



El delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal y su dificultad actual para luchar de forma práctica contra la corrupción

Ignacio Rodríguez de la Riva

Abogado. De la Riva y Pastor Abogados (España)

ignacio@delarivaypastor.com | <https://orcid.org/0009-0006-4123-4948>

Extracto

En el ordenamiento jurídico español el tipo básico penal de la lucha contra la corrupción es el delito de prevaricación, si bien no es tan importante a efectos de punición como otros tipos penales que le acompañan, en especial el delito de malversación, el fraude o el cohecho, a diferencia de otros ordenamientos en los que existe un tipo genérico de delito de corrupción. Esta diversidad de tipos no ayuda a una lucha eficaz contra el fenómeno endémico de la corrupción, no tanto por la dificultad de insertar hechos punibles en tipos, sino sobre todo por la falta de una prevención general real y la dificultad de restituir los efectos económicos del delito, existiendo en la sociedad española no solo la percepción de que la corrupción existe en todos los estamentos, sino que las conductas corruptas salen a cuenta por no ser adecuadamente sancionadas. España tiene el reto de mejorar sus normas penales y la aplicación de las mismas para que tales percepciones cambien sustancialmente en los próximos años. Para ello el presente artículo analiza la configuración actual del delito de malversación, la problemática en su aplicación por los tribunales, descendiendo a la práctica forense reciente, y propone modificaciones *de lege ferenda* que permitan terminar con esta lacra.

Palabras clave: malversación; corrupción; fraude; decomiso; prevaricación; Administración.

Recibido: 29-03-2023 / Aceptado: 17-04-2023 / Publicado: 05-05-2023

Cómo citar: Rodríguez de la Riva, I. (2023). El delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal y su dificultad actual para luchar de forma práctica contra la corrupción. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 268, 111-144. <https://doi.org/10.51302/ceflegal.2023.18773>



The crime of embezzlement of public funds of article 432 of the Penal Code and its current difficulty to fight in a practical way against corruption

Ignacio Rodríguez de la Riva

Abstract

In the Spanish legal system, the basic criminal type of the fight against corruption is the crime of prevarication, although is not as important, in terms of griefs as other criminal types such as embezzlement, fraud or bribery, unlike other systems in which there is a generic type of crime of corruption. This diversity of types does not help in an effective fight against the endemic phenomenon of corruption, not so much because of the difficulty of inserting punishable acts into types, but above all because of the lack of real general prevention and the difficulty of restoring the economic effects of corruption crime, existing in Spanish society not only the perception that corruption exists in all levels, but also that corrupt behaviors are worthwhile for not being adequately sanctioned. Spain has the challenge of improving its criminal laws and their application so that such perceptions change substantially in the coming years. This article analyzes the current configuration of the embezzlement type, the problem in its application by the courts, descending to recent forensic practice and proposes *de lege ferenda* modifications that allow ending this scourge.

Keywords: embezzlement; corruption; fraud; prevarication; Administration.

Received: 29-03-2023 / Accepted: 17-04-2023 / Published: 05-05-2023

Citation: Rodríguez de la Riva, I. (2023). El delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal y su dificultad actual para luchar de forma práctica contra la corrupción. *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, 268, 111-144. <https://doi.org/10.51302/cefllegal.2023.18773>



Sumario

1. Introducción
 2. Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal
 - 2.1. Una breve pero necesaria referencia previa al delito de prevaricación
 3. Malversación de caudales públicos
 - 3.1. Antecedentes normativos
 - 3.2. Naturaleza y bien jurídico protegido
 - 3.3. Elementos del tipo
 - 3.4. Responsabilidad civil *ex delicto*. Especial referencia a la determinación de la misma por el Tribunal de Cuentas
 4. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

Los delitos contra la Administración pública son tipos arraigados en nuestro ordenamiento penal que son de actualidad recurrente, dado que son la *ultima ratio* de que disponemos para castigar conductas de corrupción en la Administración, y por desgracia en los últimos años se han multiplicado en los medios de comunicación las noticias de corrupción. Se trata de una cuestión de máxima actualidad si tenemos en cuenta que la corrupción siempre ha estado presente en la sociedad, pero que en los últimos años ha preocupado especialmente a esta. Incluso en plena pospandemia del coronavirus, la corrupción suponía el cuarto problema para los españoles, solo detrás del paro, la crisis económica y la covid¹. Organizaciones internacionales, de las cuales la más característica es Transparencia Internacional, han alertado sobre las graves consecuencias que tiene para una economía, como la española, que está entre las quince primeras del mundo, que se tenga una percepción de país en la que la corrupción está muy presente, al nivel de Botsuana o Cabo Verde, ocupando la posición 35 de 180 países, y la 13 de los 28 países de la Unión Europea². Solo en los últimos dos años España ha caído cinco posiciones en el índice mundial.

¹ Informe del Centro de Investigaciones Sociológicas, correspondiente al *Barómetro de septiembre de 2020*, disponible en http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14519

² Informe de Transparencia Internacional, *Índice de Percepciones de Corrupción*, 2022, Transparencia Internacional. <https://www.transparency.org/en/cpi/2022>

Desde un punto de vista económico, el impacto de la corrupción en España es de tal magnitud que si fuera erradicada, el incremento del producto interior bruto sería del orden de un 20 %, con un crecimiento anual de nuestra economía de más de 1,2 puntos porcentuales a lo largo de 15 años (Alcalá Agullo y Jiménez Sánchez, 2018). En términos más cercanos supone cinco veces el gasto educativo en España.

Pese a que los ciudadanos reclaman firmeza en la lucha contra la corrupción, la respuesta de España ha sido errática y carente de un verdadero plan de acción, tal y como ha denunciado en su último informe el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) del Consejo de Europa³; deficiencias que también se trasladan al ámbito penal y suponen una pérdida de confianza de la ciudadanía en la Justicia. Era la propia Fiscalía General del Estado, en su memoria del año 2020⁴, la que afirmaba que

también contribuyen a este clima de desconfianza en la justicia las absoluciones inesperadas de difícil comprensión pública, las condenas que no llevan aparejadas la recuperación del dinero público, que abonan la consideración de que el delito merece la pena, las prescripciones que conducen al archivo de responsabilidades, el benigno tratamiento penitenciario que a veces se dispensa a este tipo de delinquentes o, ya al margen del ámbito judicial, los indultos en ocasiones concedidos a los condenados por corrupción.

Sin embargo, esta reflexión, que se venía reiterando desde el año 2017, sorprendentemente, porque no puede ser de más rabiosa actualidad, ya no se ha reproducido en la última memoria del año 2021 que se presentó ante S. M. el Rey en el año 2022. Lo que sí se mantiene en la última memoria es la estadística judicial, que nos adelanta algunas cifras que evidencian que algunos tipos penales no se han demostrado eficaces en la represión de las conductas corruptas. Así, del total de causas por delitos contra la Administración pública que supone la incoación de 3.783 diligencias previas en toda España en el año 2021, el grueso lo suponen los delitos de prevaricación (968), estando en segundo lugar los delitos de malversación con 148 diligencias previas incoadas⁵. El delito de malversación es precisamente el que, pese al descenso en el número total de dili-

³ Informe de Evaluación (quinta ronda) sobre prevención de la corrupción y promoción de la integridad en Gobiernos Centrales (altas funciones ejecutivas) y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, aprobado en sesión plenaria de 17 de junio de 2019. <https://rm.coe.int/quinta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-y-promocion-de-/168098c693>

⁴ Memoria elevada por la Fiscalía General del Estado al Gobierno de SM, del año 2020 (pp. 655-656), Fiscalía General del Estado, Ministerio de Justicia, BOE, 2021.

⁵ Por su parte, los delitos de cohecho están presentes en 103 procedimientos, los de tráfico de influencias en 64, el delito de fraude solo está presente en 14, y el de negociaciones prohibidas en 8.

gencias previas en delitos contra la Administración respecto del año pasado (un 20,36 % menos), sube un 106 %⁶.

Resulta sorprendente la disparidad de datos en el delito de prevaricación respecto de la incoación de diligencias previas y la posterior continuación a procedimiento abreviado, apenas un 15 % de los procedimientos, mientras que para el delito de malversación se mantiene entera la correspondencia entre la incoación y la transformación. Aunque es cierto que no se trata de los mismos procedimientos, pues la instrucción de este tipo de causas se suele prolongar en el tiempo durante años por la complejidad de las normas penales en blanco, la necesidad de practicar atestados de entidad o la aportación de voluminosa documentación en poder de la Administración, sí que parece que el dato llama la atención sobre el elevado número de denuncias que pudieran ser de carácter político o que responden a una finalidad espuria.

Esta dinámica se repite en los escritos de acusación de la Fiscalía Especial Anticorrupción⁷, poniendo de manifiesto que la actividad forense se centra fundamentalmente en los tipos de prevaricación y malversación, siendo el resto de tipos relacionados con la corrupción absolutamente residuales dentro de la estadística judicial, lo cual supone sin duda la prueba de que tales tipos adolecen de algún defecto en su configuración legal que impiden penar las conductas que integran su tipo objetivo, lo que repercute negativamente en la persecución y castigo de la corrupción.

El presente trabajo tiene por objeto analizar el tipo penal más relevante desde el punto de vista estadístico y económico, que castiga la corrupción de autoridades y funcionarios, esto es, el delito de malversación, dado que el delito de prevaricación ha sido objeto de una mayor atención por la doctrina, al efecto de constatar si está siendo eficaz en la lucha con-

⁶ Si la estadística se analiza en la incoación y calificación de los procedimientos abreviados, del total de causas por delitos contra la Administración pública que suponen 1.297 procedimientos abreviados en toda España (1.005 en el año 2020), el mayor número se corresponde con los delitos de prevaricación, 144 (108 en 2020), y los de malversación con 56 incoaciones (49 en 2020), mientras que los delitos de cohecho están presentes en 11 procedimientos (9 en 2020), los de tráfico de influencias en 6 (1 en 2020). Por su parte, el delito de fraude y el de negociaciones prohibidas solo están presentes en 6 de esas 1.297 incoaciones (5 y 6 respectivamente en 2020).

⁷ En 2021 se acusó por el delito de prevaricación en 123 escritos, y por el delito de malversación en 55 ocasiones. Por el delito de cohecho se acusó en 9 escritos, por el delito de fraude en 6 escritos y por el de negociaciones prohibidas en 8 ocasiones. En el año 2020, del total de 47 escritos, se acusó en 24 de ellos por prevaricación, en 20 malversación y en 23 por cohecho, mientras que respecto del delito de fraude solo se presentó un escrito de acusación y ninguno acusando por el delito de negociaciones prohibidas. En el año 2019, la fiscalía especial formuló escritos de acusación por los delitos de prevaricación administrativa en 25 ocasiones, por los delitos de malversación de caudales públicos en 28 ocasiones, por el delito de cohecho o fraude contra la Administración se acusó en 9 de ellos, y por el delito de negociaciones prohibidas en solo un escrito de acusación.

tra las prácticas corruptas, y en caso contrario, proponer soluciones *de lege ferenda* para que puedan castigarse adecuadamente las mismas.

2. Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal

En nuestro Código Penal vigente, aprobado por la Ley Orgánica (LO) 10/1995, de 23 de noviembre, los delitos contra la Administración pública se regulan en el título XIX del mismo, que se estructura a su vez en 10 capítulos, de los cuales los 9 primeros regulan diferentes tipos penales y el último son disposiciones comunes a los 9 anteriores. Los delitos que se regulan en el título a lo largo de los artículos 404 a 445 son los de prevaricación de funcionarios públicos y otros comportamientos injustos, abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos, desobediencia y denegación de auxilio, infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, y negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función.

La mayoría de los tipos descritos tienen una honda tradición penal y se han venido reiterando en cada una de las codificaciones, con una redacción similar, en extremo arcaica, que en pocas ocasiones obedece a recomendaciones de organismos internacionales, salvo en lo que se refiere a la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 marzo, tal y como veremos más adelante al analizar el tipo del delito de malversación. Nuestro legislador ha optado por mantener los términos decimonónicos sin incorporar el término corrupción, que tradicionalmente se ha vinculado a delitos contra la indemnidad sexual (Acale Sánchez, 2019).

Nos centraremos en este trabajo en los principales elementos del delito de malversación, en sus antecedentes históricos y legislativos, en su redacción actual y en los principales retos que plantea en la práctica de los juzgados y tribunales.

2.1. Una breve pero necesaria referencia previa al delito de prevaricación

El delito de prevaricación es la clave de bóveda del título, de ahí que se encuentre el primero de ellos (art. 404 CP), y pese a que es un delito que genera la práctica totalidad de los procedimientos judiciales respecto de la corrupción y no pocas sentencias, por no hablar de la relevancia mediática que tienen muchos de los encartados, al tratarse en muchas ocasiones de políticos de cierta relevancia, lo cierto es que ha venido siendo estudiado por la doctrina penalista de forma residual respecto de otros tipos más graves. En cambio, para los que tienen interés por el derecho administrativo, siempre les ha fascinado la forma en que los tribunales penales entraban a analizar conceptos como actos administrativos o

resoluciones, y cómo se llegaba a aplicar el criterio de ilegalidad que tan alejado está de las estructuras tradicionales de nulidad y anulabilidad de los actos, de ahí que prestigiosos administrativistas como García de Enterría hayan estudiado el delito de prevaricación y su íntima conexión con el derecho administrativo.

En los últimos años se ha podido constatar un incremento de las condenas por este tipo penal, por esa mayor conciencia social que genera un aumento del reproche y una menor tolerancia respecto de los actos ilícitos (Fernández Cabrera, 2017). No obstante, las condenas por el delito de prevaricación suponen penas de inhabilitación, que si bien son muy altas, la ausencia de pena privativa de libertad genera la impresión de que la conducta delictiva no supone gran riesgo salvo terminar con la carrera política o funcional del condenado, con la dificultad añadida que supone la muy difícil restitución de los daños económicos causados como consecuencia de la decisión prevaricadora. A esta realidad se le añade la sombra del indulto en este tipo de delitos, que fomenta la percepción en la ciudadanía de que el sistema protege al final estas conductas.

La importancia de la prevaricación viene dada porque respecto del delito de malversación de caudales públicos en la práctica totalidad de las ocasiones se produce el concurso entre ambos tipos, toda vez que la prevaricación suele ser medial para la comisión del delito de malversación, lo que además tiene una extraordinaria relevancia para su tramitación procesal, pues de no existir prevaricación la tramitación es competencia del tribunal del jurado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.2 h) de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del tribunal del jurado. Y desde luego un tipo como el de la malversación de caudales públicos puede ser sumamente difícil en cuanto a la comprensión de sus elementos normativos o en la apreciación y valoración de la prueba (Luzón Cánovas, 2009), lo que desaconseja que se haya sometido a la competencia del jurado. En la práctica lo que ha sucedido es que solo se han dictado en España poco más de un centenar de sentencias por el procedimiento del jurado enjuiciando hechos constitutivos de malversación de caudales públicos, la mayoría de conformidad y por hechos de poca entidad.

En este sentido, el carácter ilícito de la malversación vendrá en la mayoría de las ocasiones dado por la conducta prevaricadora, lo que exige analizar si realmente la conducta de la autoridad o funcionario es groseramente contraria a derecho antes de analizar los elementos del tipo en la conducta malversadora.

3. Malversación de caudales públicos

3.1. Antecedentes normativos

Los antecedentes más remotos del delito de malversación de caudales públicos se encuentran en la *Lex Iulia Peculatus*, que prohibía que nadie se llevara dinero de un templo,

dinero sepulcral o público, o lo sustrayera, y aunque se definía como un *furtum*, el robo de dinero cometido en perjuicio del Estado no era un simple delito, sino un verdadero crimen denominado peculado (Botella Vicent, 2021). Esta definición de delito de peculado se ha conservado en la tradición penal italiana además de en varios países iberoamericanos, como México, Perú o Ecuador.

En el derecho romano la pena era de carácter pecuniario, llegando al cuádruple del valor, y en la época de Justiniano se castigaba con deportación y en algunos casos con la muerte (Blecua Fraga, 1985).

Del derecho romano se incorporó a las Partidas (partida VII, título XIV, leyes XIV y XVIII), donde se castigaba con pena de muerte al «oficial del Rey que toviese de el algún tesoro en guarda, o que hobiese de recabar sus pechos o derechos, et que furtase o encubriese dello a sabiendas», además de devolver el cuádruple del valor, e incluyendo la prescripción del delito a efectos de condena a muerte en el plazo de cinco años. Posteriormente tuvo acogida en la Novísima Recopilación (libro XII, título XV, ley VII), donde se castigaba también con pena de muerte y pérdida de todos los bienes.

Fue con la codificación y el Código Penal de 1822 donde se tipificó el delito de malversación en los artículos 463 a 467. En él la pena de muerte se convirtió en pena de prisión de hasta 12 años de presidio para los supuestos más graves, fijando otras penas de prisión, trabajos forzados o deportación en atención proporcional a lo malversado, pero imponiendo en todo caso la separación del cargo público, el reintegro de lo malversado y una multa adicional del 30 al 60 % del dinero malversado. Incluía además la sujeción al tipo a aquellos particulares que tuvieran a su cargo los caudales o efectos públicos.

El Código Penal de 1848 reguló el delito de malversación de caudales públicos en los artículos 318 a 322, incluyendo la malversación propia e impropia, y recogiendo el concepto de entorpecimiento a los servicios públicos, o el de la aplicación de caudales a un diferente destino siguiendo el código napolitano entonces vigente (Blecua Fraga, 1985), todo ello con una estructura y redacción similar a la vigente. La inhabilitación para empleo público era absoluta y permanente. Sorprendentemente, suprimió la pena de multa por el dinero malversado.

En el Código Penal de 1870 se tipificó el delito de malversación en los artículos 405 a 410, se convirtió la referencia de moneda de duros a pesetas, y se redujo la pena de inhabilitación, que ahora podría ser temporal o absoluta, entre otras reformas menores.

La codificación posterior mantuvo en el Código Penal de 1928 el delito de malversación (arts. 480 a 486), que como novedad prescindía expresamente de un procedimiento administrativo previo de liquidación y determinación de la deuda con intervención del alcanzado (en los términos de alcance público contable), e incluía en el tipo objetivo a los recaudadores particulares de tributos que tuvieran encomendada esa función por la

Administración, pues no en vano el Estatuto Municipal de 1924 permitía encomendar la recaudación por arriendo a particulares (arts. 546 y siguientes). Estas novedades fueron suprimidas en el Código Penal de 1932 (arts. 399 a 404), que volvió a una redacción similar a la de 1870, y ello pese a que el libro II sobre la Hacienda se dejó expresamente vigente por la Ley Municipal de 1935.

El Código Penal de 1944 dispuso tipificar la malversación en los artículos 394 a 399, con apenas variaciones del Código de 1932 en lo que a este tipo se refiere, salvo la actualización de las cuantías y la recuperación, del Código de 1928, de la posibilidad de que se imponga por el tribunal la pena que considerase aunque no se hubiera podido determinar exactamente la cantidad malversada.

Durante la Dictadura la norma penal apenas sufrió variaciones hasta la aprobación del texto refundido de 1973, que refundió los cambios operados en 1963 y 1971, entre otros, pero que no afectó al tipo de malversación de caudales públicos, salvo la actualización de las cuantías. Los cambios más significativos se vieron reflejados en la codificación posterior como consecuencia de las aportaciones de la doctrina científica, hasta el punto de que el proyecto de Código de 1980 proponía su despenalización y el de 1983 proponía su penalidad solo en el caso de que se causara un entorpecimiento grave a la función a la que estuvieran destinados los caudales. Todo ello por aplicación de los principios de subsidiariedad, al considerar el derecho penal como *ultima ratio* que debe castigar solo las conductas más graves (Blecua Fraga, 1985), pues ya la legislación presupuestaria y de función pública, incluso con la responsabilidad contable, castigaban las irregularidades administrativas.

Así llegamos hasta el Código Penal de 1995, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que ha sido objeto nada menos que de 46 reformas en los menos de 30 años de vigencia, a razón de casi 2 reformas anuales. En lo que respecta al delito de malversación, se regula en los artículos 432 a 435, incluyendo como novedad principal la exigencia del ánimo de lucro propio o de un tercero en el tipo básico (que antes se consideraba implícito), la fijación de la pena en función no solo de la cuantía de lo malversado, sino del perjuicio o entorpecimiento a los servicios públicos, o en el caso de que los bienes tengan valor histórico o artístico o estén destinados a aliviar alguna calamidad pública. Se incluía también la despenalización de la aplicación de caudales a finalidades presupuestarias distintas en los términos antedichos.

La primera reforma que se opera en el Código de 1995 en lo que a la malversación se refiere tiene lugar por mor de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en la que se actualiza en euros la cuantía de la malversación de menor entidad (hasta 4.000 euros), y se fija una inhabilitación superior, cuyo máximo pasa de uno a tres años.

Con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 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, además de introducir la responsabilidad penal de los partidos políticos, se creó el artículo 433 bis para tipificar el delito de falsedad contable pública, que si bien no es un supuesto de malversación, sí apuntaba directamente a la gestión dolosa de los caudales públicos, pues era un delito nacido para perseguir las deudas ocultas en facturas impagadas a contratistas (Valle Mariscal de Gante, 2022).

Pero sin duda la modificación de más calado tiene lugar en el año 2015 como consecuencia de la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que es el gran cambio de enfoque en el tipo de la malversación como consecuencia del incremento de las causas de corrupción y la dificultad de condenar en muchos casos a los corruptos por el tipo de la malversación (Sanz Mulas, 2017), inspirándose en el parágrafo 266 del Código Penal alemán⁸. En efecto, la exposición de motivos afirmaba que «la malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos», y realmente su concepción como administración desleal del patrimonio público permitía penar aquellas conductas en las que, habiendo perjuicio grave para los fondos públicos, no hubiera ánimo de lucro propio o de un tercero, es decir, que quedaban en la mayoría de los casos fuera de la protección penal⁹.

La modificación en esta línea del Código Penal, en cuanto a configurar la malversación como una gestión desleal del patrimonio público, aunque en general fue unánimemente aceptada por superar el concepto meramente apropiativo que permitiría castigar conductas gravemente perjudiciales para la gestión pública (Valle Mariscal de Gante, 2022), no estuvo exenta de polémica en sus trabajos preparatorios, y fue duramente criticada en el informe preceptivo del Consejo General del Poder Judicial de 16 de enero de 2013, con voto particular discrepante¹⁰. En esencia, la crítica tenía origen en lo que se consideraba una deficiente regulación de la nueva administración desleal en relación con el principio de taxatividad penal, así como por los problemas concursales que se podían generar, aunque lo cierto es

⁸ Más acertadamente, el parágrafo 153.1 del Código Penal austriaco, que opta por el «tipo de abuso» (*Missbrauchtatbestand*) frente al «tipo de ruptura de la confianza» o de «infidelidad» (*Treubruchtatbestand*).

⁹ Dice la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 708/2022, de 12 de julio: «Los detrimentos económicos que pudieran derivar de un ejercicio abusivo y malicioso de las funciones públicas por más que actualmente sí queden contemplados en el tipo penal del precepto, por la remisión que hace al tipo penal de administración fraudulenta del vigente artículo 252 del Código Penal».

¹⁰ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en Pleno de 16 de enero de 2013, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2013 (pp. 233-239). <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>

que en la práctica no llegaban a producirse. Criticaba también el informe que con la definición tan amplia del tipo objetivo¹¹ se revivía la penalidad del viejo artículo 397 del CP, y que en algunos supuestos podía pensarse con más gravedad la malversación de uso que la apropiación definitiva, el hecho que se suprimiera el tipo agravado cuando afectasen a bienes de carácter histórico o cultural o el de la incorporación expresa de los administradores concursales al tipo subjetivo. Incluso algún sector doctrinal consideró que no era correcto que compartieran estructura común para gestiones tan diferentes como la pública y la privada (Martell Pérez-Alcalde, 2015) y alguno vio el riesgo (aunque luego no se ha producido en la práctica) de una vocación expansiva alarmante, dado que la conducta típica no se limitaba por la gravedad o la flagrancia (Sanz Mulas, 2017).

En los trabajos previos fue también crítico con la propuesta de reforma el Consejo Fiscal en su informe de 8 de enero de 2013¹², en esencia porque considera que el prelegislador calificaba la malversación como un delito patrimonial cometido por funcionario público, y a juicio de ese órgano el delito protege el patrimonio público y además la confianza de la sociedad en el manejo honesto de fondos públicos, además de que podrían verse despenalizadas conductas apropiatorias de fondos públicos. En realidad esto no es así, porque el hecho de que la exposición de motivos afirme que la malversación es una gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público no desnaturaliza el carácter pluriofensivo del delito, pues sigue penándose una conducta por el daño al servicio público y a la confianza de los ciudadanos en sus gestores, precisamente ahora poniéndose bajo la lupa de la jurisdicción penal conductas que son gravemente lesivas para la ciudadanía aunque no supongan una distracción de caudales con enriquecimiento para el funcionario o para terceros. La supresión del ánimo de lucro tiene razón de ser en la protección del bien jurídico, que supone la gestión correcta de los servicios públicos. El informe llega a una conclusión que resulta contradictoria, pues reconoce que hay actos dañosos por comprometer la finalidad del servicio público, y recupera, de su valoración de la reforma de la administración desleal, el criterio individual-objetivo de daño, según el cual se considera dañoso el acto que sin causar pérdida patrimonial, compromete la finalidad de la empresa. Si el Consejo Fiscal considera apropiado introducir esta teoría para la configuración del tipo y salvaguardar el carácter pluriofensivo del delito, habría sido de gran utilidad avanzar en esta argumentación, que habría llevado en todo caso a la supresión del requisito del lucro propio o ajeno.

¹¹ En esta misma línea crítica puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 797/2015, de 24 de noviembre.

¹² Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en 8 de enero de 2013, Fiscalía General del Estado, 2012 (pp. 287-295). No se encuentra disponible en la base datos de la web de la Fiscalía General del Estado. https://s01.s3c.es/imag/_v3/ecoley/documentos-iuris/18-01-2013/16.informeFiscalia.pdf

Por parte del Consejo de Estado se emitió Dictamen bajo el número 358/2013¹³ (Justicia), en el que se resumían los informes antedichos, pero sobre los que discrepaba, en el sentido de que los amplios contornos de la administración desleal en el anteproyecto permitían incluir en este tipo las conductas relacionadas con los caudales públicos, pues no en vano malversar suponía infringir el deber fiduciario, de lealtad y de confianza sobre los empleados públicos, sugiriendo aclarar el hecho de que estos empleados podrían administrar bienes e intereses que no les eran propios, algo redundante a la luz de la configuración de la administración desleal, que en modo alguno exige al administrador ser propietario de los bienes que administra. Finalmente el Consejo de Estado aconsejaba tener muy en cuenta los «mecanismos de reacción que están en este momento diseñándose en otras iniciativas legales, como es la relativa al régimen de transparencia de las Administraciones Públicas, que contiene un régimen específico de sanciones administrativas en esa materia».

Pese a las discrepancias de los informes indicados seguía considerándose una reforma muy oportuna para la lucha contra la corrupción, que suprimía las lagunas punitivas de otras épocas y dotaba a los tribunales de tipos penales suficientes, completos y con penas acordes al desvalor de las conductas (De la Mata Barranco, 2016), y además no podía tener más sentido en el contexto de despilfarro de fondos públicos, de megainfraestructuras inservibles costeadas por capricho de algunos gestores públicos, en el contexto de una durísima crisis económica. La sociedad no podía entender que se pudiera sancionar la administración desleal de una sociedad particular y que estos mismos hechos realizados en una Administración pública quedaran fuera del alcance penal o limitados a la punición como conductas prevaricadoras, y era pacífica la idea de que era exigible una mayor diligencia y rigor a los gestores de los recursos públicos (Pelegrín López, 2019).

Así las cosas, gracias a la nueva redacción de la norma, pudieron pensarse con pena de prisión algunos ejemplos significativos como la administración desleal de un ayuntamiento de la provincia de Cáceres, en lo que la sentencia condenatoria calificó como un «derroche del presupuesto municipal», pues en aquellos hechos el alcalde, por puro capricho y sin necesidad alguna para el interés municipal, decidió adjudicar numerosos contratos a *dedo* prescindiendo de la posible licitación y desoyendo las advertencias de legalidad de los funcionarios. De esta manera, una gestión pública que habría sido merecedora solo de una inhabilitación por el delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del CP, pudo ser sancionada con pena de prisión¹⁴.

¹³ Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en Pleno de 17 de junio de 2013, Consejo de Estado, 2013 (pp. 287-295). <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358>

¹⁴ Es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres núm. 266/2020, de 13 de noviembre, confirmada en apelación por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura núm. 12/2021, de 17 de febrero (rec. núm. 10/2021).

O, también, la asunción por un ayuntamiento de la provincia de Valladolid del pago de unas obras de urbanización que no tendría que haber asumido, afirmando la sentencia que

no importa que el encargo y el trabajo, cuyo fruto fue la elaboración del proyecto, fueran reales. Lo que importa es que se ha hecho asumir al Ayuntamiento, de forma indebida, una deuda en perjuicio de su patrimonio, lo que supone evidentemente una gestión desleal, siendo indiferente que el autor de tal conducta no incorpore a su patrimonio el dinero abonado, pues basta el perjuicio sufrido por la entidad administrada como consecuencia de tal gestión desleal¹⁵.

En sentido contrario, puede citarse la absolución de un gerente municipal de Urbanismo, que desoyendo el criterio del ayuntamiento, decide asumir un impuesto de cierta entidad en perjuicio de la entidad que representaba, porque, en palabras del Tribunal Supremo,

el hecho descrito en el relato fáctico de la sentencia y consistente en asumir en nombre de la Corporación municipal el pago del impuesto del incremento del valor de los terrenos, incumpliendo lo dispuesto por el Consejo de Administración de la Gerencia Municipal de Urbanismo, no es constitutivo de un delito de malversación de caudales públicos. El citado delito, en su redacción vigente al tiempo de los hechos exigía para su comisión una conducta de apropiación del bien público por el funcionario o por terceros que en este caso no concurre, salvo que se pretenda dar al término sustracción una significación muy alejada de la que le es propia, la apropiación no violenta de un bien de ajena pertenencia. La sentencia identifica la sustracción con la gestión desleal pero son conductas diferentes, lo que conduce a la estimación del motivo¹⁶.

O más propiamente, la sentencia que absuelve de malversación a un alcalde por el hecho de no reclamar una deuda contraída con la Administración, con manifiesto perjuicio para esta, aun cuando el cobro fuera incierto al momento de reclamarse. En este caso, el Tribunal Supremo concluye:

en el caso que nos ocupa no puede equivaler la omisión de la acción de reclamar el particular la deuda que tiene con la Administración a la acción típica de «sustraer

¹⁵ Es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Burgos) núm. 48/2020, de 9 de octubre (rec. núm. 34/2020) que revoca la previa y absolutoria Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid núm. 43/2020, de 7 de febrero.

¹⁶ Es la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 281/2019, de 30 de mayo (rec. núm. 1516/2018) que revoca la previa y condenatoria Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 125/2018, de 12 de abril.

o consentir que otro sustraiga» los caudales públicos, pues la acción de exigir administrativamente su pago no garantiza efectivamente el cobro y, en todo caso, el dinero que constituye el precio no se encuentra incorporado al patrimonio público y, por tanto, no puede ser sustraído¹⁷.

En mi opinión, la reforma del 2015 fue acertada desde un punto de vista de la interpretación global del ordenamiento jurídico y la reprensión de la corrupción. Si la comunidad internacional nos exige en los diferentes tratados suscritos por España luchar contra la corrupción con una política eficaz y coordinada que refleje, entre otros, los «principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas»¹⁸, y si además tal exigencia la conectamos con lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución, que impone a la Administración servir a los intereses generales con objetividad y sometimiento pleno a la ley y al derecho, la reforma no podía ser más oportuna.

La vocación de esta reforma hay que buscarla en el resto de actividad legislativa de aquellos años, pues no se olvide que mientras se redactaba aquella reforma del Código Penal, se promulgó la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuyo artículo 26 recoge, entre los principios del buen gobierno, los de eficacia, economía y eficiencia, y con el objetivo de satisfacer el interés general, así como el de imparcialidad. Como principio de actuación se exige que gestionen, protejan y conserven adecuadamente los recursos públicos. Y en tal norma, se prevé un específico régimen sancionador, entre el que se incluye, por ejemplo, como infracción muy grave, la incursión de alcance contable¹⁹ o los compromisos de gastos o pagos sin crédito suficiente o con infracción de la legislación presupuestaria. Para los sujetos que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de esta ley, que son los altos cargos de la Administración, se prevé como sanción el cese en el cargo y la prohibición de acceder a un cargo público durante un plazo de 5 a 10 años. Se partía por tanto de un cuerpo legislativo en el que la buena administración de los caudales públicos era un objetivo a conseguir desde la triple perspectiva de la transparencia, la rendición de cuentas y la persecución del gestor que actuara con dolo o negligencia.

¹⁷ Es la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 613/2018, de 29 de noviembre (rec. núm. 2615/2017) que revoca la previa y condenatoria Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga núm. 321/2018, de 10 de mayo.

¹⁸ Artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, y ratificada por España el 9 de junio de 2006 (BOE 171/2006, de 19 de julio).

¹⁹ Se define como alcance contable, según el artículo 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, el «saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, ostenten o no la condición de cuentadantes ante el Tribunal de Cuentas».

Y en ese contexto toma especial relevancia la contratación pública, que sin duda es una de las áreas más afectadas por el delito de malversación, toda vez que con ocasión de la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público²⁰, el ordenamiento comunitario ha pasado de una concepción finalista o presupuestaria de la contratación pública a una concepción instrumental para, con la correcta gestión del presupuesto y fondos públicos, poder prestar los mejores servicios públicos a los ciudadanos (Gimeno Feliú, 2020).

Por su parte, la legislación en materia de función pública²¹ también recoge, como principios de actuación de los empleados públicos, el respeto a la Constitución y el resto de normas jurídicas del ordenamiento, y que «actuarán de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, y vigilarán la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización». Sin embargo, este acervo de principios no se corresponde con un catálogo de infracciones claro y nítido que permita imponer sanciones administrativas por una gestión desleal, especialmente porque *a priori* no existe el daño a la Administración (Palomar Olmeda, 2019).

También la normativa comunitaria seguía esa senda, y fue la Directiva UE 2017/1371, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, la que delimitaba conceptualmente la malversación, disponiendo en su artículo 4.3 que

a efectos de la presente Directiva, se entenderá por malversación el acto intencionado realizado por cualquier funcionario a quien se haya encomendado directa o indirectamente la gestión de fondos o activos, de comprometer o desembolsar fondos, o apropiarse o utilizar activos de forma contraria a los fines para los que estaban previstos y que perjudique de cualquier manera a los intereses financieros de la Unión.

Es decir, que no exigía que el autor de la malversación se guiara por un lucro propio o ajeno, sino que bastaba con comprometer fondos en perjuicio de los intereses financieros de la Unión, esto es, una verdadera administración desleal de fondos comunitarios. Esta directiva fue el primer texto comunitario que definió el acto de malversación, pues

²⁰ El título completo es Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

²¹ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Sus artículos 53 y 54 regulan los principios éticos y de conducta, respectivamente. Ello sin perjuicio de la legislación en el ámbito de relaciones especiales de sujeción, como la del personal militar, las cuales se regulan en el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las reales ordenanzas para las Fuerzas Armadas (arts. 3 a 5).

hasta entonces los convenios sobre protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 1995 y 1997 se habían limitado a las figuras del fraude y la corrupción activa y pasiva.

En definitiva, los recurrentes casos de corrupción y la sensación de impunidad que existía en la ciudadanía respecto de determinados casos, junto con la percepción de la inutilidad de las normas que castigaban esas conductas (Valle Mariscal de Gante, 2022), motivó una reforma de esa entidad, con una redefinición de los tipos y un incremento generalizado de las penas. No obstante, y pese a la positiva recepción de la doctrina, en los años posteriores se alzó alguna opinión discrepante, bien sobre la proporcionalidad de las penas²² (Del Moral García, 2016), bien sobre la diferencia entre las facultades de un administrador societario y las limitaciones regulatorias que tiene el gestor público (Quintero Olivares, 2016).

La penúltima reforma del delito de malversación tendría lugar con ocasión de la LO 1/2019, de 20 de febrero²³. La directiva que afectaba a la malversación era la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del derecho penal, que armonizaba este delito en toda la Unión y exigía que las personas jurídicas que cometían este tipo de delitos incurrieran en responsabilidad penal. De ahí la reforma que se operó creando un apartado quinto al artículo 435, fijando así penas de multa que debían imponerse a las personas jurídicas, además de las genéricas del artículo 33.7, letras b) a g) del CP. Las multas podrían llegar a ser de dos a cinco años, o del triple al quintuple del perjuicio causado, permitiendo multas proporcionales para poder superar el límite del artículo 50 del CP y reducir las pérdidas para el Estado (Frago Amada, 2023). Está por ver aún el alcance de este precepto, pues hasta la fecha aún no se ha condenado a ninguna persona jurídica por el delito de malversación de caudales públicos.

Cuando por fin parecía que la norma penal era estable, y que se había adaptado al sentir de la especial responsabilidad que el ciudadano exigía a los gestores públicos, alineándose incluso con la normativa internacional, tiene lugar la última y fatídica reforma del delito de malversación. En efecto, con fecha 23 de diciembre de 2012 se publica en el Boletín Oficial del Estado la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas eu-

²² Sin duda un tema sobre el que merece la pena profundizar en un estudio posterior, pues la lucha contra la corrupción no puede basarse desde el punto de vista penal en incremento de penas de prisión que sean análogos a los del homicidio o las lesiones graves, sino en las inhabilitaciones y especialmente la recuperación de activos y satisfacción de responsabilidades civiles con extensión de responsabilidades, incluso a los partidos políticos a los que sirva el condenado.

²³ El título completo es Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional.

ropeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. La reforma del Código Penal va mucho más allá que el título de la ley, pues a lo que este trabajo respecta, se vuelve a cambiar totalmente el paradigma de la malversación, volviendo en esencia a la redacción anterior a 2015, y recuperando incluso tipos despenalizados en 1995, como veremos a continuación.

La primera crítica a esta reforma debe ser necesariamente la falta de tramitación con arreglo a lo previsto en el artículo 26 de la Ley 17/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en lo que viene siendo una tónica habitual en los últimos años, con grave riesgo para la seguridad jurídica y la calidad de las normas. El Gobierno no tramitó un anteproyecto y proyecto de reforma de ley orgánica para la reforma de la malversación, sino que, aprovechando la trasposición de directivas comunitarias en otros asuntos, con extraordinaria celeridad (Roca de Agapito, 2023), y eludiendo los informes del Consejo Fiscal, del Consejo General del Poder Judicial o del Consejo de Estado, la mayoría parlamentaria en las Cortes Generales aprobó por transacción la enmienda n.º 27 del Grupo Parlamentario Plural, que eliminaba el avance que había supuesto la nueva regulación de la malversación y volvía a la redacción anterior al año 2015, y ello sin reparo en sostener como justificación que la configuración del tipo había permitido la persecución política de líderes independentistas catalanes o la sanción de destacados políticos del partido en el Gobierno por la ejecución de leyes aprobadas por el parlamento andaluz²⁴. Ciertamente el debate en el Congreso y en el Senado fue duro porque se puso de manifiesto que no debía modificarse el Código Penal al albur de los caprichos inmediatos de los políticos, sin estudio ni informes, ni un mínimo asesoramiento previo a la redacción de la norma, ni mucho menos cuando el capricho nace para intentar limitar las responsabilidades penales firmes acordadas en sentencias del Tribunal Supremo de cara a futuras revisiones de las penas, como así sucedió con las condenas por sedición²⁵. Lo que había sido un extraordinario avance en la lucha contra la corrupción y la administración desleal de los caudales públicos, se volatiliza por el capricho del legislador para indultar a unos delincuentes condenados por prácticas corruptas, porque tanta corrupción supone el apropiarse de fondos públicos como disponer de ellos para satisfacer intereses ilícitos.

El objetivo de la reforma del tipo es sancionar penalmente la distracción de fondos públicos solo cuando concurre el ánimo de lucro propio o ajeno, dejando impunes aquellas conductas de gestión reprochable en una Administración si no se puede acreditar ese ánimo de lucro, pese a que pueda existir un perjuicio económico directo para los fondos públicos,

²⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Número 295-4 (pp. 48-51).

²⁵ Nos referimos naturalmente a las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, núm. 459/2019, de 14 de octubre (caso *procés*), y núm. 749/2022, de 13 de septiembre (caso ERE).

y derivando a un tipo penal atenuado el aplicar fondos públicos a una finalidad presupuestaria no prevista.

Se desoye con la reforma aprobada las recomendaciones de las organizaciones internacionales o la propia legislación comunitaria, por cuanto que los Estados deben prever que las penas sean efectivas, proporcionadas y disuasorias²⁶, y desde luego no puede considerarse disuasoria la pena de multa en la malversación si no existe ánimo de lucro ni resulta un daño grave al servicio, tal y como dispone la nueva redacción del artículo 433 del CP. A ojos del gestor, puede resultar rentable la comisión del ilícito, el riesgo o la obediencia a su partido político, si sabe que no hay posibilidad de ingresar en prisión, lo que anula el efecto positivo que tenía la reforma del 2015 de cara a la prevención (Pelegrín López, 2019).

La nueva configuración de la malversación es, en esencia, además de la vuelta a la redacción del Código Penal de 1995 en cuanto al tipo básico, la inclusión del artículo 432 bis para incluir la falsedad contable específica en la Administración, la fijación en el artículo 432 ter de la definición de patrimonio público, olvidando al sector público instrumental, del que la jurisprudencia ya había clarificado su inclusión como caudales públicos²⁷, el artículo 433 tipificando la aplicación presupuestaria no prevista de los caudales públicos, con un tipo básico y otro atenuado, y el artículo 434 por razones de política criminal que modifica el criterio temporal de la colaboración para la reducción de penas, que además de aplicarse a todo el capítulo se pasa de no fijarse un plazo concreto (en la redacción de 1995 el plazo era de 10 días desde la incoación del proceso) a limitarse al momento anterior a la apertura del juicio oral, sin duda a mi juicio una de las partes acertadas de la reforma desde un punto de vista de práctica forense, pues en este tipo de procesos es habitual que la Administración no recupere en su totalidad los caudales malversados, y ello pese a que la reducción de penas en uno o dos grados haya sido criticada por el Consejo Fiscal en su informe a la reforma de 2015, o por parte de la doctrina como un ejemplo de debilidad de la Administración para perseguir estas conductas, o por ser una reducción más beneficiosa que la fijada con carácter general en el artículo 21.5 del CP (Valle Mariscal de Gante, 2022; Roca de Agapito, 2023).

La reforma además supone un paso atrás en la concepción de la corrupción como problema y la persecución de la misma, no solo por lo expuesto, sino porque la reducción de las penas en algunos de los supuestos va a reducir la prescripción de los delitos al plazo de cinco años conforme al artículo 131 del CP, y porque, al contrario de lo que propugna toda la normativa internacional y la doctrina, se va a penalizar más la administración desleal

²⁶ Artículo 7.1 de la Directiva UE 2017/1371, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017. El apartado 3 del mismo artículo incluso fija para los daños superiores a 100.000 euros, una pena máxima de 4 años de prisión como mínimo.

²⁷ Acuerdo no jurisdiccional del pleno del Tribunal Supremo, de 25 de mayo de 2017.

del patrimonio privado que la del público, dándose la paradoja, por la omisión del artículo 432 ter, de que la apropiación indebida de bienes en una sociedad pública no será punible como malversación, precisamente cuando estas entidades, por su menor control, tienen un riesgo superior de utilización fraudulenta (Gómez Rivero, 2016).

3.2. Naturaleza y bien jurídico protegido

La naturaleza del delito de malversación puede calificarse como pluriofensiva, siendo mayoritaria la doctrina que lo califica como un delito que vulnera distintos bienes jurídicos protegidos, en un principio la propiedad de la Administración²⁸ (como así consideraba en origen la doctrina clásica), el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial, la confianza de los ciudadanos en el manejo honesto de los caudales públicos²⁹ y el deber de fidelidad de los funcionarios y autoridades³⁰ (Rodríguez de Miguel Ramos, 2011). Se ha evolucionado además hacia una concepción funcional del concepto de patrimonio en relación con el artículo 103 de la CE, como garante de la capacidad prestacional del Estado (Crespo Barquero, 1998), que justifica además la finalidad de los caudales públicos, que no es otra que la prestación de los mejores servicios públicos al ciudadano, de acuerdo con el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los servicios públicos que impone a todo el sector público la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera³¹.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo núm. 749/2022, de 13 de septiembre reafirma esta misma línea por cuanto que

aun cuando se ha discutido doctrinalmente cuál sea el bien jurídico protegido por el delito de malversación, la doctrina de esta Sala, en congruencia con su ubicación sistemática, sujeto activo y naturaleza de los bienes a que afecta, viene declarando que es un delito contra el patrimonio y, a la vez, un delito contra la administración pública. Se pretende la protección de la indemnidad del patrimonio público y también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado. De acuerdo con las exigencias de una sociedad democrática este delito tiende a hacer posible la confianza de la sociedad en el manejo honesto de los fondos públicos

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1981.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 44/2008, de 5 de febrero.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 65/1986, de 22 de mayo.

³¹ Artículo 7.2: «La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público».

y a garantizar los deberes de fidelidad y transparencia que tienen los funcionarios públicos a cuyo cargo se encuentran los bienes de la administración pública.

3.3. Elementos del tipo

En cuanto al sujeto activo del ilícito de malversación, se trata de un delito especial impropio que exige en principio la cualidad de autoridad o funcionario público, teniendo en cuenta la condición de tal que define el artículo 24 del CP³². No supone especial dificultad determinar la condición funcional o de autoridad, pero sí plantea mayores problemas sin duda la participación de los particulares o *extraneus* en los delitos de malversación, habiendo evolucionado la doctrina desde supuestos de ruptura del título de participación, condenando por malversación al funcionario y por delito común al particular, hacia la aplicación del principio de unidad del título de imputación y accesoriedad en la participación, considerando al particular inductor, cómplice o cooperador necesario (Crespo Barquero, 1998). En la actualidad la jurisprudencia es uniforme y permite penar al *extraneus* por conductas malversadoras³³, como así afirmaba la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2007³⁴, con cita de otras anteriores:

Como nos recuerda la Sentencia de esta Sala 37/2006, de 25 de enero, son varias las sentencias que han abordado el problema de la punibilidad de la participación del *extraneus* en el delito especial. La doctrina denomina así a los tipos penales que no pueden ser realizados por cualquier persona sino solo por aquellas indicadas en la definición legal, que potencialmente se encuentran en condiciones de lesionar el bien jurídico tutelado en el tipo, lo que puede estar determinado por muchas circunstancias como el parentesco, la profesión, el ejercicio de ciertos cargos o funciones, algunas relaciones jurídicas, etc. Esta Sala tiene dicho que si bien el *extraneus* no puede ser autor de delitos especiales como la prevaricación y la malversación, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los

³² Artículo 24 del CP: «1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Tendrán también la consideración de autoridad los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía Europea.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».

³³ Siendo además facultad del Tribunal imponer la pena inferior en grado ex artículo 65.3 del CP, como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 214/2018, de 8 de mayo.

³⁴ También la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 797/2015, de 24 de noviembre (NCJ060638), o la más reciente núm. 507/2020, de 14 de octubre.

tipos de participación –inducción y cooperación necesaria–. Se añade en esta Sentencia que quien realiza un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer integra un supuesto de cooperación necesaria por cuanto la más reciente jurisprudencia de esta Sala (por ejemplo 1159/2004, de 28 de octubre) viene declarando que existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la *condictio sine que non*), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho).

Con ocasión de la reforma operada por la LO 1/2019, de 20 de febrero, se introdujo el artículo 435 bis, según el cual «a los efectos de este capítulo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427», por lo que en la actualidad hay una remisión expresa al artículo 24 y al artículo 427. Curiosamente este último, referido al cohecho, incluye al personal de empresas públicas al servicio de la Unión Europea o un país extranjero, pero no hay referencias a las empresas públicas españolas.

La condición de funcionario resulta ser más amplia que la propia del derecho administrativo, pues a efectos penales se incluyen los empleados de todo el sector público, funcionarios interinos, eventuales, de carrera y también personal laboral al servicio de la Administración o del sector público instrumental y además que tenga a su cargo por cualquier título³⁵ los caudales, efectos o el patrimonio público.

Por su parte, el patrimonio público en sentido amplio lo constituye cualquier bien con relevancia económica, titularidad de una Administración o confiado a la misma para el cumplimiento de sus fines (Rodríguez de Miguel Ramos, 2011), incluidos también los bienes pertenecientes a una sociedad mercantil de capital íntegramente público o incluso a una sociedad de capital mixto, pero mayoritariamente público, como expresamente considera el acuerdo de pleno del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017. No obstante, lo anterior, debe tenerse en cuenta la redacción del nuevo (introducido por LO 14/2022,

³⁵ Disposición que se interpreta de forma flexible en atención a la protección del bien jurídico, pues como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1840/2001, de 23 de junio, «no es estrictamente necesario que el funcionario tenga en su poder los caudales públicos por razón de la competencia específica que las disposiciones legales o administrativas asignen al cuerpo administrativo al que pertenezca o al servicio al que figura adscrito, sino que basta con que los caudales hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realice el sujeto como elemento integrante del órgano público. Así en la expresión "que tenga a su cargo" se abarca tanto aquellos supuestos en los que al funcionario está atribuida la tenencia material y directa de los caudales públicos como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos; y significa no solo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario».

de 22 de diciembre) artículo 433 bis, según el cual «a los efectos del presente Código, se entenderá por patrimonio público todo el conjunto de bienes y derechos, de contenido económico-patrimonial, pertenecientes a las Administraciones públicas». Según esto quedaría excluido de la punición del delito de malversación los bienes que sean propiedad de entidades del sector público distintas de las Administraciones públicas si tienen personalidad jurídica propia, porque el hecho de que la Administración sea titular de las participaciones o acciones de una sociedad mercantil pública no convierte en caudales a efectos de la malversación a los bienes propiedad de estas entidades, porque estaríamos ante una analogía contra reo, sin perjuicio de que, en ese caso, las conductas de los empleados de tales entidades constituyeran un verdadero supuesto de administración desleal o en su caso de apropiación indebida.

Un elemento esencial en la redacción actual revivida por la última reforma del Código Penal es el ánimo de lucro propio o ajeno, según la expresión que incluyó el Código de 1995, pese a que la jurisprudencia anterior no exigía su presencia aunque fuera habitual, y ello como consecuencia del tal requisito en los delitos contra la propiedad, sin que ello suponga una protección más patrimonial que la del deber de lealtad (Crespo Barquero, 1998). A estos efectos es suficiente un dolo genérico sobre el carácter público de los bienes, incluido el dolo eventual, que es posible en el delito de malversación³⁶ pero que no cabe en el delito de prevaricación, lo que puede suponer la absolución del primer delito si hay concurso y la prevaricación fue medial³⁷.

El ánimo de lucro, por otra parte, no tiene que suponer necesariamente un enriquecimiento económico del funcionario o de un tercero, como acertadamente ha matizado el Tribunal Supremo en su reciente Auto de 13 de febrero de 2023, al analizar la pretensión de revisión de las condenas del caso *procés*, pues como afirma

el art. 432 incluye en su tipicidad tanto a quien se apropia de esos fondos como a quien, quebrantando su deber de lealtad en la administración, decide darles una finalidad inequívocamente ilegal por cuanto el ánimo de lucro no puede obtenerse únicamente mediante su identificación con el propósito de enriquecimiento sino, en todo caso, la disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a estos.

Se incluye así todo beneficio directo o indirecto, económico o no que pueda percibir el funcionario o un tercero, siguiendo un concepto amplio que incluye cualquier tipo de mo-

³⁶ Sentencias del Tribunal Supremo núm. 310/2003, de 7 de marzo, y núm. 914/2012, de 29 de noviembre (NCJ057604), o la Sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 21/2017, de 31 de mayo.

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 773/2022, de 22 de septiembre.

tivación ilícita³⁸, en una resolución que algún autor aventuraba a la vista de la doctrina del Tribunal Supremo en otras sentencias, como la del caso Marey, Sentencia de 29 de julio de 1998, que no permite desviar fondos públicos para fines ilícitos, mucho menos si son delictivos (Roca de Agapito, 2023).

Por lo que respecta a la configuración del tipo, con la redacción vigente tenemos en la modalidad apropiativa de la malversación un tipo básico, otro agravado y otro atenuado. El tipo básico castiga la conducta típica alternativa de apropiarse o consentir que otro se apropie (comisión por omisión, realizando actos positivos o si no lleva a cabo una conducta impeditiva), apartando al patrimonio de su finalidad pública para que el funcionario o un tercero lo haga propio. Se castiga con penas de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

El tipo agravado tiene lugar en los casos en que concurra alguna de estas circunstancias: daño o entorpecimiento graves al servicio público, valor del perjuicio superior a 50.000 euros o que las cosas malversadas fueran de valor artístico, histórico, cultural o científico o si se tratase de efectos destinados a aliviar calamidades públicas. En este caso la pena de prisión es de cuatro a ocho años y la de inhabilitación de diez a veinte años. Esta incorporación es una novedad de la reforma de 2022, que recupera la redacción del CP de 1995, superando eso sí la redacción ambigua original que parecía exigir daño y entorpecimiento graves de forma acumulativa, o el problema de determinar la cuantía a partir de la cual exigir especial gravedad, que dio lugar a pronunciamientos judiciales dispares (Rodríguez de Miguel Ramos, 2011). Además, se incorpora un tipo superagravado para los supuestos en que la cantidad malversada supere los 250.000 euros, en los que se impondrá la pena en su mitad superior o incluso la superior en grado, quedando a la discrecionalidad del tribunal sentenciador.

Respecto al tipo atenuado, se prevé para los supuestos en que la cantidad malversada no supere los 4.000 euros, siendo la prisión de uno a dos años, multa de tres meses y un día a doce meses, con inhabilitación especial y de derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años.

Para las personas jurídicas, con arreglo al artículo 435 del CP, se imponen penas en función de la pena de prisión prevista para las personas físicas, que puede ser: multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor del perjuicio causado o de los bienes o

³⁸ En los mismos términos la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 749/2022, de 13 de septiembre, al referirse al *animus lucri faciendi gratia*.

efectos apropiados cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso, y multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos. Todo ello sin perjuicio de las penas de las letras b) a g) del artículo 33.7 del CP, en el que destaca sobremanera la prohibición de contratar con el sector público a la luz de la mayoría de los supuestos de conductas malversadoras.

Respecto de los problemas concursales, el concurso que tiene lugar en la práctica forense con más frecuencia es el de la malversación con la prevaricación, que como hemos adelantado suele terminar resolviéndose en la mayoría de las ocasiones a través del concurso medial³⁹, pues la decisión grosera, arbitraria y flagrantemente contraria a derecho que es la prevaricación suele ser el medio para malversar el patrimonio público. A estos efectos debe tenerse en consideración lo apuntado *supra* a efectos del dolo eventual.

Pero en muchas ocasiones, sobre todo cuando los hechos afectan a tramas de corrupción asentadas en un territorio o sector de actividad, lo normal es que junto a las conductas prevaricadoras y malversadoras concurren los tipos de cohecho, falsedades y en menor medida el tráfico de influencias o las negociaciones prohibidas a funcionarios. También puede concurrir la malversación junto con el delito de fraude, el cual es en realidad la antesala de la malversación y castiga la concertación tendente a obtener una malversación; se trata, como afirma el Tribunal Supremo, de un problema de progresión delictiva, que en un principio se trató como concurso de normas y la reciente jurisprudencia la califica como un supuesto de concurso medial de delitos⁴⁰. Las condenas por el delito de fraude son escasas, sobre todo porque la prueba es ciertamente difícil, salvo que en la actuación instructora se haya podido acordar el secreto de sumario y realizar observaciones telefónicas y otros medios análogos, por lo que en la práctica las condenas por fraude acaban subsumidas en el concurso medial a favor de la malversación.

3.4. Responsabilidad civil *ex delicto*. Especial referencia a la determinación de la misma por el Tribunal de Cuentas

Uno de los aspectos más relevantes de los delitos contra la Administración pública, y que ha sido escasamente estudiado por la doctrina penalista, son las consecuencias económicas del delito de malversación, de tal forma que, si se produce la condena por el ilícito

³⁹ Aunque también puede haber supuestos de concurso real de delitos, véase en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 163/2019, de 26 de marzo (NCJ064995).

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 841/2013, de 18 de noviembre, con cita de los escasos pronunciamientos previos. En el mismo sentido, a favor del concurso medial, las sentencias núm. 797/2015, de 24 de noviembre (NCJ060638), núm. 1603/2020, de 4 de octubre y núm. 527/2021, de 16 de junio.

to, la consecuencia del mismo debe ser el resarcimiento de la responsabilidad civil, salvo que se haya hecho reserva de acciones, lo cual es ciertamente improbable. A ello se añade que, en la práctica forense, sobre todo cuando las condenas derivan de complejas tramas de corrupción, el objetivo principal es la condena penal y las acusaciones a veces llegan a la parte de responsabilidad civil con cierta indiferencia, como si el hecho de ver finalmente al político o al funcionario en prisión fuera suficiente. El hecho de que además los penalistas no suelen sentirse cómodos en la parte de derecho administrativo que afecta a la conducta sancionada, por ejemplo, a la adjudicación ilícita de un contrato en provecho de tercero, resulta un escollo adicional.

En un principio, parecía que la determinación de la responsabilidad civil recaería en el Tribunal de Cuentas, pues así lo determinaban los primeros códigos penales⁴¹, que exigían que el Tribunal de Cuentas determinara la responsabilidad civil en un procedimiento en el ámbito de su jurisdicción. Tal previsión se recoge también hoy en día en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, cuando dispone: «Dos. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia», así como el artículo 49.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, según el cual, «3. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, con arreglo a lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 2/1982, el Juez o Tribunal que entendiere de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos, dando traslado al Tribunal de Cuentas de los antecedentes necesarios al efecto de que por este se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos». Y lo cierto es que la interpretación que se le dio a ambos preceptos en un primer momento fue literal, como así lo recordaba el Auto del Tribunal de Cuentas, Sala de Apelación, de 19 de abril de 1988, que luego confirmaría la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de junio de 1999 (casación núm. 6676/1994), al afirmar que no era sino la plasmación positiva del clásico principio *le criminel tient le civil en état*. Sin embargo, tal interpretación ha ido cediendo a favor de que los tribunales penales también puedan fijar responsabilidades civiles, sin que la existencia de un doble título de condena (la responsabilidad declarada en una sentencia penal y en una sentencia del Tribunal de Cuentas) suponga una doble indemnización a favor del Estado, como así recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de junio de 2015, sin perjuicio de que la condena pueda ser directa en el caso de la responsabilidad contable y subsidiaria respecto de las personas jurídica beneficiarias del delito. Se reconoce así la compatibilidad entre ambas jurisdicciones, siendo que solo en el caso de que el Tribunal de Cuentas hubiera ya fijado la responsabilidad civil, se impediría al tribunal penal pronunciarse al respecto (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 149/2015, de 11 de marzo). Este criterio que se fijó en la sentencia que resolvió

⁴¹ Hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1928, que lo excluyó expresamente como hemos indicado anteriormente.

la célebre causa sobre la utilización fraudulenta de los fondos reservados del Ministerio del Interior (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 784/2012, de 5 de octubre), fue posteriormente confirmado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 126/2011, de 18 de julio. Recuerda el Tribunal Supremo en su reciente doctrina al respecto, una vez afirmada que la cuestión no es pacífica, que⁴²

ha de distinguirse en estos supuestos entre aquellos casos en los que el Tribunal Penal estima que una determinada responsabilidad civil *ex delicto* es separable o diferenciable de la contable, porque no conste aún que el responsable penal tenga la cualidad de responsable contable, porque concurren una pluralidad de responsables del delito, alguno de los cuales no sea necesariamente responsable contable, o no concorra contablemente la misma solidaridad que en el ámbito penal, porque concurren partícipes a título lucrativo, porque puedan existir responsabilidades prescritas en el ámbito contable que no lo estén en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto*, o bien porque existan otros perjudicados por el delito distintos de las entidades del Sector público, etc. [Y solo] cuando la responsabilidad civil nacida del delito coincide con la contable derivada del hecho de haber tenido el responsable penal a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos, y haber originado, con dolo, culpa o negligencia graves, menoscabo en dichos caudales o efectos, procede aplicar lo dispuesto en el referido art. 49. 3º, abstenerse de pronunciamiento sobre responsabilidad civil *ex delicto* y reconocer la competencia del Tribunal de Cuentas al efecto de que por este se concrete el importe de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos.

Así las cosas, habrá que estar al supuesto concreto para determinar si el órgano penal puede pronunciarse sobre la pieza de responsabilidad civil respecto de los daños a la Administración pública, siendo el caso que si no lo hace, se corre el riesgo (aun cuando lo haya dado por bueno en este caso el Tribunal Constitucional en la sentencia precitada) de un nuevo peregrinaje de jurisdicciones en una materia que de por sí da lugar a instrucciones complejas, con tediosos procedimientos que se prolongan durante años⁴³.

Por otra parte, en este tipo de delitos no es infrecuente confundir la responsabilidad civil con el decomiso, especialmente en los concursos entre los delitos de malversación y cohecho, pues tal figura se prevé para ambos tipos en el artículo 127 bis del CP⁴⁴, al entenderse

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo núm. 277/2015, de 3 de junio (FJ 81.º).

⁴³ Esta cuestión no era pacífica ya en el siglo XIX, pues el Tribunal Supremo consideraba en sus sentencias de 12 de enero de 1874 y 11 de diciembre de 1873 que no era necesaria la deducción de testimonio con el respectivo tanto de culpa por el Tribunal de Cuentas, determinando el alcance contable, mientras que este órgano había resuelto en sentido contrario en su real decreto, sentencia de 29 de marzo de 1881.

⁴⁴ Artículo añadido precisamente por la reforma operada en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por imperativo de la Directiva 2014/42/UE de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los

que el beneficio de un contrato ilícitamente adjudicado, o incluso la totalidad del importe satisfecho al contratista, son en realidad las dádivas del cohecho respecto de las cuales solo procede el comiso y sin que haya lugar a la responsabilidad civil. Y si en el caso de que el perjudicado sea el Estado no plantea problemas, sí que supone un gran reto cuando es otra Administración la perjudicada, pues se encontraría con que las cuantías objeto de decomiso van a parar al Estado⁴⁵ y no percibiría el resarcimiento correspondiente para satisfacer el principio de indemnidad. Esto fue precisamente lo sucedido en el caso del caso Malaya, en la que la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Málaga, en su Sentencia de 4 de octubre de 2013, acordó que los bienes decomisados fueran destinados al pago de la deuda del Ayuntamiento de Marbella con la Seguridad Social, si bien la posterior Sentencia del Tribunal Supremo núm. 508/2015, de 27 de julio, revocó el pronunciamiento a instancias del fiscal y resolvió que el destino de los bienes decomisados era a favor del Estado, lo que supuso que el ayuntamiento de Marbella, que era el gran perjudicado de la trama corrupta, no viera recuperado el dinero malversado. Lo que aún no se ha explorado convenientemente es la posibilidad de instar el decomiso sin sentencia penal firme del artículo 127 ter del CP o incluso un decomiso anticipado, como permite el artículo 127 octies del CP, que es una poderosa arma en la lucha contra las tramas de corrupción, sugerida además en el artículo 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, pero que en la práctica no se suele pedir, y carecemos de jurisprudencia y doctrina constitucional sólidas que permitan dibujar los límites en la aplicación de la norma.

Parece conveniente exigir a las partes acusadoras en la práctica forense un esfuerzo adicional para diferenciar los supuestos de decomiso frente a los de responsabilidad civil, limitando aquel a los verdaderos instrumentos de delito y las ganancias ilícitas⁴⁶, lo cual

instrumentos y del producto del delito. Se produce una ambiciosa revisión del decomiso para facilitar instrumentos legales que sean más eficaces para la recuperación de activos procedentes del delito y la gestión económica de los mismos, creando también la Oficina de Gestión y Recuperación de Activos (ORGA) a la vista de que la Oficina de Recuperación de Activos creada en 2010 aún no había sido desarrollada reglamentariamente.

⁴⁵ Artículo 374.3 del CP y artículo 13.2 del Real Decreto núm. 467/2002, de 21 de abril.

⁴⁶ Ejemplos recientes de esta confusión se advierten, por ejemplo, en el reciente caso Púnica (Pieza Cofely), en el que la fiscalía interesó el decomiso por importe de 1,6 millones de euros y ninguna responsabilidad civil, al entender que concurre cohecho y fraude pero no malversación, y las acusaciones particulares, que son los ayuntamientos afectados, llegan a peticionar varias decenas de millones de euros en concepto de responsabilidad civil (Auto de 20 de julio de 2022 del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, PA 85/2014); o en el caso Mercasa, en el que la fiscalía interesa el decomiso por importe de 40 millones de euros, mientras que la propia Mercasa, como acusación particular, no interesa decomiso sino responsabilidad civil por importe de 26 millones de euros (Auto de 7 de abril de 2022 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, PA 65/2018). Pero es una práctica frecuente, ya en la primera pieza del caso Gürtel, resuelto por Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de febrero de 2017 (PA 2/2012), se acordó el decomiso por importe de 1,9 millones de euros en concepto de beneficios ilícitos y se limitó la responsabilidad civil a 271 mil euros en concepto de sobrecostes.

además para el Ministerio Público es de obligado cumplimiento, según la Circular 4/2010, de 30 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado.

En el ámbito que estadísticamente es más importante en los delitos de malversación, que es la contratación pública, la sentencia que pone fin al procedimiento penal no resuelve en la actualidad la anulación del contrato administrativo, pese a que pudieran haber transcurrido varios años desde el inicio de las diligencias de instrucción, al gozar de la presunción de validez de los actos administrativos⁴⁷ y por tanto también la adjudicación de los contratos y su formalización. En la práctica lo que sucede es que un contrato que tiene indicios de delito en su adjudicación va a producir plenos efectos durante los años de duración del mismo, incluso cuando fuera mendaz la finalidad para la que se adjudica, o a pesar de que en el precio del contrato existan sobrecostes destinados a satisfacer dádivas, de tal forma que hasta que no gane firmeza la sentencia penal que considere tal adjudicación malversadora, no se podrá iniciar la declaración de nulidad del contrato a través de la vía de la revisión de oficio⁴⁸ y posterior liquidación del contrato, en un procedimiento administrativo que requiere el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma si afecta a entidades locales o Administraciones autonómicas, y que posteriormente puede ser objeto de revisión en vía contencioso-administrativa. Cuando llegue el momento de reclamar los daños derivados de la adjudicación ilícita no existirá el contrato ni posiblemente el contratista, ni habrá garantías o avales que ejecutar. En definitiva, se vulnerará así el principio de *restitutio in integrum* en perjuicio de la entidad que ha sufrido la malversación. Ha sido el Tribunal Supremo, en la sentencia de 8 de junio de 2018 (caso Nóos)⁴⁹, el que ha puesto fin a la controversia entre diferentes órganos judiciales por cuanto que había algunos que sí declaraban la nulidad del contrato directamente en sentencia y otros imponían acudir al procedimiento de revisión de oficio del acto administrativo, opción por la que se decanta el Alto Tribunal, a mi juicio de forma desafortunada, partiendo de premisas erróneas, que solo provocan un perjuicio adicional a la Administración víctima de estos ilícitos. Cuestión distinta, y que habrá de abordarse en un trabajo posterior, es la necesidad de adoptar diferentes reformas legales que den unidad al derecho en esta materia y eviten el peregrinaje jurisdiccional, especialmente cuando es el propio artículo 34⁵⁰ de la

⁴⁷ Artículo 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de patrimonio administrativo común de las Administraciones públicas: «Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa».

⁴⁸ Artículos 106 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

⁴⁹ El Tribunal Supremo desestima el recurso de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares que pretendía la declaración de nulidad de los contratos, que fue impugnado por la fiscalía, al entender esta que había concurrencia de culpas, porque también existía mala fe de la Administración y que de aceptarse existiría un enriquecimiento injusto, lo que sin duda supone olvidar que en ese supuesto la Administración fue la víctima y perjudicada del delito por la conducta malversadora.

⁵⁰ Dispone adicionalmente el artículo 34 que «en este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un

Convención de las Naciones Unidas, de constante mención, el que impone que los Estados eliminen las consecuencias de los actos de corrupción.

4. Conclusiones

La pretensión del presente artículo, además de mostrar una visión genérica del delito de malversación de caudales públicos en la actualidad, y después de su evolución legislativa, es incitar al lector a repensar algunos de los elementos del delito que sirvan para la finalidad que tiene su concepción como ilícito penal, la finalidad reparatoria, la reinsertadora y la prevención general y especial en la lucha contra la corrupción. Resulta pacífico en el año presente que la corrupción es una de las grandes lacras a batir por las sociedades democráticas modernas, en las que, como un elemento más de la concepción de integridad en el ejercicio de las facultades públicas, es necesario un sistema penal sólido y disuasorio, como así nos exigen, por otra parte, las convenciones internacionales.

La reforma de 2022 es un enorme paso atrás en la lucha contra la corrupción, dulcificando aquellos comportamientos en los que no hay un ánimo de lucro directo, y permitiendo que se mantengan impunes gestiones del patrimonio y los servicios públicos dolosas, que solo podrán ser sancionadas administrativa o contablemente varios años después y seguramente con escaso éxito reparatorio. La reforma de 2015, con todos los problemas de reenvío que pudieran existir, fue un gran avance, al sancionar con mayor gravedad la gestión desleal del patrimonio público. A día de hoy tiene más pena la gestión dolosa de una sociedad mercantil familiar que la de una Administración pública, lo que no resulta admisible ni entendible para el ciudadano medio. Por ello, debería volverse a la redacción de la norma operada por la LO 1/2015.

No se trata solo de modificar los delitos y aumentar las penas. De hecho, un debate que requiere un análisis profundo, más desde el punto de vista criminológico, es si realmente tienen sentido las altísimas penas de prisión que se imponen cuando concurre el delito de malversación y otros delitos contra la Administración pública. No parece tener sentido que este tipo de delitos tengan casi la misma penalidad que un homicidio o una agresión sexual, porque el desvalor de la acción es incomparable. Tratándose, como suele ser el caso, de delincuentes primarios, el punto de inflexión es desde luego el ingreso en prisión una vez que la pena no puede ser suspendida, y ahí entran en juego muchos elementos que pueden ser decisivos en la lucha contra la corrupción. En este sentido, y al contrario de lo que sostiene algún sector doctrinal, juega a favor de la lucha de la corrupción la po-

contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva».

sibilidad de la reducción en uno o dos grados de la pena a imponer en función de la participación activa del investigado y la satisfacción de las responsabilidades civiles. Lo que es evidente es que no ha funcionado la reducción especial que preveía el CP antes de la reforma de 2022, pues era prácticamente imposible que el investigado colaborara con la justicia a los pocos días de iniciarse la instrucción, con la causa declarada secreta, el *shock* de las primeras diligencias y a veces la inexperiencia de los primeros letrados que asisten al investigado. La redacción actual permitirá que el abogado del investigado, en una primera decisión estratégica y una vez conocidas las fortalezas y debilidades de las actuaciones y los indicios probatorios, pueda plantear a su representado la posibilidad de colaborar activamente con el juzgado y la fiscalía en lo que podría suponer la diferencia entre ingresar en prisión o no. De optar por la posibilidad de colaborar, la lucha contra el delito se verá favorecida, pues se identificarán las tramas, se podrá condenar con pruebas sólidas a los culpables y sobre todo se recuperarán los activos malversados, porque si el coste de la corrupción es tan elevado, y en la práctica forense lo que tenemos son cientos de sentencias que solo sirven en su mayoría para ordenar ingresos en prisión, pero no para recuperar la mayoría del dinero malversado, se podrá avanzar en la recuperación de los activos en beneficio de todos los ciudadanos.

Precisamente para la satisfacción de las responsabilidades civiles y la recuperación de los activos es necesario reforzar la exigencia de estas sin quedarse en las cantidades a decomisar, que además nunca retornan a la Administración perjudicada si no es el Estado. Para ello es imprescindible que las acusaciones fuercen a los tribunales a tener criterios jurisprudenciales sólidos sobre la parte de la malversación que debe de ser decomisada (solo la ganancia ilícita) y la parte que debe ser considerada responsabilidad civil, como es la anulación del contrato, en el que si la empresa adjudicataria se ha concertado con el funcionario o la autoridad, debe sufrir las consecuencias civiles previstas en el Código Civil y perder lo aportado en el contrato ilícito sin que sea necesario un peregrinaje adicional de procedimientos administrativos y jurisdicciones que solo perjudican la justicia restaurativa y la sanción, en este caso civil, de la corrupción.

En cambio, en lo que existe una legislación clara y avanzada es en la figura del decomiso, en particular el decomiso anticipado, que es una herramienta formidable en la lucha contra la corrupción y no se utiliza en este tipo de delitos por la fiscalía, que es la única legitimada al efecto. Es necesaria una instrucción clara para que el ministerio público tenga por norma la petición del decomiso en la explotación de las operaciones anticorrupción, y sobre todo es necesario que exista un número adecuado de miembros del Ministerio Fiscal debidamente cualificados, que asistan a cursos específicos y refuercen los conocimientos de derecho administrativo básicos que, aunque complejos, son imprescindibles para entender la vulneración de las normas imperativas que suponen la decisión flagrante y groseramente contraria a derecho que supone la conducta prevaricadora como medio de la malversación. Las unidades de policía judicial de la Guardia Civil ya se forman adecuadamente en este sentido y es imprescindible que la fiscalía y también los jueces instructores



y sentenciadores asistan a este tipo de formaciones con aprovechamiento, especialmente las unidades periféricas que no tienen acceso a la formación de las centrales.

En este sentido, una reforma, que sería un avance considerable, sería la creación de órganos jurisdiccionales especializados, al igual que la policía judicial o la fiscalía, pues no es infrecuente que en aquellas causas que son instruidas y sentenciadas fuera del ámbito de la Audiencia Nacional (en la práctica, la mayoría) los jueces y magistrados carezcan de conocimientos, no ya exhaustivos sino básicos, para entender el funcionamiento de las instituciones de derecho público y en qué medida vulnerar la Ley de contratos del sector público, por ejemplo, puede ser una nulidad que suponga una conducta prevaricadora, a diferencia de una anulabilidad o una irregularidad no invalidante, porque tan pernicioso es el enfoque de entender que toda irregularidad o incluso nulidad es delictiva, como el de entender que cualquier actuación administrativa, aparentemente informada favorablemente, excluye el ilícito penal. Esto lo hemos visto en fechas recientes, por ejemplo, con las investigaciones de la propia fiscalía anticorrupción en los contratos administrativos de emergencia relacionados con la covid, en los que se ha entendido que esta contratación es una patente de corso para contratar a dedo lo que quiera la autoridad en un momento determinado, cuando el Consejo de Estado y los tribunales de lo contencioso-administrativo tienen un cuerpo doctrinal de más de 50 años en los que se castiga este tipo de conductas con la sanción de nulidad radical. Debería empezarse como mínimo con la creación de secciones especializadas para determinados delitos en las audiencias provinciales, como así sucede con las secciones especializadas en derecho mercantil o con los repartos de las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, a las que podrían concurrir los magistrados que tuvieran la formación específica en la materia.

Aunando los esfuerzos legislativos, procesales y doctrinales, podremos contribuir a una mejor definición del delito de malversación y las consecuencias del mismo, para poder combatir de forma eficaz la corrupción y el impacto de esta en nuestra sociedad.

Referencias bibliográficas

- Acale Sánchez, M. (2019). Las relaciones entre la delincuencia de cuello blanco y los delitos contra la administración pública en el banco de prueba de la corrupción. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 53. Aranzadi.
- Alcalá Agullo, F. y Jiménez Sánchez, F. (2018). *Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España* (pp. 34-36). Fundación BBVA.
- Bleuca Fraga, R. (1985). La aplicación pública de caudales a diferente destino, como delito de malversación. En *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (t. 38, núm. 3, pp. 747-766). Ministerio de Justicia. Boletín Oficial del Estado.
- Botella Vicent, C. (2021). Lex Iulia Peculatus y depósito irregular. En *Fundamentos románicos del derecho contemporáneo* (t. X. Derecho penal romano, pp. 291-296). Boletín Oficial del Estado.
- Crespo Barquero, P. (1998). En I. Serrano Butragueño (Coord.), *Código Penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)* (pp. 1.713-1.732). Comares.
- Fernández Cabrera, M. (2017). El delito de prevaricación, un antes y un después de la crisis económica. En *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3.
- Frago Amada, J. A. (2023). *La persona jurídica en el proceso penal: presente y futuro* (pp. 170-173). Aranzadi.
- Gimeno Feliú, J. M. (2020). La visión estratégica en la contratación pública en la Ley de Contratos del Sector Público: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad. *Economía Industrial*, 415, 89-97. Ministerio de Ciencia y Tecnología.
- Gómez Rivero, C. (2016). El castigo penal de la corrupción en el ámbito del llamado sector público instrumental. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18(06). Universidad de Granada.
- Luzón Cánovas, M. (2009). Reflexiones sobre la competencia objetiva establecida en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado y la STS 728/2009, de 26 junio. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 1.
- Martell Pérez-Alcalde, C. (2015). El delito de malversación. En Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal del 2015* (pp. 691-697). Aranzadi.
- Mata Barranco, N. J. de la (2016). Lucha contra la corrupción política. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-01. Universidad de Granada.
- Moral García, A. del (2016). Justicia Penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades. *Revista Vasca de Administración Pública*, 104, 43-75. Instituto Vasco de Administración Pública.
- Palomar Olmeda, A. (2019). Las responsabilidades derivadas de la utilización patológica de los contratos menores. En *Contratos Menores en la Ley de Contratos del Sector Público*. Aranzadi.
- Pelegrín López, A. (2019). La malversación del patrimonio público. *QDL51 Cuadernos de Derecho Local*, 204-241. Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Quintero Olivares, G. (2016). *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. Aranzadi.
- Roca de Agapito, L. (2023). Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado. *Diario La Ley*, 10230, 6-14.
- Rodríguez de Miguel Ramos, L. (2011). En L. Rodríguez Ramos (Dir.), *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias* (pp. 1.535-1.548). La Ley.



Sanz Mulas, N. (2017). Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19. Universidad de Granada.

Valle Mariscal de Gante, M. (2022). La eficacia de las reformas penales contra la corrupción. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 23, 208-220. Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.

Ignacio Rodríguez de la Riva es abogado en ejercicio. Socio-director del despacho De la Riva y Pastor Abogados. Profesor de Derecho Administrativo y Contencioso-Administrativo en el CEF.- Centro de Estudios Financieros. Licenciado en Derecho por la Universidad Alfonso X el Sabio y diplomado en Estudios Avanzados por la UNED. Doctorando por la UDIMA. <https://orcid.org/0009-0006-4123-4948>