión arbitraria¹⁵⁹.

Por otro lado, y como elemento definitorio de la conducta típica, resulta de especial relevancia delimitar los contornos de las actividades que pueden ser su objeto de atención. Surge la duda de, si en relación con la interpretación típica, el cambio de destino puede entenderse no sólo dentro de partidas presupuestarias de carácter lícito, o si podría entenderse incluidas también las desviaciones presupuestarias destinadas a cumplir un objetivo de carácter ilícito. En este sentido, hay quienes interpretan que todo tipo de desviación presupuestaria ya puede calificarse como ilícita, por lo que el art. 433 CP podría aplicarse con independencia de la finalidad buscada con el cambio de uso, siempre que fuera público, con independencia de que fuera lícito o ilícito, y hay quienes entienden que no será posible aplicar este tipo penal en aquellos supuestos en los que la desviación presupuestaria se lleve a cabo para la consecución de un objetivo delictivo¹⁶⁰.

c) ¿Es oportuno que el legislador penal controle los cambios de destino de las partidas presupuestarias?

¹⁵⁷ NÚÑEZ CASTAÑO, E., op. cit., p. 47; ROCA AGAPITO, L., op. cit., p. 19, GARCÍA GONZÁLEZ, J., op. cit. p. 69.

¹⁵⁸ NÚÑEZ CASTAÑO, E., op. cit., pp. 47 y 48. Mantiene la autora que podrían establecerse otros criterios rectores para distinguir el ilícito penal del administrativo tales como el establecimiento de una concreta cuantía relativa a los fondos para así poder dejar fuera del ámbito de aplicación del delito aquellos supuestos en los que no se supere dicha cantidad. Coincide en la oportunidad de establecer una cuantía mínima para exigir responsabilidad penal, MORALES HERNÁNDEZ, M.A., op. cit. p. 31.

¹⁵⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, E., op. cit., p.43.

¹⁶⁰ “Resulta evidente que la desviación a la que hace referencia el art. 433 CP [...], no puede tener en ningún caso una finalidad delictiva, y ello, aunque el responsable de la conducta obre sin ánimo de lucro propio o ajeno. La realización de fines ilícitos resulta incompatible con el ejercicio de la función pública y, por consiguiente, con la efectiva realización de fines públicos”, CANO PAÑOS, M.A., op. cit., p. 516.

En el caso del art. 433 CP es cierto que el legislador consigue castigar toda aquella actividad irregular desde el punto de vista presupuestario, ahora bien, el panorama que se amplía a través de la reintroducción de la malversación por alteración de destino, permitirá considerar típicas numerosas conductas que se llevan a cabo en la búsqueda de una determinada eficiencia y celeridad, muchas veces verdaderos talones de Aquiles de la actuación de la Administración. Considerar penalmente relevante la conducta de todos aquellos que, a partir de la infracción de normas de ejecución presupuestaria, alteren el destino de presupuestario de determinadas partidas, no debería ser la regla general¹⁶¹.

La introducción del art. 433 CP, por mucho que permita controlar las disfunciones y alteraciones presupuestarias crea un tablero de juego excesivamente amplio en relación con el control penal de la gestión pública. Es cierto que la conminación penal de determinadas conductas, en este caso, el desorden o descontrol en la gestión presupuestaria, es mucho más efectista e intimidante que un “discreto y hasta oscuro contencioso administrativo”. Esta ventaja podría hacer concluir que la vía penal ofrece el mismo resultado que la vía contencioso-administrativa pero más fácilmente y, además, “con escarnio para la autoridad o funcionario, quizá hasta con una pena, con la satisfacción, acaso malsana, que eso produce”¹⁶².

Lo que es evidente es que los supuestos denominados como «despilfarro presupuestado» (por ejemplo, aeropuertos inútiles en términos operativos, organización de eventos culturales o deportivos que apenas si despiertan interés en la ciudadanía) siguen sin estar abarcados por

¹⁶¹ Constata VILLORIA GARCÍA, M., “La ética pública”, op. cit., p. 195, que “es sorprendente conocer que una gran parte de las irregularidades que cometen algunos administradores públicos es fruto de la ignorancia y no de la mala fe”.

¹⁶² “El contencioso administrativo, por la forma de su proceso y por el contenido de sus sentencias, no comporta el más mínimo riesgo personal para la autoridad o funcionario por malévolo que haya sido su comportamiento. En el contencioso-administrativo se envía un frío expediente, se cruzan una serie de escritos por las partes que nadie conoce, sin que ninguna autoridad o funcionario tenga que comparecer ni buscar abogado ni pagarlo; todo para que finalmente se dicte una sentencia acaso anulatoria, incluso con suerte condenatoria para la Administración que deberá hacer algo o pagar una administración. Y a la autoridad responsable de aquella actuación, que no ha sufrido nada durante ese sombrío y circunspecto proceso y que nada le ha costado, ¿qué le importa esa sentencia seguramente dictada mucho tiempo después, incluso cuando él ya no ocupe ese cargo sino otro? Si es una autoridad bienintencionada que ahora se encuentra con una sentencia adversa, perfecto: mejor que no haya sufrido en el proceso y que no sufra la sentencia. Pero si no lo es, si es una autoridad frívola o que abusa de su poder y desprecia al Derecho, puede pensar que eso de que su control dependa de la jurisdicción contencioso administrativa es paradisiaco. No encuentra allí el más mínimo freno. Frente a ello, el proceso penal, incluso en el supuesto de que se turne a un juez de instrucción prudente, sí que le importa desde el primer día, sí que es disuasorio. REBOLLO PUIG, M., “El control de la administración por la jurisdicción penal”, en *R.V.A.P.*, núm. 115, septiembre-diciembre 2019, p. 178.

la normativa penal¹⁶³. Siguen sin sancionarse negocios arriesgados, inversiones desacertadas, previsiones equivocadas de costes de ejecución, todo aquello que pueda reconducirse a comportamientos imprudentes. A pesar de que el nuevo 433 CP enlaza con las posturas que defienden la concepción de la malversación como delito contra la correcta gestión del patrimonio público, habrá que excluir de su ámbito de aplicación también todos los supuestos del denominado despilfarro presupuestado.

V. ¿Hasta dónde debe llegar el control penal del correcto ejercicio del gasto público?

Al gestor público le exigimos el máximo, y es una exigencia correcta y adecuada. Gestionar el patrimonio público, el común, el que se construye a partir de las aportaciones de todos, requiere cuidado, atención, honestidad, prudencia y cautela. Ahora bien, el incumplimiento de cualquiera de estos requisitos no puede conducir a una afirmación automática de la responsabilidad penal a pesar de que, nos encontramos en la actualidad con la demanda social de exigir responsabilidad penal al gestor público no solo por el enriquecimiento, sino por cualquier tipo de gestión incorrecta.

Esta sinonimia extensiva en la que, de manera automática, se equipara el descuido, descontrol, derroche o despilfarro con la malversación, no conduce sino a una excesiva ampliación de la responsabilidad penal. Evidentemente no son actuaciones correctas, y, por tanto, no susceptibles de ser valoradas positivamente o incluso toleradas, pero, no han de ser, necesariamente, conductas delictivas. El propósito reincidente del legislador, con mayor o menor fortuna o acierto, ha venido siendo la tutela de las mencionadas actuaciones de gestión incorrecta. Pero la apreciación de las conductas que deben ser tuteladas por el Derecho penal se ha basado en la consideración de una dicotomía. La gestión del patrimonio público sólo puede ser virtuosa o malversatoria. Esta dicotomía obvia cualquier tipo de actuación intermedia que pueda integrarse dentro de una escala de grises en la gestión del patrimonio público. Es evidente que no todas las conductas pueden entrar bajo el paraguas del Derecho penal¹⁶⁴. Sólo deberían serlo las conductas más graves, las que generan el peligro más intenso para el bien jurídico, tal y como nos indica el

¹⁶³ CANO PAÑOS, M.A., op. cit., p. 521.

¹⁶⁴ DEL MORAL GARCÍA, A., "Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades", *RVAP*, núm. 104-II, enero-abril 2016, p. 49: "la respuesta penal ha de atender a parámetros de ponderación, ha de corresponderse con la gravedad social del comportamiento. Una reforma penal concentrada en incrementar las penas no resuelve un problema social. Gobernar es mucho más que legislar. Y en la legislación hay muchos estadios que son prioritarios al penal".

principio de *ultima ratio*. En este sentido, por tanto, y en lo que atañe a las últimas reformas y pretensiones legislativas, nos movemos, cada vez más en el difuso tránsito desde las conductas incorrectas al entorno de las conductas delictivas. Se establece una frontera excesivamente fina entre las actuaciones correctas y las actuaciones malversatorias. En una apreciación particular de los problemas y dificultades e incluso errores que pueden aparecer en el gasto público, nos encontramos con que el salto de una conducta correcta a una conducta delictiva se produce sin intermediar ningún tipo de actuación errónea o incorrecta. Ya con la eliminación en 1995 de la malversación imprudente se contribuyó en gran medida a que la lesividad necesaria para constituir un ilícito penal radicara únicamente en determinadas actuaciones dolosas, pero, es necesario concretar que, aunque se produzcan actuaciones tales como despilfarrar o derrochar de manera voluntaria, no necesariamente tendremos que encontrarnos ante un ilícito penal.

El gasto descontrolado, excesivo, suntuario, derrochador, ni se acotaba ni se controlaba a través de la administración desleal del patrimonio público, ni tampoco con la “renacida” malversación por cambio de destino. En estos supuestos habrá que plantearse la eficacia de la norma penal. Para alcanzar esta eficacia, la respuesta político-criminal, debe integrarse en estrategias políticas más amplias¹⁶⁵, junto con las numerosas herramientas de las que dispone el Estado de Derecho; no ha de quedar atorada en la única y exclusiva vía que ofrece el Derecho penal¹⁶⁶. Esta opinión, nos lleva a reafirmarnos en que el problema de la regulación y concepción actual de la malversación es que no busca castigar conductas malversatorias, sino que intenta castigar conductas de gestión incorrecta, ampliando excesivamente los límites de lo punible.

Además, aunque el Derecho penal fuera la herramienta más oportuna para controlar estas actuaciones, es también cierto que “la mera criminalización de una conducta no comporta, sin embargo, su erradicación”. Ante la acusación de ineficacia que, de manera habitual, recibe el Derecho penal sustantivo, la opción del legislador se suele traducir en aumento de penas y en ampliación de conductas típicas, lo cual sólo conduce a una “huida hacia el Derecho penal”, que se traduce en modificaciones penales de rentabilidad electoral y de más fácil factura¹⁶⁷ y

¹⁶⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Apuntes político-criminales” op. cit., p.8.

¹⁶⁶ Se suelen alegar diferentes ventajas del proceso penal frente a otras herramientas, destacando el hecho de que es más garantista frente a otras herramientas punitivas que el estado tiene a su disposición, SALAT PAISAL, M., “El Derecho penal como *prima ratio*: la inadecuación del Derecho administrativo sancionador y la necesidad de buscar soluciones en el seno del Derecho penal”, en *RGDA* 51 (2019), p. 3, aunque no por ello debe priorizarse el recurso al Derecho penal en estos casos.

¹⁶⁷ Resulta llamativo que se considere que las reformas penales resultan más fáciles, cuando no solo de los requisitos formales, sino también del cuidado y esmero que se exige

que, sin embargo, olvida otros mecanismos jurídicos de prevención que, aunque más complejos y costosos, resultan más eficaces¹⁶⁸.

En este sentido, por tanto, es evidente que el Derecho penal, por sí solo, o como único instrumento, no puede ser la herramienta única que se utilice para atajar la gestión incorrecta, descuidada, imprudente, derrochadora, etc., en suma, la gestión que puede no estar correctamente decidida, ejecutada, determinada o incluso acordada, pero esto, en ningún caso, significa que tenga que ser delictiva¹⁶⁹.

En el ámbito de tutela de la gestión de los fondos públicos necesariamente tendrá que hacerse uso de las responsabilidades contables, las de resarcimiento general (previstas en la Ley General Presupuestaria), con las derivadas del denominado “buen gobierno económico”¹⁷⁰; la mala gestión pública debería ser corregida mediante el adecuado control administrativo, sin necesidad de activar el reproche penal, ya que aunque ni los controles internos (IGAE) ni los externos (Tribunal de Cuentas, Parlamento) hayan resultado siempre del todo eficaces, debe invertirse en una mejora de dichos procesos de control y no tanto en un recurso instantáneo al Derecho penal¹⁷¹.

VI. Bibliografía

- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “La nueva reforma penal de 2013”, *Eunomia*, Revista en Cultura de la Legalidad, n° 6, marzo-agosto 2014, pp. 16-71.
- BLECUA, R., “La aplicación pública de caudales a diferente destino, como delito de malversación (estudio del artículo 397 del Código penal), *ADPCP*, 1985, pp. 747-765.
- CANO PAÑOS, M.A., “El delito de malversación en el Derecho penal español tras la reforma del año 2022. Cuestiones jurídico- penales sobre la base del «procés» y del Derecho comparado” en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Corrupción privada, transparencia y gestión pública*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 491-520.
- CASTRO LIÑARES, D., “Novedades del actual delito de malversación tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015”, *Diario La Ley*, n° 8835, 3 de octubre de 2016, pp. 1-14.

en lo material, las leyes penales deberían comportar procedimientos mucho más laboriosos, cuidadosos, detallistas y meticulosos que otro tipo de leyes.

¹⁶⁸ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Apuntes político-criminales” op. cit., p. 9.

¹⁶⁹ Tal y como afirma Del Moral, “muchos más rendimientos van a proporcionar algunas herramientas extrapenales que el uso y abuso de la norma penal, a veces enarbolada con una dimensión puramente simbólica, DEL MORAL GARCÍA, A., op. cit., p. 43.

¹⁷⁰ PALOMAR OLMEDA, A., op. cit., p. 205.

¹⁷¹ LUZÓN CÁNOVAS, A., op. cit., p. 249.

- CASTRO MORENO, A., *La Malversación de caudales en el Código penal de 1995*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.
- CASTRO MORENO, A., “Comentario previo a los artículos 432 a 435”, en Gómez Tomillo, M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal, Tomo V*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 345-372.
- CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Barcelona, Editorial Bayer Hnos. S.A., 1999.
- Consejo General del Poder Judicial, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal-> (última consulta 14 de julio de 2025).
- DE LA MATA BARRANCO, N., “El delito de malversación: la administración desleal del patrimonio público”, *Debate. Cuestiones de Derecho Penal. (Revista Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*. N° 26/2019), pp. 132-149.
- DE LA MATA BARRANCO, N., “La gestión irregular del presupuesto público y la malversación”, *El almacén del Derecho*, 7 marzo 2016, disponible en <https://almacenedderecho.org/la-gestion-irregular-del-presupuesto-publico-y-la-malversacion> (última consulta 14 de julio de 2025).
- DE LA MATA BARRANCO, N., “La lucha contra la corrupción política”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-01 (2016), pp.1-25.
- DE LA MATA BARRANCO, N., /ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., *Malversación y lesión del patrimonio público*, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1995.
- DEL MORAL GARCÍA, A., “Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades”, *RVAP*, núm. 104-II, enero-abril 2016, pp. 43-75.
- ENTRENA FABRÉ, R., *El delito de malversación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., “Malversación de caudales públicos”, en ASÚA BATARRITA, A., (coord.), *Delitos contra la Administración pública*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, pp. 179-203.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La inconsistente inclusión del delito de malversación de caudales públicos en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a través de la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, en DE VICENTE REMESAL J. et al (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70 aniversario*, Volumen II, Madrid, Reus Editorial, 2020, pp. 1585-1596.

- GARCÍA GONZÁLEZ, J., “Algunas consideraciones sobre la reforma del delito de malversación y la protección penal del patrimonio público”, *Documentación administrativa*, número 10, junio de 2023, pp. 59-72.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “Malversación, sedición y desórdenes públicos después de la reforma”, disponible en https://www.elespanol.com/opinion/tribunas/20230201/malversacion-sedicion-desordenes-publicos-despues-reforma/738046209_12.html (última consulta 14 de julio de 2025).
- GÓMEZ RIVERO, M.C., “Derecho penal y corrupción: acerca de los límites de lo injusto y lo permitido”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII (2017), pp. 249-306.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “El retorno a las figuras autónomas de malversación (art. 432 y siguientes)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (coord.) *Comentarios a la LO 14/2022 de reforma del Código penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 143-166.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “¿Qué queda de la reforma del Código penal en materia de transparencia, acceso a la información y buen gobierno? Reflexiones sobre el texto del nuevo artículo 433 bis.” *Diario La Ley*, núm. 8020, 11 de febrero de 2013, pp. 1-7.
- JAÉN VALLEJO, M., “Administración desleal, malversación y enriquecimiento ilícito. (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre)”, *Cuadernos de Política Criminal*, número 139, I, Época II, mayo 2023, pp. 71-90.
- JIMÉNEZ RIUS, P., “¿Es posible exigir responsabilidades a los gestores públicos en España?”, *Diario La Ley*, nº 7801, 20 de febrero de 2012, pp. 1-16.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F., “Las hojas y el rábano: tres errores en el combate de la corrupción”, *Claves de Razón Práctica*, nº 246 (2016), pp. 9-21.
- LUZÓN CÁNOVAS, A., “El delito de falsificación de cuentas públicas del artículo 433 bis del Código penal”, en *XVIII Jornadas de Presupuestación, contabilidad y control público. Contabilidad, transparencia y Responsabilidades Públicas*, febrero 2014. IGAE 140 años. Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas. Gobierno de España, pp. 234-250, disponible en <https://www.pap.hacienda.gob.es/sitios/140aniversario/Paginas/ResponsabilidadContable.aspx> (última consulta 14 de julio de 2025).
- MALEM SEÑA, J.F., “La corrupción. Algunas consideraciones conceptuales y contextuales”, *RVAP*, núm. 104-II. Enero-abril 2016, pp. 25-41.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “El Código penal en el proceso independentista de Cataluña”, *Diario La Ley*, nº 9061, 16 de octubre de 2017, pp. 1-9.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, nº 8104, 13 junio 2013, pp. 1-10.

- MARTELL PÉREZ ALCALDE, C., “El delito de malversación”, en Quintero Olivares, G., (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, 1ª ed. Navarra (Aranzadi), 2015, pp. 691-697.
- MARTÍN RETORTILLO, L., “De los Derechos Humanos al derecho a una buena administración”, en Ávila Rodríguez, C., Gutiérrez Rodríguez, F. (coords.), *El Derecho a una buena administración y la ética pública*, Valencia, Tirant lo Blanch Monografías, 2011, pp. 43-54.
- MESTRE DELGADO, E., “Derecho penal y procesos de regeneración social”, *La Ley Penal*, nº 131, marzo-abril 2018, pp. 1-2.
- MIR PUIG, C., “Sobre la reforma de los delitos de malversación en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 2013”, *ADPCP*, LXVI, 2013, pp. 205-250.
- MIR PUIG, C., “La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código penal español”, *ADPCP*, LXVIII, 2015, pp. 185-236.
- MOCHÓN LÓPEZ, L., MOLINA MESA, J., *La protección penal de las finanzas públicas y la responsabilidad de los gestores públicos*. (El artículo 433 bis del Código penal), Cizur Menor, Civitas, Thomson Reuters, 2013.
- MORALES HERNÁNDEZ, M.A., “La reforma del delito de malversación de patrimonio público en el Código penal español: ¿un avance o un retroceso en la lucha contra la corrupción?”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-14 (2023), pp. 1- 48.
- MUÑOZ CUESTA, J., “El delito de malversación”, *Diario La Ley*, n 4146, 17 de octubre de 1996, pp. 1570-1573.
- NIETO MARTÍN, A., “Despilfarro público y Derecho penal”, *El Almacén del Derecho*, 3 de septiembre de 2015, disponible en <https://almacendederecho.org/despilfarro-publico-y-derecho-penal> (última consulta 14 de julio de 2025).
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., “¿Cualquier tiempo pasado fue mejor? La malversación de usos públicos distintos a los establecidos”. *Revista General de Derecho Penal*, 41, 2024, pp. 1-58.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “La ley penal: manual de producción para el legislador honesto”, *Teoría & Derecho, Revista de pensamiento jurídico*, 38, 2025, pp. 42-85.
- PALOMAR OLMEDA, A., “La articulación general de la responsabilidad derivada de la gestión de fondos públicos”, en *XVIII Jornadas de Presupuestación, contabilidad y control público. Contabilidad, transparencia y Responsabilidades Públicas*, febrero 2014. IGAE 140 años. Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas. Gobierno de España, pp. 204-233, disponible en <https://www.pap.hacienda.gob.es/sitios/140aniversario/Paginas/ResponsabilidadContable.aspx> (última consulta 14 de julio de 2025).

- QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Madrid, Aranzadi, 2016.
- REBOLLO PUIG, M., “El control de la administración por la jurisdicción penal”, *R.V.A.P.*, núm. 115, septiembre-diciembre 2019, pp. 151-190.
- RIBA CIURANA, J., “La interpretación del nuevo artículo 433 CP de malversación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 4, abril de 2023, pp. 1-9.
- RIVERO ORTEGA, R., *Responsabilidad personal de autoridades y empleados públicos. El antídoto de la arbitrariedad*, Madrid, Iustel, Ediciones el Cronista, 2020.
- ROCA AGAPITO, L., “Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado”, *Diario La Ley*, n° 10230, 16 de febrero de 2023, pp. 1-23.
- RODRÍGUEZ ARANA, J., “El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el Derecho administrativo”, en Ávila Rodríguez, C., Gutiérrez Rodríguez, F. (coords.), *El Derecho a una buena administración y la ética pública*, Valencia, Tirant lo Blanch Monografías, 2011, pp. 77-105.
- RODRÍGUEZ BEREJO, A., “Una perspectiva constitucional del control del gasto público”, *Revista Española de Control Externo*, vol XX, n° 58 (enero 2018), pp. 229-244.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “La malversación como administración desleal de patrimonio público: nuevas perspectivas jurisprudenciales en la lucha contra la corrupción (con especial atención al Caso del Procés)”, *Diario La Ley*, n° 9963, 1 diciembre 2021, pp. 1-14.
- RUESGA BENITO, S.M., “Para entender la crisis económica en España. El círculo vicioso de la moneda única y la carencia de un modelo productivo eficiente”, *Economía UNAM*, vol 10, núm. 28, (enero-abril 2013), pp.70-94.
- SALAT PAISAL, M., “El Derecho penal como prima ratio: la inadecuación del Derecho administrativo sancionador y la necesidad de buscar soluciones en el seno del Derecho penal”, en *RGDA* 51 (2019), pp. 1-57.
- SANZ MULAS, N., “Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales”, *RECPC* 19-05 (2017), pp. 1-35.
- SUÁREZ MONTES, R.F., “El delito de malversación de caudales públicos”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, enero-junio 1966, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1966, pp. 831-879.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Apuntes político-criminales en torno a la corrupción pública como delincuencia socioeconómica organizada. El caso español”, *Nuevo Foro penal*, 93, (2019), pp. 1-40.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Corrupción política: consideraciones político-criminales”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad* 1 (2017), pp. 1-31.

- URÍA FERNÁNDEZ, F., “Responsabilidad contable y administrativa. El nuevo delito de falsedad contable pública”, en *XVIII Jornadas de Presupuestación, contabilidad y control público. Contabilidad, transparencia y Responsabilidades Públicas*, febrero 2014. IGAE 140 años. Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas. Gobierno de España, pp. 307-319, disponible en <https://www.pap.hacienda.gob.es/sitios/140aniversario/Paginas/ResponsabilidadContable.aspx> (última consulta 14 de julio de 2025).
- VALLE MARISCAL DE GANTE, M., “La eficacia de las reformas penales contra la corrupción”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n° 23, Junio 2022, pp. 207-222.
- VALLE MARISCAL DE GANTE, M., “La malversación (o cuando el legislador se hace trampas al solitario)” en PÉREZ MANZANO, M. et al, (coord.), *Estudios penales en homenaje a profesora Susana Huerta Tocildo*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal y Derecho penal UCM, Área de Derecho penal UAM, Instituto Bartolomé de las Casas, 2020, pp. 785-798.
- VALLE MARISCAL DE GANTE, M., “La reforma del Código penal de 2015”, *FORO, Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 18, n° 1, 2015, pp. 317-337.
- VILLORIA GARCÍA, M., “Combatir la corrupción real, no su percepción”, *Agenda Pública*, 26 de marzo de 2019, disponible en <https://agenda-publica.elpais.com/noticia/14343/combatar-corrupcion-real-no-su-percepcion> (última consulta 14 de julio de 2025).
- VILLORIA GARCÍA, M., “La ética pública y los códigos de conducta administrativos vs. Corrupción y escándalos políticos”, en Ávila Rodríguez, C. / Gutiérrez Rodríguez, F. (coords.), *El Derecho a una buena administración y la ética pública*, Valencia, Tirant lo Blanch Monografías, 2011, pp. 179-202.