

La reforma del delito de malversación de patrimonio público en el Código Penal español: ¿Un avance o un retroceso en la lucha contra la corrupción?

Miguel Ángel Morales Hernández

Universidad de Granada

MORALES HERNÁNDEZ, MIGUEL ÁNGEL. La reforma del delito de malversación de patrimonio público en el Código Penal español: ¿Un avance o un retroceso en la lucha contra la corrupción? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-14, pp. 1-48.

<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-14.pdf>

RESUMEN: El delito de malversación de patrimonio público, considerado como un ilícito penal fundamental en la lucha contra la corrupción, ha experimentado cambios muy relevantes a raíz de la aprobación de la nueva LO 14/2022, de 22 de diciembre, al volver en gran medida a la regulación que originalmente tenía. En consecuencia, se ha derogado parcialmente la tipificación penal que había introducido la anterior reforma. Ésta no sólo había mantenido la apropiación indebida, sino que también había llegado a introducir la modalidad de administración desleal de patrimonio público, la cual, según defendía doctrina y jurisprudencia, permitía ampliar en este ámbito el número de conductas castigadas. Así, a través de este artículo de investigación se realiza una exhaustiva exégesis de los actuales tipos penales relativos al delito de malversación con objeto de comprobar si tras la nueva regulación la sociedad española está mejor o peor defendida frente al lamentable fenómeno de la corrupción. Tras un riguroso análisis jurídico, se llega a la conclusión de la necesidad de introducir importantes modificaciones en este ámbito.

PALABRAS CLAVE: malversación de patrimonio público, corrupción, apropiación indebida, administración desleal, reforma penal.

TITLE: The reform of the offence of embezzlement of public assets in the Spanish criminal code: a step forward or a step backward in the fight against corruption?

ABSTRACT: The offence of embezzlement of public assets, considered a fundamental criminal offence in the fight against corruption, has undergone very significant changes as a result of the approval of the new LO 14/2022, of 22 December, by returning to a large extent to its original regulation. As a result, the criminal regulation introduced by the previous reform has been partially repealed. This had not only maintained misappropriation, but had also introduced the modality of unfair administration of public assets, which, according to doctrine and case law, made it possible to extend the number of punishable conducts in this area. Thus, this research article carries out an exhaustive exegesis of the current criminal offences relating to the offence of embezzlement of public assets in order to check whether, after the new regulation, Spanish society is better or worse defended against the regrettable phenomenon of corruption. After a rigorous legal analysis, it concludes that there is a need to introduce important modifications in this area.

KEYWORDS: embezzlement of public assets, corruption, misappropriation, unfair administration, penal reform.

Fecha de recepción: 15 mayo 2023

Fecha de publicación en RECPC: 2 agosto 2023

Contacto: mamorales@ugr.es

SUMARIO: I. Introducción: los vaivenes del legislador español a la hora de regular el delito de malversación de patrimonio público. II. La LO 14/2022, de 22 de diciembre. 1. A vueltas con el bien jurídico protegido en el delito de malversación de patrimonio público. 2. Objeto material del delito: el nuevo concepto de patrimonio público del art. 433 CP. 3. La nueva estructura del delito de malversación de patrimonio público. 3.1. La modalidad de apropiación de fondos públicos del art. 432 CP. 3.1.1. El tipo básico de apropiación (art. 432.1 CP). a) La conducta activa. b) La conducta omisiva. 3.1.2. Agravaciones de la apropiación (art. 432.2 CP). 3.1.3. El subtipo atenuado de la apropiación (art. 432.3 CP). 3.2. La modalidad de uso temporal de patrimonio público regulada en el art. 432 bis CP. 3.3. La modalidad de desviación de patrimonio público a usos públicos distintos a los legalmente previstos del art. 433 CP. 3.4. La controvertida cláusula de hiperatenuación de la malversación de patrimonio público del art. 434 CP. III. ¿Era más adecuada la regulación penal de la malversación de patrimonio público introducida por la LO 1/2015? 1. ¿Qué ocurría antes de la reforma de 2022 con la apropiación indebida de patrimonio público? 2. ¿Qué castigaba la administración desleal de patrimonio público antes de la reforma de 2022? IV. Conclusiones: luces y sombras tras la nueva regulación del delito de malversación de patrimonio público. Bibliografía.

I. Introducción: los vaivenes del legislador español a la hora de regular el delito de malversación de patrimonio público

El delito de malversación de patrimonio público constituye sin lugar a dudas uno de los delitos fundamentales empleados por los Estados a la hora de combatir la corrupción tanto de índole pública como de naturaleza política¹. Precisamente este hecho explica que este ilícito penal venga siendo en los últimos años objeto de análisis y atención por parte de diversos organismos internacionales², destacando entre ellos la Unión Europea (en adelante, UE), que ha anunciado el pasado 3 de mayo de 2023 una Propuesta de Directiva en materia de corrupción que tiene como objetivo el llegar a realizar una armonización entre los Estados Miembros de los delitos vinculados a la corrupción, encontrándose por supuesto entre ellos la malversación³.

En lo que respecta a España, desde que se promulgó el actual Código Penal de 1995, este ilícito penal ha estado integrado en el Capítulo VII del Título XIX, esto es, dentro de los «Delitos contra la Administración Pública», si bien su regulación ha ido variando a lo largo de todo este tiempo⁴.

¹ No obstante, tal y como señala MELIÁN, 2019, p. 39, tras un análisis judicial «se comprueba que (...) son los funcionarios los que más cometen el delito de malversación de caudales públicos». Vid., en este sentido, MIR PUIG, 2015a, p. 1453, quien señala que «un sector doctrinal afirma que el delito de malversación sirve para castigar tanto actos de corrupción pública como actos de corrupción política, como la financiación ilegal de partidos». Vid., respecto a este último extremo, MORALES HERNÁNDEZ, 2022, pp. 191-194.

² Vid., en este sentido, QUINTERO OLIVARES, 2016, p. 1420.

³ Vid., Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra la corrupción, que sustituye a la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo y al Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados Comunitades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2023%3A234%3AFIN> (Consultado el 4.05.2023).

⁴ En concreto, desde la aprobación del CP español de 1995 las reformas que ha sufrido este delito han sido a través de las LLOO 15/2003, de 25 de noviembre; 7/2012, de 27 de diciembre; 1/2015, de 30 de marzo; 1/2019, de 20 de febrero; 14/2022, de 22 de diciembre.

Así las cosas, con la aprobación del actual Código Penal el delito de malversación pasó a tipificarse a través de tres diferentes modalidades delictivas: no obstante, la primera en realidad se desdoblaba, por un lado, en una conducta activa consistente en sustraer caudales o efectos públicos con ánimo de lucro y, por otro lado, en una conducta pasiva relativa a consentir que un tercero sustrajera los citados bienes; la segunda consistía, en cambio, en destinar a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puesto a cargo de la autoridad o funcionario público por razón de sus funciones, siempre que no hubiese ánimo de apropiación definitiva; la última de las modalidades consistía en dar una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a una administración pública, condicionándose la aplicación de este precepto, eso sí, a la presencia de un ánimo de lucro propio o ajeno y exigiéndose, además, que se produjera un grave perjuicio para la causa pública⁵.

Posteriormente, sin embargo, con la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se produjo un cambio drástico en esta materia. En este sentido, la tipificación de las dos modalidades delictivas que se llegaron a incorporar quedaba remitida a dos genéricos delitos que existían en el Código Penal español y que se encontraban ubicados en un Título diferente al de la malversación. Así, por un lado, se mantuvo la conocida como apropiación de patrimonio público, si bien se tipificó a través de una expresa remisión al delito de apropiación indebida del art. 253 CP. Y, por otro lado, se añadió una nueva modalidad de administración desleal de patrimonio público utilizándose de nuevo aquí también la técnica legislativa de remisión expresa, esta vez al genérico delito de administración desleal del art. 252 CP⁶. En consecuencia, la redacción de las modalidades originarias del delito de malversación fue suprimida⁷, suponiendo este hecho un verdadero cambio de paradigma respecto a la regulación tradicional que había tenido hasta entonces este ilícito penal⁸. A este respecto, se llegó a apuntar por parte de algún autor que ello quizás se debió a una necesaria actualización por parte del legislador español del delito de malversación de patrimonio público, puesto que podía observarse en la realidad criminológica una mayor variedad y sofisticación en los comportamientos que realizaban los sujetos corruptos en este ámbito⁹. A pesar de ello, lo cierto es que la nueva regulación introducida por el legislador español en el año 2015 fue en realidad sumamente controvertida. Así un sector doctrinal defendía que efectivamente gracias a ello se iban a poder empezar a castigar un

⁵ En este sentido lo señala MIR PUIG, 2011, p. 939. Vid., también, MACÍAS ESPEJO, 2020, p. 24.

⁶ MIR PUIG, 2015a, p. 1452.

⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2021, p. 1. Vid., también, BACIGALUPO SAGGESE, 2018, p. 1. Vid., igualmente, MACÍAS ESPEJO, 2020, p. 25. Vid., por último, CASTRO MORENO, 2015a, p. 435.

⁸ Vid., también, CASTRO MORENO, 2015a, p. 435.

⁹ De esta manera lo explica ROMERO ABOLAFIO, 2022, p. 146.

mayor número de conductas en este ámbito¹⁰. En cambio, para otro sector doctrinal la nueva regulación no resultaba para nada necesaria en nuestro ordenamiento jurídico¹¹, llegándose a argumentar al respecto que se estaba rompiendo de esta manera con una consolidada regulación histórica en esta materia, al querer imitarse, de forma complementemente desacertada, la legislación alemana¹².

Ahora, tras la aprobación de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, que ha entrado en vigor el pasado 12 de enero de 2023, la regulación del delito de malversación de patrimonio público vuelve a sufrir otro contundente giro. En este sentido, esta ley recupera en gran medida la regulación que este ilícito penal tenía tras la aprobación del actual Código Penal de 1995, llegando incluso a rescatar figuras anteriores ya presentes en el Código Penal de 1973¹³ -y que posteriormente fueron derogadas-, señalando el legislador a este respecto que todo ello se encuentra completamente justificado¹⁴. Así las cosas, cabe preguntarnos si en realidad, tal y como afirma el legislador en el Preámbulo de esta Ley, con la vuelta a los orígenes se produce una mejora en la regulación del delito de malversación de patrimonio público. Y para ello debemos tener en cuenta también qué es lo que se establece en la citada Propuesta de Directiva de la Unión Europea en relación a este concreto ilícito penal, puesto que es probable que el contenido en este texto sea aprobado en un futuro cercano. En este sentido, no se puede pasar por alto que este ilícito penal resulta crucial¹⁵ a la hora de proteger a las sociedades modernas frente a un tipo de lamentables comportamientos que atentan contra la administración pública y el patrimonio que ésta ostenta¹⁶. Por ello, resulta imprescindible comprobar que no se haya dado un paso atrás en la lucha contra la corrupción en nuestro país.

¹⁰ MIR PUIG, 2015a, p. 1452. Vid., también, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2021, p. 1.

¹¹ De esta manera lo explica RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2021, p. 1.

¹² Vid., en este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2015, p. 96, quien explica que «en Alemania no existe el delito de malversación», señalando que «los supuestos correspondientes son resueltos mediante la aplicación del tipo(s) de la administración desleal (Untreue), esto es, con el § 266 StGB». Vid., además, en este sentido, ABANTO VÁSQUEZ, 2018, p. 344.

¹³ GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 143.

¹⁴ Así, en el preámbulo de esta ley se señala que «la reforma implica un regreso al modelo tradicional español, es decir, al anterior a la reforma de 2015», justificándose ello «porque la Ley Orgánica 1/2015 supuso también en esta materia una ruptura con nuestra tradición codificadora ya bicentenaria (...) al reformar drásticamente la regulación de los delitos de malversación siguiendo parcialmente el modelo alemán, al definirlos en referencia a los delitos de apropiación indebida y administración desleal», concluyendo a este respecto que «sin embargo, y a diferencia del modelo, los mantuvo dentro de los “Delitos contra la Administración Pública”» y «construyó un híbrido entre delitos contra el patrimonio y delitos contra el correcto funcionamiento de los servicios públicos», lo cual para el legislador actual supuso un grave error.

¹⁵ De esta manera lo pone de manifiesto GÓMEZ RIVERO, 2016, p. 31, quien afirma que «entre los delitos de mayor incidencia cuantitativa en la fenomenología de la corrupción cobra un tradicional protagonismo el clásicamente denominado como malversación de caudales públicos».

¹⁶ Vid., en este sentido, MIR PUIG, 2015a, p. 1455, quien señala que «sujeto pasivo de los delitos de malversación -salvo el del previsto en el nº 3 y 4 del art. 435- lo es siempre la Administración Pública, ya sea estatal, autonómica, local o incluso institucional».

II. La LO 14/2022, de 22 de diciembre

Efectivamente, la aprobación de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, supone un drástico cambio en la regulación del delito de malversación propia -esto es, la que realiza una autoridad o funcionario público sobre un patrimonio público¹⁷-, puesto que se recupera en gran medida la regulación original que había sido derogada tras la reforma que en este ámbito se produjo en el año 2015. No obstante, se han llegado a introducir destacados cambios en esta materia que resulta necesario analizar.

1. *A vueltas con el bien jurídico protegido en el delito de malversación de patrimonio público*

Un aspecto tradicionalmente discutido por parte de la doctrina española en relación al delito de malversación de patrimonio público ha sido el determinar cuál es en realidad el bien jurídico que se tutela a través de esta figura delictiva. En este sentido, a lo largo de los años se fueron barajando diferentes posibilidades por parte de unos y otros autores, si bien es cierto que dos eran básicamente las opciones que más consenso reunían. Existía, a este respecto, por un lado, un sector doctrinal que defendía que, en realidad, cuando una autoridad o funcionario público realiza este tipo de comportamientos lo que está haciendo es conculcar el correcto funcionamiento de la Administración pública, al infringirse deberes de fidelidad y probidad que, en definitiva, encierran una deslealtad¹⁸. Por otro lado, el segundo planteamiento mayoritario consideraba este delito como una infracción patrimonialista¹⁹, defendiéndose o bien el carácter netamente patrimonial del mismo o bien se llegaba a entender el patrimonio público en un sentido instrumental «en cuanto sustrato necesario para la correcta prestación de servicios públicos»²⁰. Sin embargo, existían también otra serie de autores que consideraban que este ilícito penal ostentaba en realidad una naturaleza pluriofensiva, puesto que en él se aunaba tanto la protección del correcto funcionamiento de la administración pública como también la tutela del patrimonio público en un sentido funcional²¹. Este último planteamiento, que fue realmente el acogido por la jurisprudencia²², podía resumirse, tal y como llegó a indicar ROCA

¹⁷ SANZ MULAS, 2017, p. 9. Se explica aquí que «en aras de la protección del patrimonio público se diferencia entre malversación propia e impropia, según sea el autor una autoridad o funcionario público, o bien un particular que por una ficción jurídica se considera funcionario público a estos efectos».

¹⁸ Vid. CASTRO MORENO, 2015b, pp. 347-348. Explica este autor aquí que firmes defensores de esa visión son, entre otros, SUÁREZ MONTES, OLESA MUÑODO o MIR PUIG.

¹⁹ De este modo lo expresa CASTRO MORENO, 2015b, p. 347.

²⁰ Así lo explica CASTRO MORENO, 2015b, p. 348. Vid., también, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2015, p. 95.

²¹ Vid., a este respecto, MIR PUIG, 2015b, p. 198. Vid., asimismo CADENA SERRANO, 2019, p. 10, Vid., igualmente, ROCA AGAPITO, 2013, p. 497, quien explica que «en la moderna Doctrina casi nadie ha defendido el carácter puramente patrimonial de este delito, sino que más bien su naturaleza se ha concebido desde una perspectiva dual».

²² Vid., también, GARROCHO SALCEDO, 2014, p. 270.

AGAPITO, en la «protección penal a la correcta gestión del patrimonio público»²³. En este sentido, el Tribunal Supremo (TS) ha llegado a señalar en reiteradas ocasiones que el bien jurídico protegido a través de este ilícito penal «no es sólo la indemnidad del patrimonio público (...), sino, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios»²⁴.

Ahora, con la reforma que se ha producido en este delito a través de la LO 14/2022, el legislador reafirma el carácter pluriofensivo del mismo, siguiendo la línea marcada por nuestros tribunales. De esta manera, en el Preámbulo de la citada ley se llega a señalar que el delito de malversación de patrimonio público «se configura sobre dos ejes centrales», radicando el primero «en su sistematización, dentro de los delitos contra la Administración Pública, originalmente delitos de los funcionarios públicos cometidos en el ejercicio de sus cargos», subrayándose con ello «su naturaleza pluriofensiva de infracción patrimonial, de una parte, pero también lesiva del interés general al afectar justamente al patrimonio común, y con ello al cumplimiento de las funciones y finalidades públicas»²⁵, evitándose de esta manera que se pueda llegar a generar cualquier tipo de debate en este ámbito. También nosotros coincidimos con el legislador en lo que respecta a esta cuestión. Por un lado, porque la ubicación del delito de malversación de patrimonio público en el Título XIX relativo a los «delitos contra la administración pública» implica que el bien jurídico protegido esté vinculado efectivamente al correcto funcionamiento de la Administración pública en relación a su función constitucional de servir con eficacia y objetividad a los intereses generales²⁶, todo ello con pleno sometimiento a la ley y al Derecho²⁷. Pero al mismo tiempo este ilícito penal está igualmente orientado, en nuestra opinión, a la protección del patrimonio público, entendido ello como la correcta gestión del gasto público de acuerdo con las leyes existentes en nuestro ordenamiento jurídico²⁸. En relación a este último extremo, no podemos pasar por alto que ello adquiere igualmente

²³ Vid., en este sentido, ROCA AGAPITO, 2013, p. 499, quien explica que «el bien jurídico protegido sería la correcta gestión del patrimonio público destinado a la prestación de servicios públicos (o de los bienes equiparados a través de la malversación impropia) razonándose que «con ello se acoge, por una parte, el aspecto patrimonial de la malversación, y por otra, el aspecto del correcto funcionamiento de una administración pública prestacional».

²⁴ Vid., FJ Octavo STS 2 de marzo de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:1045).

²⁵ Vid. Apartado VI del Preámbulo de la LO 14/2022, de 22 de diciembre.

²⁶ Vid. arts. 9.1 y 3, 103 y 106 de la CE.

²⁷ MIR PUIG, 2015a, p. 1377. Vid. FJ Séptimo STS de 18 de enero de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:97). Vid. FJ Segundo STS 7 de febrero de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:777). Vid. FJ Segundo STS 18 de julio 2005 (ECLI:ES:TS:2005:4910).

²⁸ Coincidimos con el razonamiento realizado por SANZ MULAS, 2017, p. 11, quien explica que «mientras la gestión en el ámbito privado se conecta con la consecución de beneficios, y por tanto el perjuicio se entiende producido cuando se produce una pérdida económica, la gestión y administración del patrimonio público se conecta con el régimen jurídico del gasto público, su presupuestación y ejecución para conseguir finalidades y políticas de interés general». Y es que, en este sentido, «en el sector público lo principal es que

relevancia constitucional tanto en el art. 133.4 CE – que dispone que «las Administraciones Publicas solo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes»- como en el art 31.2 también de nuestro texto constitucional -en donde se establece que «el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía»-.

2. Objeto material del delito: el nuevo concepto de patrimonio público del art. 433 CP

Quizás, una de más relevantes novedades que introduce la última reforma es la relativa al objeto material del delito, el cual pasa a definirse ahora en nuestra legislación penal. En este sentido, no podemos pasar por alto la clásica discusión doctrinal que llegó a producirse en relación a cuáles eran realmente los tipos de bienes que el legislador había decidido tutelar en cada una de las modalidades delictivas que iban formulándose. De hecho, con la aprobación del Código Penal de 1995, se utilizaba la ya eliminada expresión «caudales o efectos públicos»²⁹ o también la suprimida expresión «bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de algunas de ellas»³⁰, lo que podía originar la exclusión de determinados tipos de bienes para algunas modalidades delictivas, produciéndose con ello importantes lagunas de punibilidad. Así, a través de la reforma penal operada por la LO 1/2015 se llegó a modificar el objeto material del delito, sustituyendo todas las mencionadas expresiones por el concepto de «patrimonio público»³¹, lo que fue bien recibido por un sector doctrinal el cual afirmaba que, gracias a este cambio, se podrían abarcar no sólo los tradicionales caudales o efectos públicos, sino también el activo patrimonial e igualmente los bienes muebles o inmuebles³². Aun así, cabe afirmar que la tipificación penal resultante en este ámbito distaba mucho de ser la más idónea, puesto que en realidad se estaba introduciendo en los distintos preceptos un elemento normativo que, al no ser definido a efectos penales, obligaba a tener que acudir a definiciones extrapenales que existían sobre el concepto de patrimonio público, algunas de las

se haga un uso razonable del patrimonio conforme con el objetivo presupuestado y aprobado» (p. 11), puesto que «al gestor público no se le pide sólo que no dilapide los recursos, sino que los gaste adecuadamente» (pp. 11-12).

²⁹ Vid. art. 432 CP, en su redacción original.

³⁰ Vid. art. 434 CP, en su redacción original.

³¹ Vid., art. 432 CP, apartados primero y segundo, en su redacción anterior.

³² De esta manera lo señala MIR PUIG, 2015a, p. 1461. Vid., también, CASTRO MORENO, 2015b, p. 350, quien explicitaba que «sin embargo, ello no supone un cambio sustancial respecto de la anterior regulación, ya que la expresión “patrimonio público” debe interpretarse en el mismo sentido de la anterior mención a los “caudales o efectos públicos”, cuya jurisprudencia continúa siendo válida para la definición del objeto material en la regulación actual», ya que «no en vano, la jurisprudencia venía incluyendo dentro de la mención a los caudales o efectos públicos todos los bienes muebles que se hallen integrados en el patrimonio público, sin exclusión de ninguna clase». En este sentido vid. FJ Décimo STS 21 de julio de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:5072).

cuales excluían igualmente determinados bienes de índole patrimonial³³. Por lo tanto, la supuesta mejora que pretendió llevar a cabo el legislador penal español en esta materia resultó ser técnicamente de nuevo muy mejorable, puesto que si bien era cierto que con los cambios introducidos parecía que se podían llegar a resolver determinadas cuestiones, dejaba, en cambio, otros aspectos en el aire³⁴. La doctrina especializada, volvió a criticar este error que había cometido el legislador, puesto que seguía siendo necesario reinterpretar penalmente el concepto de patrimonio público. Cabe aquí citar a MORILLAS CUEVA quien precisamente había reiterado en sucesivas ocasiones «la necesidad de crear, a través de la interpretación penal de patrimonio público, una fórmula lo suficientemente coherente cuyo alcance satisfaga los objetivos legislativos al respecto que ha de pasar por la comprensión de, por un lado, el término patrimonio -probablemente la más acertada al respecto sea la de las acepciones de la RAE “Conjunto de bienes propios adquiridos por cualquier título”- y, por otro lado, el de su carácter público (...) entendiéndose como tales los que pertenecen a la Administración Pública, en sus diversas manifestaciones -central, autonómica, municipal, etc.»³⁵.

Ahora, el legislador penal quiere poner fin a los sucesivos errores que históricamente se han producido en esta materia, introduciendo a través de la LO 14/2022 una relevante mejora técnica al respecto al definirse a efectos penales el concepto de «patrimonio público». Con ello se quiere evitar el que se lleguen a producir interpretaciones no deseables en el ámbito del objeto material de la malversación que originen, en definitiva, la exclusión penal de ciertos comportamientos en esta materia cuando éstos afecten a determinadas clases de cosas. De esta manera se justifica en el Preámbulo de la citada ley al señalarse que «se contiene una definición, a los efectos penales, de patrimonio público, con idéntica funcionalidad a la ahora desempeñada por los artículos 24 y 25»³⁶. Y es que, efectivamente, el actual art. 433 CP dispone que:

«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».

Efectivamente, con ello se está evitando el que se pueda llegar a producir cualquier tipo de laguna en la intervención penal en relación al objeto material del delito de malversación. No tenía ningún sentido el que se pudieran llegar a excluir del ámbito penal ciertas situaciones cuando éstas incidieran sobre determinados tipos de bienes,

³³ Vid., en este sentido, QUINTERO OLIVARES, 2016, p. 1426. Este era el caso, por ejemplo, del concepto de patrimonio público incluido en el art. 3 de la Ley 33/2003, de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones públicas, apartado segundo.

³⁴ Vid., en este sentido, CASTRO LIÑARES, 2016, p. 8. Vid., también, QUINTERO OLIVARES, 2016, p. 1426.

³⁵ MORILLAS CUEVA, 2020, p. 1297. Vid., en este sentido, también SANZ MULAS, 2017, pp. 5-6.

³⁶ Vid. Apartado VI del Preámbulo de la LO 14/2022, de 22 de diciembre.

puesto que también en estos casos se conculcaban los bienes jurídicos que se pretenden tutelar a través del delito. Además, ello estaría ahora en concordancia con el amplio concepto de «bienes» que se integra en la nueva Propuesta de Directiva en materia de corrupción recientemente anunciada por la UE³⁷. A este respecto entendemos que el nuevo concepto de «patrimonio público» que introduce el legislador es lo suficientemente amplio para este fin, puesto que no sólo incluye bienes sino también derechos, y todo ello desde una perspectiva económico-patrimonial. Además, esta definición permite integrar los distintos pronunciamientos judiciales que se han ido produciendo por parte de nuestro más Alto Tribunal. En este sentido, tal y como se infiere del precepto, el patrimonio tendrá la consideración de público por su pertenencia a la Administración, entendida ésta de un modo igualmente amplio³⁸, y su carácter de público seguirá viniendo determinado por su origen y destino debido, pues este precepto no invalida esta interpretación que ha estado realizando el TS hasta ahora³⁹. No olvidemos, tal y como SÁNZ MULAS recuerda, citando diversas resoluciones judiciales, que son bienes públicos «cuando pertenecen o forman parte de la Administración, tanto por haberse incorporado efectivamente al patrimonio público tras el cumplimiento de las formalidades previstas, como si una vez percibidos por un funcionario se genera el correspondiente “derecho expectante” de la Administración, aunque no se haya ingresado en la cuenta correspondiente de la misma»⁴⁰, bastando en todo caso «con la posibilidad de disposición meramente jurídica no siendo necesaria la tenencia material del patrimonio público, pues por administrar debe entenderse la capacidad para comprometer el mismo, generando obligaciones (realizar un contrato, solicitar un préstamo)», lo que significa que «no es necesario que el funcionario tenga en su poder el patrimonio público, lo decisivo es la facultad decisoria jurídica o la detención material del mismo, que permitan su disponibilidad material»⁴¹. No podemos olvidar, como señala la Fiscalía General del Estado,

³⁷ Vid. el art. 2.2 de la aludida nueva Propuesta de Directiva de la UE en materia de corrupción.

³⁸ Vid., en este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 163, quien explica que «el caudal, bien o el efecto podrán adjetivarse de públicos en virtud de su pertenencia a la Administración, teniendo también ese carácter los intereses devengados por aquellos, el dinero procedente del cobro de multas, la venta a la baja de un aprovechamiento urbanístico». Vid. FJ Segundo STS 18 de julio 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2953) en donde se señala que «los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquellos por funcionarios legitimados, sin que se precise su efectiva incorporación al erario público».

³⁹ Vid., en este sentido, el FJ Segundo STS 29 noviembre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4031), en donde se señala que «es pacífica la jurisprudencia de esta Sala que admite dos criterios para la conformación como públicos de los caudales: el de incorporación y el de destino, de modo que no se exige que los fondos se hayan incorporado formalmente en los fondos públicos, sino que se considera suficiente que se encuentren destinados a hacerlo o a satisfacer finalidades propias de los intereses colectivos que atañen a la administración». Vid., igualmente, FJ Sexto STS 15 diciembre 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5507) y también FJ Séptimo STS 7 de septiembre 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3211). Vid., GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, pp. 163-164.

⁴⁰ SANZ MULAS, 2017, p. 7.

⁴¹ SANZ MULAS, 2017, p. 10. Vid., también, GARROCHO SALCEDO, 2014, p. 272, Vid., FJ Noveno STS 16 marzo 2004 (ECLI:ES:TS:2004:1818) en donde se señala que «la pertenencia del dinero o los efectos

que el «concepto de fondos o patrimonio público debe ser interpretado instrumentalmente por referencia al ejercicio de la función pública que en la actualidad se desarrolla bajo distintas formas jurídicas»⁴².

3. La nueva estructura del delito de malversación propia del patrimonio público

La nueva reforma ha reestructurado las diferentes modalidades delictivas del delito de malversación de patrimonio público, existiendo en la actualidad tres modalidades delictivas⁴³. A su vez, se ha decidido mantener la controvertida cláusula de hiperatenuación del art. 434 CP, si bien, como veremos más adelante, se han introducido en ella importantes mejoras técnicas.

3.1. La modalidad de apropiación de fondos públicos del art. 432 CP

La primera de las modalidades se identifica con la clásica figura de la apropiación de fondos públicos, distinguiéndose a este respecto un tipo básico (apartado primero), diferentes agravaciones (en el apartado segundo) y también un tipo atenuado (en el apartado tercero).

3.1.1. El tipo básico de la apropiación (art. 432.1 CP)

Con la última reforma penal, el tenor literal del tipo básico de la modalidad de apropiación de fondos públicos, contenido en el apartado primero del art. 432 CP⁴⁴, pasa a ser muy similar al que existía en la redacción original del precepto cuando se aprobó el Código Penal de 1995. No obstante, se han introducido notables cambios que están referidos tanto a la vertiente objetiva como a la vertiente subjetiva del tipo.

Recordemos que se trata de una figura delictiva cuyos requisitos ya habían sido delimitados por nuestro TS antes de que se produjera la reforma que tuvo lugar a través de la LO 1/2015. Estos elementos eran: a) en primer lugar, «la cualidad de autoridad o funcionario público del agente, concepto suministrado por el CP, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública»; b) en segundo lugar, «una facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales públicos o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material»; c) en tercer lugar, «los caudales públicos han de gozar de la consideración

a la Administración se debe afirmar ya a partir de su recepción por el funcionario legitimado, sin que quepa exigir una efectiva incorporación al Erario público».

⁴² Vid., Decreto FGE de 25 de enero de 2023, p. 27. De esta manera lo señala también SANZ MULAS, 2017, p. 9.

⁴³ Vid., Apartado VI del Preámbulo de la LO 14/2022, de 22 de diciembre.

⁴⁴ Establece este precepto que: 1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años».

de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la administración, adscripción producida a partir de la receptación de aquellos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público»; d) en cuarto lugar, la acción consiste en sustraer -o consentir que otro sustraiga- «lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo»⁴⁵. Por tanto, cabe esperar que nuestros tribunales recuperen estos requisitos, como elementos necesarios que han de acreditarse para que se llegue a apreciar esta concreta modalidad delictiva.

No obstante, uno de los cambios que sí que ha introducido la última reforma ha sido el concerniente a la relación que debe existir entre el sujeto activo y el objeto material. Ahora, en el precepto no se dispone únicamente que la autoridad o funcionario público tenga el patrimonio público «a su cargo por razón de sus funciones» sino que se añade, a continuación, que también lo puede tener «con ocasión de las mismas». Se trata éste de un cambio que a nuestro juicio se encuentra completamente justificado en base a la polémica que se había generado respecto a la redacción original, donde sólo se exigía que la autoridad o funcionario público tuvieran los caudales o efectos públicos por razón de sus funciones. No olvidemos que este hecho había provocado, a la postre, una fuerte controversia puesto que: por un lado, para un sector mayoritario de la doctrina y también para cierto sector jurisprudencial, con la anterior redacción en realidad se estaba exigiendo que la autoridad o funcionario público tuviese una competencia específica sobre los caudales, esto es, «un deber especial de conservación, custodia o inversión para fines o en condiciones determinadas»⁴⁶; mientras que, por otro lado, nuestros tribunales, de forma mayoritaria, lo que llegaban a proponer era una interpretación distinta a la anterior, mucho más amplia, puesto que llegaron a afirmar que la expresión «por razón de sus funciones» equivalía en realidad a que el sujeto activo tuviese los caudales públicos precisamente «con ocasión de» o «en consideración a sus funciones», por lo que resultaba suficiente con «que el funcionario tuviera la disponibilidad de hecho de los caudales»⁴⁷. Además, con la nueva regulación que se aprobó a través de LO 1/2015, esta controvertida situación en nada mejoró, puesto que incluso se llegó a suprimir la

⁴⁵ Vid. FJ Quinto STS 26 abril 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1785).

⁴⁶ De esta manera lo explica MIR PUIG, 2015a, p. 1458.

⁴⁷ Vid. FJ Segundo STS 12 de junio 2007 (ECLI:ES:TS:2007:4946) en donde se señala que «la detentación y la disponibilidad material de los caudales es suficiente para configurar la exigencia legal de que los efectos hayan llegado o hayan sido manejados por el funcionario por razón de su cargo». Vid., además, FJ Segundo STS de 16 de mayo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3453) en donde se señala que es un criterio jurisprudencial consolidado el considerar que «no es requisito de este delito que el nombramiento del funcionario exprese de una manera particular que entre las funciones a desempeñar estaba la de tener a su cargo caudales o efectos públicos» Vid., igualmente, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO/PIÑOL RODRÍGUEZ, 2012, p. 261. Vid., también, GARROCHO SALCEDO, 2014, p. 271. Se explica aquí que «la tenencia de los caudales públicos del funcionario “por razón de sus funciones” es interpretada por la Jurisprudencia en sentido amplio, abarcando tanto aquellos supuestos en los que al funcionario le está atribuida la tenencia directa material de los caudales públicos -competencia específica-, como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición, material, de hecho, sobre los mismos».

relación que debía existir entre el funcionario público y el patrimonio público, lo que llevó a afirmar a MIR PUIG que bastaba, como sostenía mayoritariamente el TS, «una competencia genérica del funcionario sobre el patrimonio público», pero a su vez también llegaba a reconocer que existían argumentos para defender lo contrario, esto es, que en realidad el tipo penal estaba exigiendo «una competencia específica del funcionario sobre el patrimonio público, al remitir el art. 432.1 y 2 a los arts. 252 y 253, en que también se presupone la infracción de un deber de fidelidad»⁴⁸. No obstante, ahora, a raíz de la nueva regulación que se ha producido en esta materia con la LO 14/2022 se origina una sensible mejora al acoger nuestro legislador penal la tesis de la jurisprudencia mayoritaria, inclinándose por entender que es suficiente una competencia genérica para el funcionario o autoridad pública⁴⁹, solventándose de esta manera cualquier tipo de duda.

a) La conducta activa

En lo que respecta a la conducta activa de esta modalidad delictiva, la principal novedad respecto a la regulación original es la sustitución del anterior verbo rector «sustraer» por el verbo actual «apropiar». Se trata de otra modificación que resulta completamente lógica y entendemos que acertada, en base a distintos motivos: en primer lugar, por una interpretación sistemática con otros preceptos penales⁵⁰, ya que el verbo apropiar es el que viene empleándose en otros delitos similares al de la malversación como es el caso de la apropiación indebida del art. 253 CP – que, recordemos, dispone que: «1. Serán castigados (...) los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero»⁵¹–; en segundo lugar, porque existen razones semánticas que así lo aconsejan⁵². Así, si acudimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (en adelante RAE) el verbo apropiar es definido, en su primera acepción, como «hacer algo propio de alguien» señalándose, además, en su quinta acepción: «dicho de una persona: tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueña de ella, por lo común de propia autoridad», lo que lo acerca más a la conducta realmente castigada en esta modalidad delictiva relativa a la malversación; en tercer lugar, porque de esta manera había estado definiéndose tanto por parte de la doctrina como por parte de la jurisprudencia⁵³. No podemos olvidar que nuestro más Alto Tribunal había

⁴⁸ MIR PUIG, 2015a, p. 1454. Efectivamente, algunos autores defendieron esta interpretación amplia como ROSSO PÉREZ, 2022, p. 1.

⁴⁹ Vid., en este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 148, quien señala que el precepto «tampoco presenta cambios respecto a la clase de relación entre el sujeto activo y el objeto, que continúa exigiendo que tenga los bienes públicos “a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas”, entendida por la jurisprudencia como una mayor disponibilidad material».

⁵⁰ De esta manera lo explica GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 147.

⁵¹ Otro caso es el del art. 150 de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que castiga a «a los administradores generales y de las candidaturas, así como las personas autorizadas a disponer de la cuentas electorales, que se apropien (...) fondos».

⁵² Vid., en este sentido, ROCA AGAPITO, 2013, pp. 511-512.

⁵³ De esta manera lo señala ROCA AGAPITO, 2013, p. 511.

afirmado que «sustraer ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo»⁵⁴ y que sustraer, en realidad, equivale a «separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios»⁵⁵.

Sin embargo, recientemente y de una manera sorprendente, nuestro TS ha señalado que «los actos de manifiesta deslealtad en la administración de los fondos públicos seguirán teniendo cabida en el art. 432 CP⁵⁶». A este respecto, este órgano jurisdiccional defiende que «entender que los “tres niveles de malversación” a que se refiere la exposición de motivos, con la consiguiente reordenación de los tipos penales, ha degradado la relevancia típica de la administración desleal de los fondos públicos no puede ser aceptado», concluyendo que «de hecho, conduciría a la inadmisibile incongruencia de premiar al funcionario que administra fondos públicos frente al particular que toma decisiones sólo relevantes para un patrimonio privado». Y es que «admitir que los actos de deslealtad de una autoridad o funcionario público ya no tienen cabida en la definición de “apropiarse” y han de ser tratados con arreglo a los nuevos arts. 432 bis y 433, nos situaría en un escenario de inasumible incongruencia», puesto que «el particular que excede de la habilitación que le ha sido concedida para definir el destino de los fondos privados cuya administración le ha sido atribuida puede ser castigado con penas de hasta 8 años de prisión y la autoridad o funcionario que hace lo propio con fondos públicos puede ser premiado, en función de los casos, hasta con pena de multa»⁵⁷. Sin embargo, no nos mostramos aquí de acuerdo con el Alto Tribunal respecto a que se deba incluir en este precepto cualquier modalidad de administración desleal, puesto que con anterioridad a la reforma operada por la LO 1/2015, este tipo penal no las incluía, y al recuperar el legislador la redacción original del ilícito penal -con algunas mejoras, eso sí- no parece aquí lógico incluir este tipo de comportamientos. En cambio, sí que se tendría que haber modificado el tenor literal del precepto y mencionar no sólo la conducta de «apropiarse» sino también la de «distraer». La razón de ello es que existía una consolidada línea jurisprudencial por parte de nuestro TS en este sentido⁵⁸. Y, además, en el reciente Auto relativo al «caso procés» se ha llegado a afirmar de nuevo por parte de

⁵⁴ FJ Tercero STS 18 de febrero 2010 (ECLI:ES:TS:2010:678).

⁵⁵ FJ Primero STS 24 de noviembre 2008 (ECLI:ES:TS:2008:6358). Vid., también, FJ Segundo STS 21 mayo 2012 (ECLI:ES:TS:2012:3764), en donde se afirma que «en definitiva, se trata de conductas en las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separa de las mismas, y extrayéndolas del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga».

⁵⁶ Vid., apartado 4.4.4 en los Antecedente de Hecho ATS 13 febrero 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1228A), p. 36.

⁵⁷ Vid., apartado 4.4.4 en los Antecedentes de Hecho ATS 13 febrero 2013 (ECLI:ES:TS:2023:1228A), p. 36.

⁵⁸ Ya hemos explicado con anterioridad cómo la jurisprudencia interpretó de forma unánime que la conducta típica «sustraer» que se utilizaba en la redacción original del Código Penal equivalía a la apropiación

este órgano jurisdiccional que «el art. 432 del CP incluye en su tipicidad tanto a quien se apropia de esos fondos como a quien, quebrantando su deber de lealtad en su administración, decide darles una finalidad inequívocamente ilegal»⁵⁹. De hecho, en otros preceptos similares de nuestro Código Penal de esta manera así se hace. Por ejemplo, en el delito de apropiación indebida de fondos electorales que se contiene en el art. 150 de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que castiga a «los administradores generales y de las candidaturas, así como las personas autorizadas a disponer de las cuentas electorales, que se apropien o distraigan fondos para fines distintos a los contemplados en esta Ley (...)». Por ello, en aras de evitar cualquier tipo de duda interpretativa y dotar de una mayor seguridad a los operadores jurídicos, *de lege ferenda*, proponemos la inclusión de esta conducta en el tenor literal del actual art. 432. 1 CP.

Además, en lo concerniente al ámbito subjetivo de la modalidad activa, la reforma recupera como elemento subjetivo del injusto el «ánimo de lucro», el cual se encontraba presente en la redacción original de este precepto, sin perjuicio, por supuesto, de tener que apreciarse igualmente el dolo genérico⁶⁰. En realidad, el ánimo de lucro era un elemento especialmente controvertido a la hora de interpretarse, hasta tal punto que se llegaron a proponer distintas definiciones del mismo⁶¹: a) un *concepto económico objetivo*, «según el cual, el ánimo de lucro es una tendencia subjetiva del autor dirigida a la obtención de una ventaja patrimonial por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico»⁶²; b) un *concepto económico subjetivo* que define el ánimo de lucro como el propósito de obtener un provecho económico contemplado desde el punto de vista del agente⁶³; c) y un *concepto amplio*, seguido mayoritariamente por parte de la jurisprudencia, en el que el ánimo de lucro consistiría

sin ánimo de reintegro, apartando los bienes de su destino y también, *desviándolo del mismo*. Vid. FJ Cuarto STS 13 diciembre 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4500).

⁵⁹ Vid., apartado 4.4.4 en los Antecedentes de Hecho ATS 13 febrero 2013 (ECLI:ES:TS:2023:1228A), p. 34.

⁶⁰ Vid., GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 147, quien explica que «de suerte que la jurisprudencia ha venido exigiendo la constatación indubitada de un elemento subjetivo constituido por el dolo directo de actuar con conciencia y propósito específico» (pp. 147-148).

⁶¹ De esta manera lo señala ROCA AGAPITO, 2013, p. 518.

⁶² ROCA AGAPITO, 2013, p. 519. Continúa explicando este autor que algunos de los autores que defienden este planteamiento son «ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, FEJOO SÁNCHEZ, DE LA MATA BARRANCO». Igualmente, este autor explica que esta idea está presente en diversas sentencias judiciales. Vid., FJ Primero STS 9 de diciembre 1997 (ECLI:ES:TS:1997:7471) o el FJ Segundo STS 20 diciembre 2000 (ECLI:ES:TS:2000:9489) en donde se señala que «el ánimo de lucro es la intención del sujeto de obtener una ventaja patrimonial mediante una incorporación a su patrimonio de una cosa ajena».

⁶³ Este es el planteamiento defendido por ROCA AGAPITO, 2013, p. 519. Efectivamente, para este autor esta es la opción preferible puesto que «es preciso partir de un concepto económico de ánimo de lucro, pues un concepto muy amplio del mismo -de carácter incluso “extraeconómico”- es excesivamente vago e impreciso (no permitiría distinguir el delito de hurto del de daños y plantearía problemas también a la hora de delimitar el delito de hurto y del delito de realización arbitraria del propio derecho)» (p. 519).

en la intención del sujeto activo de obtener cualquier tipo de beneficio, ventaja, provecho o utilidad, incluida la meramente contemplativa o de ulterior beneficencia⁶⁴. Así pues, a estos efectos, lo que cabe esperar es que nuestros tribunales sigan interpretando ahora este elemento como lo hacían con anterioridad, esto es, como señala el TS «conforme a la jurisprudencia reiterada de esta Sala para otros delitos también patrimoniales (hurtos, robos, estafas), en un sentido amplio, que comprende cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que pueda recibir el propio autor del delito o un tercero»⁶⁵, una línea jurisprudencial consolidada a lo largo de los años que llegó a afirmar igualmente que el ánimo de lucro «se identifica, como en los restantes delitos de apropiación, con el *animus rem sibi habendi*, que no exige necesariamente enriquecimiento, sino, (...) que es suficiente con que el autor haya querido tener los objetos anejos bajo su personal dominio (..), bien entendido que el tipo no exige como elemento del mismo el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existe aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero»⁶⁶. Y, efectivamente, esta parece que va a ser la línea interpretativa que va a seguir defendiendo nuestro más Alto Tribunal, puesto que en el reciente ATS se señala que «el concepto de ánimo de lucro no puede obtenerse mediante su identificación con el propósito de enriquecimiento»⁶⁷, llegándose a respaldar en anteriores resoluciones de este órgano jurisdiccional en las que se llegaba a afirmar que «la jurisprudencia viene sosteniendo, desde hace más de medio siglo, que el propósito de enriquecimiento no es el único posible para la realización del tipo de los delitos de apropiación», argumentándose en este sentido que «en particular el delito de malversación es claro que no puede ser de otra manera, dado que el tipo penal no requiere el enriquecimiento del autor sino, en todo caso, la disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a éstos»⁶⁸. Además, hay que tener presente que no desaparece este «*animus rem sibi habendi*» aunque la apropiación se haya realizado para dar la cosa a otra persona⁶⁹, estando por ver, como algunos autores llegaron a señalar, si es necesario un perjuicio para la administración⁷⁰. No obstante, habrá también que esperar a ver cómo nuestros tribunales resuelven determinados supuestos en los que la doctrina excluía el delito de malversación

⁶⁴ Vid., ROCA AGAPITO, 2013, p. 518, quien señala que «así lo concibe, entre otros, MUÑOZ CUESTA en referencia específica al delito de malversación».

⁶⁵ FJ Décimo Octavo STS 29 de julio de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:8421). Vid., también, FJ Quinto STS de 11 de octubre 1999 (ECLI:ES:TS:1999:6256).

⁶⁶ FJ Octavo STS de 22 mayo 2008 (ECLI:ES:TS:2008:3137) y, también, FJ Tercero 29 diciembre 2009 (ECLI:ES:TS:2009:8323).

⁶⁷ Vid., apartado 4.4.4 en los Antecedentes de Hecho ATS 13 febrero 2013 (ECLI:ES:TS:2023:1228A), p. 35.

⁶⁸ FJ Segundo STS 17 de noviembre 2003 (ECLI:ES:TS:2003:7237).

⁶⁹ Vid., en este sentido, MIR PUIG, 2011, p. 94.

⁷⁰ Vid., en este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 147.

por exigirse precisamente este elemento subjetivo del injusto⁷¹, lo que provocó que algún autor sugiriera la posible supresión del mismo⁷².

En otro orden de las cosas, al mantenerse la redacción original de esta concreta modalidad delictiva, la consumación del delito se producirá, tal y como venía siendo señalado tradicionalmente tanto por doctrina⁷³ como por la jurisprudencia del TS, con la sola realidad dispositiva de los caudales públicos⁷⁴, siendo posible la tentativa⁷⁵.

b) La conducta pasiva

En lo concerniente a la conducta omisiva de la modalidad delictiva relativa a la apropiación de fondos públicos, ésta consiste en «consentir que un tercero se apropie del patrimonio público». La doctrina señalaba, con acierto, que el castigo de esta segunda conducta delictiva tiene como fundamento el poder hacer responsable al funcionario de forma autónoma por este tipo de comportamiento, evitándose de este modo el tener que utilizarse la figura del partícipe de una sustracción ajena, lo que provocaría que se le llegasen a aplicar las reglas generales de participación, obteniendo de este modo un tratamiento penológico privilegiado⁷⁶, nada deseable.

Ahora, empero, a diferencia de la redacción original, el verbo rector también ha sido actualizado, sustituyéndose el verbo rector «sustraer» por el de «apropiar». Se vuelve, por tanto, a castigar una conducta de comisión por omisión, imputándose a la autoridad o funcionario, no un resultado lesivo que él haya directamente ocasionado, sino un comportamiento delictivo de una tercera persona que él no ha llegado a evitar. Y es que, en este ámbito, al sujeto activo se le está atribuyendo un especial

⁷¹ ROCA AGAPITO, 2013, p. 520. En este sentido este autor pone como ejemplos «el supuesto de un funcionario que se apropia de unos caudales públicos cuando actúe con la intención de hacerse pago de una deuda que la Administración tenga con él, pues la intención de cobrarse lo que se le debe excluye el ánimo de lucro», y también «aquellos casos en los que el funcionario crea erróneamente que falte tal ánimo de lucro, aunque dicho error sea vencible, excluyen la responsabilidad del funcionario por malversación» y, por último, «en tercer lugar, cabe señalar (...) aquellas conductas de destrucción de caudales o efectos públicos, puesto que en ellas no está presente normalmente un ánimo de lucro, y tampoco son susceptibles de ser calificadas como malversación». Vid., también SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO/ PIÑOL RODRÍGUEZ, 2012, p. 262.

⁷² ROCA AGAPITO, 2013, p. 520.

⁷³ Vid., GARCÍA-BERRO MONTILLA, 2018, pp. 1-2. Vid., en este sentido, MIR PUIG, 2011, pp. 941-942.

⁷⁴ Vid. FJ Décimo STS 7 de marzo 2003 (ECLI:ES:TS:2003:1547), en donde se señala que «la acción de malversar se consume cuando se realiza el acto de disposición que genera la disposición de los fondos públicos para una determinada operación». Vid., igualmente, FJ Segundo STS 6 de mayo 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2348) en donde se llega a afirmar que «el tipo penal se consume, pues, con la sola realidad dispositiva de los caudales por parte del agente, ya sea por disposición de hecho, ya sea por disposición de derecho, por lo cual no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales o efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al Cuerpo u Organismo al que pertenezca, sino que basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realizase el sujeto como elemento integrante del órgano público».

⁷⁵ MIR PUIG, 2011, p. 942.

⁷⁶ De esta manera lo señala MIR PUIG, 2011, p. 942.

deber jurídico de garante sobre el patrimonio público que tiene bajo custodia, resultando castigado en caso de consentir⁷⁷ una apropiación del mismo por parte de un tercero⁷⁸, sin perjuicio naturalmente de la responsabilidad penal que corresponda a este último⁷⁹. De este modo lo habían llegado a señalar nuestros tribunales al afirmar que se trataba de «una conducta omisiva, consentir que otro sustraiga, (...) de manera que el tipo objetivo se completa con la mera omisión de las cautelas obligadas por parte de quien tiene la responsabilidad del depósito, custodia o administración de los caudales públicos, siempre que de ella se desprenda la sustracción del tercero»⁸⁰.

Además, en lo que respecta a la vertiente subjetiva, nuestro TS también ha llegado a señalar que «el dolo de la forma omisiva del delito se define por el conocimiento del peligro de sustracción y de los medios para impedirlo»⁸¹, por lo que para apreciar esta conducta omisiva «es preciso el conocimiento de la existencia de la sustracción, o al menos de la alta probabilidad de que se produzca» y «en este sentido, el abandono de las debidas cautelas, necesarias para la custodia de los caudales, ha de ser valorada»⁸². Así, cabe señalar que también se ha admitido por parte del Alto Tribunal para esta modalidad de comisión por omisión la figura del dolo eventual⁸³. Además, la acción típica de consentir la sustracción por un tercero requiere el ánimo de lucro de éste, no del que consiente⁸⁴, lo que podría originar, así señalado por la doctrina, la exclusión de ciertos comportamientos⁸⁵. E igualmente, a diferencia de lo que contemplaba el Código penal de 1973⁸⁶, se sigue admitiendo únicamente aquí la forma

⁷⁷ Vid., en este sentido, ROCA AGAPITO, 2013, p. 515, quien explica que «el consentir consiste en la simple omisión del deber de custodia de los caudales puestos a cargo del funcionario, con independencia de que tal comportamiento vaya acompañado o no con actos positivos de favorecimiento de la sustracción».

⁷⁸ Vid., GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 148. Vid., también, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO/PIÑOL RODRÍGUEZ, 2012, p. 261.

⁷⁹ Vid., en este sentido, GARROCHO SALCEDO, 2014, p. 271.

⁸⁰ FJ Primero STS 14 marzo 2007 (ECLI:ES:TS:2007:1803). Vid., FJ Noveno STS 21 julio 2005 (ECLI:ES:TS:2005:5072) en donde se afirma que «la segunda modalidad comisiva, constituye una conducta dolosa de omisión impropia, por cuanto por específica obligación legal el funcionario está obligado a evitar el resultado lesivo contra el patrimonio público, pues el ordenamiento jurídico no sólo espera del funcionario el cumplimiento de sus deberes específicos, sino que lo coloca en posición de garante, por lo que debe evitar el resultado».

⁸¹ FJ Único STS 2 febrero 2002 (ECLI:ES:TS:2002:625).

⁸² FJ Primero STS 14 marzo 2007 (ECLI:ES:TS:2007:1803).

⁸³ Cuestión ampliamente tratada en DOLZ LAGO, 2022.

⁸⁴ Vid., FJ Noveno STS 7 de febrero 2007 (ECLI:ES:TS:2007:684), en donde se afirma que «la acción típica de consentir la sustracción por un tercero requiere el ánimo de lucro de éste, no del que consiente, de manera que en este caso, el elemento subjetivo del injusto se satisface respecto al consentidor del ilícito apoderamiento con el conocimiento del hecho y la libre decisión de tolerarlo», razonándose al respecto que «tal interpretación viene corroborada, además, por la literalidad del precepto, por la exégesis que nos brinda el art. 434 cuando al describir otra modalidad de malversación consistente en dar una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles públicos, dispone que el autor actúe con ánimo de lucro “propio o ajeno”».

⁸⁵ Vid., en este sentido, ROCA AGAPITO, 2013, p. 520, quien ponía como ejemplos la realización de ciertas conductas por parte de terceros en los que difícilmente podría llegar a apreciarse el ánimo de lucro «bien porque el sujeto actúe con ánimo de hacerse pago, o bien porque actúe únicamente con animus damnandi».

⁸⁶ Efectivamente, en el art. 395 del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre se disponía que: «el funcionario que

dolosa, por lo que un error de tipo vencible provoca la impunidad del comportamiento⁸⁷. Por lo tanto, si el funcionario o autoridad ignorase la apropiación, al no castigarse la imprudencia, la autoridad o funcionario no llegaría a cometer este delito⁸⁸. En este sentido, cabe preguntarnos, si esta es la decisión más adecuada, dada la especial protección que nuestro ordenamiento jurídico debe proporcionar a la gestión del patrimonio público y dado que la realidad muestra que este tipo de situaciones se han ido produciendo con asiduidad en nuestro país⁸⁹. De hecho, creemos que *de lege ferenda* debería incluirse el castigo de este tipo de comportamiento cuando la autoridad o funcionario público actúen por imprudencia grave y esto provoque la sustracción del patrimonio público por parte de un tercero. Y todo ello, para dar un paso más en la lucha contra la corrupción en nuestro país.

3.1.2. Agravaciones de la apropiación (art. 432.2 CP)

Las anteriores conductas delictivas pueden ser objeto de agravación en caso de darse cualquiera de los supuestos contemplados en el apartado segundo del art. 432 CP. La novedad más destacada aquí ha sido que a través de la LO 14/2022 se ha recuperado una agravante que había desaparecido con la anterior reforma.

Así, la agravación contenida en la letra a) del apartado segundo del art. 432 CP hace mención al supuesto en el que con la apropiación delictiva de fondos públicos «se hubiera causado un daño o entorpecimiento graves al servicio público»⁹⁰. Se trata de dos supuestos que se encuentran completamente diferenciados a raíz de la reforma que en este ámbito se produjo por la LO 1/2015 y que llegó a solventar las problemáticas que se producían con la redacción original⁹¹. No obstante, a raíz de la última reforma penal, sí que se produce una mejora técnica respecto a la anterior regulación puesto que ahora el vocablo «grave» se sitúa justo detrás de la palabra «entorpeci-

por abandono o negligencia inexcusables diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales públicos de que se trata en los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo anterior, incurrirá en la pena de multa al tanto del valor de los caudales o efectos sustraídos, sin que pueda bajar de 100.000 pesetas. Si el funcionario culpable reintegrare antes del juicio dichos caudales o efectos, o con sus gestiones se lograre el reintegro, la pena será la de represión pública».

⁸⁷ Vid., en este sentido, CASTRO MORENO, 2015b, p. 354.

⁸⁸ En este sentido, lo señala también MIR PUIG, 2011, p. 942.

⁸⁹ Coincidimos de esta manera con MANZANARES SAMANIEGO, 2013, p. 2, quien indica que la eliminación de la modalidad imprudente se pudo deber al principio de intervención mínima, cuestionándose este autor, no obstante, «que tal decisión haya sido correcta tratándose de conductas cuya proliferación pone en peligro la propia existencia del Estado Social y Democrático de Derecho».

⁹⁰ Vid., GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 149, quien señala que esta agravación «viene determinada por la especial gravedad de la malversación».

⁹¹ Vid., en este sentido CASTRO MORENO, 2015b, p. 354, quien señala que «la nueva redacción de los delitos mantiene la agravación por causación de un grave daño o entorpecimiento al servicio público (art. 432.3, letra a)], cuya autonomía respecto de otros criterios agravatorios es ahora clara, al estar prevista en un apartado separado y sustituirse la antigua conjunción copulativa “y” por la actual disyuntiva “o”», explicándose que «se supera así la anterior discusión sobre si la aplicación del tipo agravado por la especial gravedad debía suponer la apreciación conjunta de los dos criterios del valor de las cantidades sustraídas y del referido daño o entorpecimiento».

miento», utilizándose además el plural, por lo que es necesario que la conducta malversadora tenga cierta transcendencia o entidad tanto para el caso en que se haya producido un daño al servicio público como para el supuesto de que se haya ocasionado un entorpecimiento al mismo⁹². A este respecto, coincidimos con GONZÁLEZ CUSSAC cuando argumenta que «se infiere la impunidad de las desviaciones con un impacto leve en el funcionamiento del servicio, lo que obligará a evaluar ese impacto en cada caso y a que la acusación demuestre el nivel exigido en el tipo de afectación»⁹³.

Como hemos señalado, el primer supuesto para apreciar esta agravante está referido a la causación de un daño grave al servicio público. En relación a ello, son varias las interpretaciones que se han ido realizando. Así, GONZÁLEZ CUSSAC indica que «su evaluación se halla desconectada del valor de las cantidades apropiadas, salvo que al ser excesivas siempre se calificará de grave daño»⁹⁴. Y GARROCHO SALCEDO, basándose en pronunciamientos judiciales «indica que habrá daño cuando el servicio público se resienta en su prestigio o en su propia organización», exigiéndose su prueba en el juicio⁹⁵. Por su parte, ROCA AGAPITO afirma que «el daño es equivalente a una lesión más o menos duradera o definitiva»⁹⁶. En nuestra opinión, integrando los pronunciamientos que ha realizado el TS y el propio significado del término, entendemos que esta situación agravada se apreciará cuando con la realización del comportamiento por parte de la autoridad o funcionario público se llega a crear un perjuicio de carácter duradero o definitivo en el prestigio o en la organización de un servicio público. En el segundo supuesto se alude, en cambio, a un entorpecimiento grave al servicio público. La doctrina ha identificado tradicionalmente que esta situación se llega a producir en casos de retrasos en la prestación de los servicios a los que están asignados los caudales o directamente la no prestación de los mismos⁹⁷, e incluso se ha llegado a identificar no con meros retrasos sino con la entidad del perjuicio al funcionamiento de la prestación⁹⁸. No obstante, la jurisprudencia por su parte inicialmente había considerado que había «entorpecimiento en aquellos casos en los que se retrase o dificulte el servicio de la entidad pública»⁹⁹.

⁹² De esta manera lo señala también GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 149.

⁹³ GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 161.

⁹⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 149.

⁹⁵ Vid., GARROCHO SALCEDO, 2014, p. 273. Vid., MUÑOZ CUESTA, 2012b, p. 289.

⁹⁶ ROCA AGAPITO, 2013, p. 524.

⁹⁷ Vid., ROCA AGAPITO, 2013, p. 524, quien identifica «el entorpecimiento con un retraso en la prestación de los servicios a los que están asignados los caudales y que la Administración debe llevar a cabo». Vid., también, MUÑOZ CUESTA, 2012b, p. 289, quien advierte que habrá «entorpecimiento cuando se retrasa o dificulta el servicio o incluso no se presta». Añade este autor, además, que «en el concepto de entorpecimiento público se deben incluir no sólo su funcionamiento dentro de ciertas pautas de suficiencia, sino su desarrollo ajustado a la Ley y a los reglamentos, evaluándose el daño o entorpecimiento con baremos ajenos a los económicos, pues, de otra forma se valoraría indebidamente en su doble aspecto la transcendencia económica de la malversación» (p. 290).

⁹⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 149.

⁹⁹ STS 2730/1993, 24 noviembre 1993 (sin ECLI).

exigiéndose, en todo caso, su prueba en el juicio¹⁰⁰-, y con posterioridad, en cambio, llegó a interpretar que «en cuanto al entorpecimiento, existe cuando se dificulta de modo grave, y no meramente se retrasa, el ejercicio de las funciones del órgano administrativo afectado»¹⁰¹. Una dificultad, entendemos nosotros, que tendrá que ser de una duración extendida.

En relación a la cuantía apropiada, el legislador sigue contemplando, por un lado, una agravación cuando «el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere los 50.000 euros» -letra b) del apartado segundo del art. 432 CP- y, por otro lado, una hiperagravación que obliga a imponer la pena de prisión en su mitad superior – o incluso permite imponer la superior en grado «si el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 250.000 euros» - párrafo segundo del apartado segundo del art. 432 CP-. Se trata de unas cantidades que fueron ya establecidas con la reforma del delito de malversación de patrimonio público llevada a cabo por la LO 1/2015¹⁰². La novedad ahora está en la sustitución de la expresión «bienes o efectos apropiados» que se usaba con anterioridad, por la expresión actual de «patrimonio público». Con ello, acertadamente, el legislador adecuó el precepto al objeto material del delito¹⁰³.

La última de las agravaciones se produciría en caso de que «las cosas malversadas fueran de valor artístico, histórico, cultural o científico» o «si se trata de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública» -letra c) del apartado segundo del art. 432 CP-. De este modo, el legislador reestablece una agravación que ya existía en la redacción original del Código Penal de 1995, pero que fue inexplicablemente suprimida tras la reforma que sufrió el delito con la LO 1/2015¹⁰⁴. La doctrina llegó a sugerir que ello se debió a que los dos supuestos que esta agravación recogía podían quedar integrados a través de las otras agravaciones¹⁰⁵, un argumento éste que desde nuestro punto de vista no resultaba técnicamente aceptable, puesto que ello suponía

¹⁰⁰ GARROCHO SALCEDO, 2014, p. 273. Vid., en este sentido, STS 337/1995, 10 marzo 1995 (sin ECLI).

¹⁰¹ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO/PIÑOL RODRÍGUEZ, 2012, p. 262. Vid., en este sentido, STS 1 julio 2003 (ECLI:ES:TS:2003:4599).

¹⁰² Vid., en este sentido CASTRO MORENO, 2015b, p. 355, quien explica que «la nueva redacción, con acierto, cifra dicho valor en importes superiores a 50.000 euros y a 250.000 euros, en coherencia con lo que sucede en otros tipos agravados patrimoniales como la estafa, la administración desleal o la apropiación indebida (art. 250.1.5º y 250.2 *in fine*) o el alzamiento de bienes (art. 257. 4º)», concluyéndose que «se gana en seguridad jurídica frente a la indeterminación de la anterior regulación, aunque en la práctica, la cantidad a partir de la cual solía apreciarse la especial gravedad antes de la reforma, no suele apreciarse por debajo de las cifras que determinaban la aplicación de las defraudaciones agravadas por razón de la cuantía en el ámbito de las defraudaciones patrimoniales».

¹⁰³ CASTRO MORENO, 2015b, p. 355.

¹⁰⁴ Vid., QUINTERO OLIVARES, 2016, p. 1426. Vid., igualmente, SANZ MULAS, 2017, p. 16.

¹⁰⁵ En este sentido lo señala CASTRO MORENO, 2015b, p. 356, quien explica que «hay que tener en cuenta que el alivio de calamidades públicas bien puede interpretarse sin esfuerzo como la prestación de un importante servicio público y que, la sustracción de bienes destinados a su alivio, si produce un grave quebranto en el mismo, ya podrán agravarse por la vía de la modalidad de grave daño o entorpecimiento al servicio público».

que los jueces y tribunales tuvieran que realizar una interpretación muy forzada de la ley.

Con la nueva reforma, el primero de los supuestos aquí recogido hace alusión al valor artístico, histórico, cultural o científico del patrimonio público malversado. Se trata de una agravante que ya se encuentra recogida en otros delitos de nuestro ordenamiento jurídico tales como el hurto -en el art. 235.1, 1º CP- o la estafa -en el art. 250.1, 3º CP-, lo que permite realizar una interpretación sistemática de este precepto con aquellos¹⁰⁶. Conviene, no obstante, señalar una importante mejora técnica introducida, puesto que en la redacción original se llegaba a exigir la «declaración» del valor histórico o artístico de las cosas malversadas. Y, precisamente, este hecho originó que surgieran distintos planteamientos doctrinales a la hora de interpretar el precepto¹⁰⁷: de esta manera, un sector doctrinal, se decantó por un criterio de naturaleza material o real, que atendía al valor intrínseco del objeto; en cambio, otro sector de la doctrina, con mejor criterio, consideraba que había que atender a un criterio formal¹⁰⁸, lo que implicaba la necesidad de que existiera una disposición normativa que declarara que el objeto u objetos tenían tal carácter, por ejemplo, a través de la Ley del Patrimonio Histórico Español¹⁰⁹, pero ello ocasionaba, lógicamente, una reducción de la aplicación de esta agravación. En nuestra opinión, no resultaba lógico el mantenimiento de este requisito, puesto que ello difería respecto de lo dispuesto en otros preceptos penales que contemplaban una agravante por este mismo motivo¹¹⁰. Ahora, con la nueva redacción del precepto, se consigue enmendar este error, lo que permitirá que esta agravante sea aplicada en mayor medida en la praxis judicial.

El segundo de los supuestos está referido a la apropiación de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública. Para la doctrina era una agravante que se encontraba completamente justificada. De esta manera, ROCA AGAPITO llegaba a señalar un doble fundamento axiológico de la misma: por un lado, la mayor pena vendría justificada por «la obstaculización que puede ocasionarse a la ayuda destinada a una pluralidad de personas afectadas por algún tipo de desastre grave»; y, por otro lado, por «el desprecio e indiferencia del agente hacia esa situación de necesidad y penuria en la que se encuentran aquéllas»¹¹¹. Así, a la hora de realizar su exégesis, son varios los elementos que tenemos que tener en cuenta: a) por un lado, la utilización aquí por parte del legislador español de la expresión «efectos», en lugar de «patrimonio público», lo que hace pensar en una posible restricción en el objeto material si pensamos en el significado que esta expresión había llegado a tener tradicionalmente¹¹²;

¹⁰⁶ De esta manera lo señala también GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 150.

¹⁰⁷ Vid., en este sentido, ROCA AGAPITO, 2013, p. 524.

¹⁰⁸ ROCA AGAPITO, 2013, p. 524.

¹⁰⁹ De este modo lo señalaban SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO/PIÑOL RODRÍGUEZ, 2012, p. 262.

¹¹⁰ De esta manera lo señala también GARROCHO SALCEDO, 2014, p. 273.

¹¹¹ ROCA AGAPITO, 2013, p. 525. Vid., en este sentido, GARROCHO SALCEDO, 2014, p. 273.

¹¹² Vid., a este respecto, MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, 2012, pp. 276-277, quienes señalan

b) el significado del concepto de «calamidad pública», vinculado por la doctrina a la existencia de una situación de desgracia para muchas personas, disponiéndose efectos destinados a auxiliarlas¹¹³. Efectivamente, esta entendemos que sería la interpretación más acorde si observamos la acepción primera de la palabra calamidad en la RAE, referida a «desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas», y también de público, que en su primera acepción hace referencia a «notorio o patente».

3.1.3. El subtipo atenuado de la apropiación (art. 432. 3 CP)

El legislador español ha decidido trasladar el subtipo atenuado del anterior art. 433 CP al ámbito de la malversación por apropiación de fondos públicos, estableciendo esta cláusula en el apartado tercero del art. 432 CP¹¹⁴, modificándose, eso sí, la redacción relativa a su objeto material. En este sentido, la anterior expresión, «cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados»¹¹⁵, es sustituida ahora por «cuando el perjuicio causado o el valor del patrimonio público», produciéndose, por ende, la oportuna actualización. Si bien es cierto que en la actualidad este precepto vuelve a poder ser únicamente aplicado a la modalidad de apropiación de fondos del art. 432 CP, excluyéndose, en consecuencia, la modalidad de malversación de uso del art. 432 bis CP y también de la nueva modalidad de malversación contenida en el art. 433 CP¹¹⁶. Las penas, sin embargo, se mantienen conforme estaban establecidas en la regulación anterior.

3.2. *La modalidad de uso temporal de patrimonio público regulada en el art. 432 bis CP*

El actual art. 432 bis CP¹¹⁷ también vuelve a reintroducir la tradicional figura de

que «la referencia a los “efectos” destinados a aliviar alguna calamidad pública excluye la aplicación de la agravante sobre sustracciones de dinero presupuestado para tales fines, comprendiéndose pues, únicamente, los casos en que dicho dinero (o cualquier otro canalizado a través de la Administración Pública) haya sido transformado en bienes concretos (de otra opinión, favorable de la parificación de los términos caudales o efectos, ROCA AGAPITO); y ello es así, no tanto por el grado de reproche que pudiera derivarse de tan noble fin, cuanto por la mayor dificultad de restitución de los bienes, una vez reunidos, sobre aquél». Vid., también, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO/PIÑOL RODRÍGUEZ, 2012, p. 263.

¹¹³ ROCA AGAPITO, 2013, p. 524.

¹¹⁴ Se dispone en este tipo penal que «3. Los hechos a que se refiere el presente artículo serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor del patrimonio público sea inferior a 4.000 euros».

¹¹⁵ CASTRO MORENO, 2015c, p. 357. Se explica aquí que «la conjunción disyuntiva empleada por el precepto da pie a interpretar que la atenuación opera porque el perjuicio causado “o” el valor de los bienes apropiados -cualquiera de los dos-, no alcance los 4.000 euros».

¹¹⁶ Ello contrasta con lo que sucedía anteriormente. Vid., en este sentido, MIR PUIG, 2015a, p. 1468, quien explicaba que tras la reforma que se produjo sobre el delito de malversación de patrimonio público en el año 2015, esta atenuación se refería «a las dos modalidades del artículo anterior (malversación como administración desleal, y malversación apropiatoria), cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros».

¹¹⁷ Establece este precepto ahora que:

malversación de uso. Ello se hace, según se señala en el Preámbulo de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, con objeto de «recuperar nuestro clásico sistema legal y a la vez volver a compartir una regulación similar a la de Francia, Italia y Portugal»¹¹⁸. En realidad, se trataba ésta de una modalidad delictiva un tanto controvertida, siendo, a este respecto, pertinente recordar las enormes dificultades que existieron en su día para poder diferenciar esta figura delictiva respecto de la modalidad apropiatoria¹¹⁹. Y es que incluso la propia jurisprudencia se mostró vacilante en relación a esta materia¹²⁰.

Así, en primer lugar, se ha sustituido la expresión que se utilizaba en la redacción original del Código Penal «destinare a usos ajenos a la función pública» por «destinarse a usos privados». En este sentido, el verbo rector utilizado «destinar» ya fue objeto de interpretación por parte de la doctrina en su día. Para ROCA AGAPITO, con esta expresión el legislador se estaba refiriendo a «aquel comportamiento a través del cual un funcionario público, valiéndose de medios de apropiación (ya que los caudales públicos se encuentran a su cargo por razón de sus funciones), usa indebidamente (bien porque carezca de autorización, bien porque sea ilegal dicha autorización, o bien porque se exceda de la autorización válidamente otorgada por disposición legal o por persona facultada para ello) los caudales o efectos públicos sin intención de apropiárselos (ausencia de intención de privar a la Administración de las facultades inherentes al dominio, que es la intención propia de la modalidad apropiatoria prevista en el artículo anterior, sino sólo la posesión y facultades de uso del bien público) y con ánimo de restituirlos, separándolos o apartándolos del ámbito

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

¹¹⁸ Vid. Apartado VI del Preámbulo de la LO 14/2022, de 22 de diciembre.

¹¹⁹ Vid., en este sentido, MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, 2012, p. 278. Vid., igualmente, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO/PIÑOL RODRÍGUEZ, 2012, p. 263.

¹²⁰ ROCA AGAPITO, 2013, p. 530. Continúa explicando este autor aquí que «algunas resoluciones han sido partidarias de entender esta disposición como una imposición ope legis de la existencia de un ánimo de apropiación si falta el reintegro». Se cita a este respecto la STS 24 febrero 1995 (ECLI:ES:TS:1995:1110). E, inversamente, continúa explicando este autor, «en otras SSTs, en caso de reintegro, se presume iuris et de iure, la existencia de ánimo de uso temporal, al identificar esta intención con el reintegro», mencionándose aquí la STS 12 enero 1990 (ECLI:ES:TS:1990:110) y la STS 18 noviembre 1992 (ECLI:ES:TS:1992:8531) (p. 530). No obstante, tal y como este autor llega a reconocer «la Jurisprudencia mayoritariamente, aunque con excepciones, entiende que en caso del no reintegro de los caudales no se ve alterada la naturaleza de la conducta, sino que únicamente se produce una remisión penológica al art. 432» (p. 530). Así, entre otras, en el FJ Segundo STS 6 de junio de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:9745) se afirma que «si tal reintegro no se efectúa, las penas son las correspondientes al delito previsto y penado en el art. 394; sin que el simple hecho del reintegro o no implique la modificación del núcleo del tipo y consecuentemente el cambio de naturaleza jurídica de la infracción (lo que conculcaría los principios esenciales y rectores del Derecho Penal), sino una simple remisión a efectos penológicos por puras razones utilitarias (como estímulo o aliciente al reintegro) y sin que a esta Sala corresponda en forma alguna hacer una crítica del sistema, que aplicado automáticamente y en ocasiones, puede conducir a resultados contrarios a una verdadera justicia material».

público en que se encontraban»¹²¹. Lo cierto es que este tipo de comportamiento fue considerado por parte tanto de doctrina como de jurisprudencia como de distracción¹²². A la hora de definirla, si acudimos a la RAE, como el verbo «destinar» es definido en su primera acepción como «ordenar, señalar o determinar algo para algún fin o efecto», esto nos lleva a entender que lo que se está castigando aquí es el utilizar el patrimonio público para un fin privado -puesto que el verbo «utilizar» en su primera acepción de la RAE es definido como «hacer que algo sirva para un fin», lo que supone un significado muy similar a «destinar»-. Y ello ha de hacerse de una forma temporal -connotación con la que se identifican precisamente los verbos «utilizar» o «usar»- contrapuestos completamente con el verbo «apropiar», que viene a tener un significado completamente distinto, al definirse éste en su quinta acepción de la RAE como «tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueña de ella, por lo común de propia autoridad», lo que implica un carácter permanente-. De hecho, esta interpretación está ahora de forma explícita contenida en el texto legal penal, puesto que en el art. 432 bis se señala que la conducta ha de realizarse sin ánimo de apropiarse el patrimonio público. Además, en otro orden de las cosas, se produce la sustitución de la expresión «usos ajenos a la función pública» por «privados», lo que resulta también desde todo punto de visto algo lógico. Puesto que, si la utilización del patrimonio público es distante a la función pública, no cabe otra que entender que dicho uso puede ser únicamente de carácter o naturaleza privada¹²³. Esta es precisamente la interpretación que, por supuesto, ha realizado recientemente la Fiscalía General del Estado señalando que «antes de la reforma de 2015 el art. 432 CP sancionaba el hecho de ofrecer una aplicación privada de carácter provisional a los fondos o bienes, distrayéndolos temporalmente de la función pública que les resultare propia»¹²⁴.

En segundo lugar, como ocurre en la modalidad de apropiación, también aquí se ha añadido que el patrimonio público no sólo es puesto a cargo de la autoridad o

¹²¹ ROCA AGAPITO, 2013, p. 526.

¹²² De esta manera lo señala GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, pp. 150-151. Continúa explicando este autor que en este mismo sentido se pronunció la jurisprudencia al insistir en que el comportamiento típico es de mera distracción (p. 151) razonándose que «en efecto, de él se deriva que el tipo del párrafo primero, y su correlativa pena, están pensados para el funcionario que utiliza, pero devuelve los efectos a su cargo; mientras que el que se lo queda para sí, y no precediendo al reintegro, entonces la conducta queda embebida en el art. 432» (p. 151), por lo que «si el reintegro es presupuesto esencial del delito, ello es síntoma inequívoco de que éste, el del artículo 432 bis, ha sido concebido con la exclusiva finalidad de incriminar las conductas de uso indebido por un cierto tiempo» (pp. 151-152). Efectivamente, vid., a este respecto, FJ Segundo de la STS 6 de junio de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:9745) en donde se señala que se trata de «un comportamiento de simple “distracción”, por cuanto el funcionario aplica los caudales públicos a su cargo a usos propios o ajenos sin “ánimo de lucro” (en el sentido propio de esta expresión de apropiación definitiva), sino con intención de simple “uso” (análogo al hurto de uso que se contempla en otros supuestos)».

¹²³ De hecho, así fue entendido por MIR PUIG, 2011, p. 947, quien para la regulación existente antes del año 2015 afirmó que los «usos ajenos a la función pública serán aquellos que no tienen tal naturaleza, es decir, privados», no pudiéndose incluir «en este precepto penal aquel uso afecto a una finalidad pública pero diversa de la inicialmente prevista, ya que dicha conducta, prevista en el art. 397 CP 1973, ha dejado de mencionarse en el actual CP, pudiendo sólo constituir una infracción disciplinaria o una responsabilidad contable».

¹²⁴ Vid., Decreto FGE de 25 de enero de 2023, p. 19.

funcionario público «por razón de sus funciones» sino igualmente «o con ocasión de las mismas». Ello implica, como ya hemos visto, que la autoridad o funcionario público no necesite ostentar una competencia específica sobre el patrimonio público, sino que bastará con una competencia genérica sobre éste.

En tercer lugar, se ha incorporado como adelantábamos expresamente el elemento subjetivo del injusto «sin ánimo de apropiárselo», lo cual no se contenía en la redacción original de esta modalidad delictiva del delito de malversación, un requisito éste que tiene que apreciarse por parte de nuestros tribunales de justicia junto con el genérico dolo. Con ello, el legislador soslaya cualquier tipo de duda que pudiera existir en la interpretación del precepto, plasmando, además, sobre la normativa la interpretación mayoritaria jurisprudencial que se había realizado sobre esta modalidad de malversación de uso¹²⁵ al venirse exigiendo el conocido como «*animus utendi*»¹²⁶. Ello implica, tal y como señalaba MIR PUIG, que «si en el momento de apropiarse los caudales el sujeto activo tiene la intención de apropiárselos definitivamente y ello resulta probado -así, los indicios de apropiación definitiva son la reiteración, la contumacia de situación duradera de la apropiación, la cuantía excesiva que muestra la continuidad y pronostica la difícil restitución (...)-, el que los reponga en el plazo legal es irrelevante, debiéndose aplicar el art. 432 y no el art. 433»¹²⁷, sin perjuicio eso sí, de la eventual aplicación de una atenuante de reparación o disminución del daño del art. 21.5.^a CP por la restitución de los caudales, que puede llegar a ser muy cualificada»¹²⁸.

Por último, es necesario tener presente que aparte de tener que apreciarse un *animus utendi* por parte del sujeto activo, resulta igualmente necesario que se acredite la reintegración «de los mismos elementos del patrimonio público distraídos dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso». Lo que se persigue con ello no es otra cosa que la pronta restitución del patrimonio público¹²⁹. En caso de no hacerse esta devolución, se castigará el comportamiento agravándose la conducta e imponiéndose las mismas penas que se contemplan en la modalidad de apropiación definitiva del patrimonio público del art. 432 CP¹³⁰. Entendemos que el reintegro,

¹²⁵ Se señala en el FJ Sexto STS 29 noviembre 2012 (ECLI:ES:TS:2012:7932), remitiéndose a jurisprudencia anterior, que «la diferencia entre ambas figuras delictivas radica en el propósito del agente que realiza la sustracción, integrándose el hecho en el art. 432 cuando el ánimo del sujeto activo es el de incorporar a su patrimonio el bien público distraído con vocación de ejercer sobre éste una relación dominical con carácter definitivo, o sea el conocido como "animus rem sibi habendi" y será aplicable el art. 433 cuando el ánimo sea de mero uso, esto es, de disponer temporalmente de la cosa mueble con intención de devolverla posteriormente y, por tanto, sin voluntad de incorporarla al patrimonio ("animus utendi")».

¹²⁶ Vid., en este sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ/JUDEL PRIETO/PIÑOL RODRÍGUEZ, 2012, p. 263, quien explica que «la interpretación doctrinal mayoritaria sostiene que efectivamente estamos antes un animus utendi». Vid., también, GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 151. Vid., igualmente, ROCA AGAPITO, 2013, p. 527.

¹²⁷ En este sentido lo explica MIR PUIG, 2011, p. 948, citando jurisprudencia al respecto.

¹²⁸ MIR PUIG, 2011, pp. 948-949.

¹²⁹ Coincidimos así con GARROCHO SALCEDO, 2014, p. 274.

¹³⁰ Vid., en este sentido, MIR PUIG, 2011, p. 941, quien ya señalaba para la redacción original del precepto

según la reiterada jurisprudencia que existía sobre esta materia que hemos de suponer que se mantendrá, ha de ser total, sin perjuicio de los efectos que pueda tener un reintegro parcial¹³¹. En otro orden de las cosas, la redacción original utilizaba la expresión reintegrar «el importe de lo sustraído», mientras que ahora se exige la restitución de «los mismos elementos del patrimonio público sustraídos». Lo poco afortunado de la anterior expresión ya había sido señalado por parte de la doctrina. Y es que ROCA AGAPITO llegó a afirmar que «si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído», tenía que ser interpretado «en el sentido de devolver o reintegrar los mismos caudales o efectos públicos» puesto que «de lo contrario, se permitiría que el funcionario vendiese los caudales públicos y reintegrare únicamente su precio»¹³². Por lo tanto, ello supone otra importante mejora técnica en la redacción del precepto.

En suma, antes de la supresión de esta concreta modalidad delictiva a través de la LO 1/2015, eran dos los elementos imprescindibles exigidos por los tribunales para poder llegar a apreciar esta figura de malversación de uso: por un lado, la «falta de voluntad de apropiación, que se manifiesta en el decidido propósito de reintegrar los caudales tras su momentánea utilización» y, por otro lado, la «verificación efectiva del reintegro de los caudales públicos»¹³³. Ahora resulta lógico preguntarse si nuestro más Alto Tribunal va a seguir interpretando el precepto de la misma manera. Y la respuesta a ello la tenemos en el ATS relativo al caso del «procés», en donde se ha llegado recientemente a señalar que «la jurisprudencia de esta Sala fue especialmente restrictiva en la aplicación de este precepto, también en la interpretación del plazo de devolución, derogado en la reforma del año 2015 y restablecido ahora en su vigencia. Declaramos, por ejemplo, que el ánimo de apropiación definitiva es incuestionable

que «ello significa que, aun faltando inicialmente un verdadero ánimo de apropiación, si no hay devolución dentro del plazo indicado se equiparará al de apropiación inicial», señalándose finalmente que «en tal caso, la aplicación de las penas señaladas en el art. 432 que comentamos no requerirá la prueba del ánimo de apropiación, sino que bastará probar que los efectos no se han devuelto antes de haber transcurrido diez días tras la incoación del proceso». Vid. en este sentido, FJ Quinto STS 22 de febrero 2006 (ECLI:ES:TS:2006:1474) donde se señala que «la doctrina jurisprudencial de este Tribunal ha establecido que “sustracción” equivale a apropiación sin ánimo de reintegro y que la aplicación del tipo no precisa demostrar que los fondos públicos han sido aplicados a usos propios, sino que basta que no se aporte o devuelva el dinero recibido. Sin embargo, continúa razonando este autor, que «en los casos en los que quede probado un ánimo de apropiación definitivo, pese a haberse producido la devolución del importe sustraído, no cabrá aplicar el art. 433 CP, sino el 432 CP». Efectivamente, ello se señala así, entre otras resoluciones, en la FJ Segundo STS 14 de marzo 2000 (ECLI:ES:TS:2000:2069).

¹³¹ Vid., en relación a esta cuestión ROCA AGAPITO, 2013, p. 529, quien señala que «según ha indicado la Jurisprudencia, para poder apreciar el párr. 1º del art. 433 CP, el reintegro ha de ser total y debe realizarse en el plazo establecido: hasta los “diez siguientes a la incoación del proceso”». Esto es, «que el reintegro sea total no quita para que el reintegro parcial pueda tener algún efecto. Al remitirse a “las penas del artículo anterior”, y dado que en dicho precepto existen tres tramos en función del valor de lo malversado, el tramo correspondiente se determinará por el importe de lo no reintegrado. Por ejemplo, si se distraen 8.000 € y se devuelven 5.000€, habrá que aplicar el tipo atenuado del art. 432.3 CP» (p. 529).

¹³² Vid., ROCA AGAPITO, 2013, p. 529.

¹³³ Vid., ROCA AGAPITO, 2013, p. 527.

“... por más que, en un momento dado posterior a las plurales sustracciones, el acusado confesara y devolviera lo sustraído, ya que la restitución no es suficiente para aplicar el art. 433 y no el 432, pues lo definitivo es el ánimo transitorio o definitivo de la sustracción (...) y el reintegro -verificado el propósito inicial de apropiación- implica un “actus contrarius” al delito ya consumado, y la restitución posterior de lo sustraído con intención definitiva no hace desaparecer el delito del art. 432»¹³⁴. Por lo tanto, la interpretación de este precepto se va a continuar realizando en los mismos términos que venía haciéndolo la jurisprudencia tradicionalmente.

3.3. *La modalidad de desviación de patrimonio público a usos públicos distintos a los legalmente previstos del art. 433 CP*

La reforma ha incorporado una tercera modalidad delictiva en el delito de malversación de patrimonio público que, si bien no se llegaba a sancionar en el Código Penal de 1995, sí que se encontraba tipificada, en cambio, en el anterior Código Penal de 1973¹³⁵, y que ahora es reintroducida a través del actual art. 433 CP¹³⁶. La justificación dada por el legislador español la podemos encontrar en el Preámbulo de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, en donde se explica que el Código penal de 1995 «no incluyó un precepto semejante porque delimitó los delitos de malversación exclusivamente para las conductas de apropiación definitiva o temporal o desviación de fondos públicos para fines privados», concluyéndose que «de lo que se seguía la despenalización absoluta de cualquier comportamiento de desviación presupuestaria o si se prefiere de usos públicos distintos a los previstos legalmente», y ello provocaba «que cualquier comportamiento en el que un funcionario destinaba o aplicaba caudales públicos a finalidades públicas distintas a las previstas, resultaba completamente atípico»¹³⁷. Se trataba, por tanto, de una clase de conducta que hasta ahora estaba efectivamente siendo considerada atípica por parte de nuestros tribunales¹³⁸, que únicamente podía llegar a ser castigada a través de determinados mecanismos extrapenales¹³⁹. Y ello resultaba, con razón, insuficiente para un sector doctrinal

¹³⁴ Vid., apartado 4.4.1 en los Antecedentes de Hecho ATS 13 febrero 2013 (ECLI:ES:TS:2023:1228A), p. 30.

¹³⁵ Vid., GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 144, quien señala que «la otra novedad radica en la recuperación de una figura incluso anterior al CP de 1995 y que curiosamente este texto derogó». Se continúa explicando aquí que «así, el nuevo art. 433 recobra el viejo art. 397 del CP de 1973» (p. 144).

¹³⁶ Se dispone en este precepto que «La autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores, diere al patrimonio público que administrare una aplicación pública diferente de aquélla a la que estuviere destinado, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de empleo o cargo público de dos a seis años, si resultare daño o entorpecimiento graves del servicio al que estuviere consignado, y de inhabilitación de empleo o cargo público de uno a tres años y multa de tres a doce meses, si no resultare».

¹³⁷ Vid. Apartado VI del Preámbulo de la LO 14/2022, de 22 de diciembre.

¹³⁸ De esta manera se llegaron a producir casos en los que no se pudo aplicar el delito de malversación cuando se había dado un desvío de fondos a otros fines públicos. En este sentido, vid. STS 5 abril 2002 (ECLI:ES:TS:2002:2436).

¹³⁹ Vid., GARROCHO SALCEDO, 2014, p. 274, quien explica en relación a la regulación existente con

quien consideraba que no se iban a llegar a sancionar nunca este tipo de comportamientos a través de estas otras vías en caso de que los mismos fueran realizados por determinados altos cargos políticos o administrativos¹⁴⁰.

Así, respecto al bien jurídico protegido en esta modalidad delictiva, la Fiscalía General del Estado ha señalado recientemente que «el art. 433 CP no solo tutela de forma inmediata el debido respeto por el principio de legalidad que resulta exigible a las autoridades o funcionarios públicos en el cumplimiento de la normativa administrativa reguladora de la ordenación del gasto público, sino también de forma mediata el patrimonio público»¹⁴¹. Efectivamente, desde nuestro punto de vista, se encontraría completamente justificado el volver a castigar este tipo de conducta puesto que a través de ella se estaría conculcando el bien jurídico que hemos definido para este delito, esto es: por un lado, el correcto funcionamiento de la administración pública, ya que el funcionario público que intercambia las partidas presupuestarias públicas no estaría sirviendo con objetividad a los intereses generales¹⁴² puesto que no actúa con «sometimiento pleno a la ley y al Derecho», tal y como señala el art. 103.1 CE; y, a su vez, lesionaría la correcta gestión del patrimonio público -puesto que los sujetos activos están obligados a «realizar gastos de acuerdo con las leyes», tal y como también se dispone en el art. 133.4 CE. De este modo, consideramos un hecho completamente positivo el castigar ahora este tipo de situaciones que hasta la fecha no estaban recibiendo una respuesta satisfactoria por parte de nuestro ordenamiento jurídico¹⁴³.

La conducta típica descrita en el precepto castiga al que «diere al patrimonio público que administrare una aplicación pública diferente de aquella a la que estuviere destinado». La Fiscalía General del Estado, hace poco ha señalado que esta modalidad delictiva viene caracterizada «por sancionar a la autoridad o funcionario público que, lejos de apropiarse o destinar a fines ajenos a la función pública el patrimonio administrado, lo destina a finalidades de carácter público pero diferentes a aquellas

anterioridad a la reforma de 2015 que la jurisprudencia ha venido sosteniendo que la «modificación del destino de los caudales públicos es atípica desde el CP 95, por lo que el hecho de dar a los caudales públicos un fin público -aun cuando no fuese el que expresamente estuviere previsto en la correspondiente figura presupuestaria, o expresamente autorizado por la autoridad de la que en definitiva dependiesen los fondos -constituye una infracción administrativa de la que se pueden derivar responsabilidades disciplinarias y contables, pero dicha conducta no es subsumible en el tipo penal del art. 433 del CP vigente». En este sentido, vid. FJ Octavo de la STS 29 noviembre 2012 (ECLI:ES:TS:2012:7932). Vid., igualmente, DE LA MATA BARRANCO, 2019, p. 137.

¹⁴⁰ En este sentido, muy crítico con la destipificación de este tipo de conductas se mostraba MANZANARES SAMANIEGO, 2013, p. 1.

¹⁴¹ Vid., Decreto FGE de 25 de enero de 2023, p. 23.

¹⁴² Nos mostramos de acuerdo con RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2021, p. 4, quien señala que «es evidente que la desviación maliciosa de los fines encomendados a un gestor de lo público no se produce únicamente cuando este se apodera de un bien mueble o permite que otro lo sustraiga sino también cuando realiza actos de gestión que, sin dar lugar a apoderamiento, están deliberadamente guiados por intereses distintos a los generales y acaban produciendo -por su propia potencialidad lesiva- un perjuicio de esos intereses».

¹⁴³ Vid., MANZANARES SAMANIEGO, 2013, p. 2, quien señala algunos ejemplos que se podrán llegar a castigar a partir de ahora.

a las que estuviese legalmente destinado y, por lo tanto, con infracción de la normativa administrativa en materia de ordenación del gasto público»¹⁴⁴. Coincidimos, en este sentido, con GÓNZÁLEZ CUSSAC cuando señala que a través del precepto se van a poder castigar desvíos presupuestarios o gastos de difícil justificación, pero siempre que no persigan una finalidad privada, sin necesidad de ánimo de lucro propio o de tercero¹⁴⁵, puesto que el precepto no lo exige. Se trataría, en nuestra opinión, del castigo de otra modalidad de las llamadas, según la definición doctrinal que sobre este concepto existe, malversaciones de uso, puesto que la conducta típica no exige apropiación sino dar un destino al patrimonio público distinto al presupuestariamente previsto¹⁴⁶.

De este modo, el legislador castiga concretamente la conducta de «dar una aplicación diferente a aquella a la que estuviese destinado», volviéndose a utilizar, por tanto, una fórmula muy similar a la empleada en la malversación de uso del derogado art. 434 CP, cuya conducta típica también consistía en «dar una aplicación», lo cual había sido asimilado por parte de la doctrina con el verbo rector «destinar»¹⁴⁷. Y esto último resultaba acertado puesto que la RAE, en su cuarta acepción, define este verbo como «destinar, adjudicar, asignar». Además, en aras de realizar una interpretación sistemática con otros preceptos de nuestro Código Penal, este tipo penal lo podemos poner en relación con la conducta incluida en el art. 306 CP, que recordemos utiliza la expresión «dando, fuera de los casos contemplados en el artículo 308, a los fondos una aplicación distinta a aquella a que estuvieren destinados», lo cual ha sido interpretado como «frustrar la finalidad prestacional»¹⁴⁸. Por ello, podríamos entender que el actual art. 434 CP se está refiriendo a frustrar la finalidad inicial otorgada al patrimonio público dándole, añadiríamos nosotros, otro destino diferente, que ha de ser necesariamente, como último requisito exigido por el tipo penal, «público». No es necesario, en cambio, -al igual que en las otras dos modalidades de malversación de patrimonio público ya analizadas- la producción de ningún tipo de perjuicio, para poder apreciar esta modalidad delictiva. Por lo demás, es de suponer que los pronunciamientos que el TS fue realizando en relación a esta conducta típica, antes regulada

¹⁴⁴ Vid., Decreto FGE de 25 de enero de 2023, p. 21, quien se apoya en la histórica jurisprudencia que sobre esta modalidad delictiva se había producido. Vid. FJ Sexto STS 8 de febrero 1994 (ECLI:ES:TS:1994:1088).

¹⁴⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 144.

¹⁴⁶ De esta manera define la malversación de uso ROSSO PÉREZ, 2022, p. 2, quien explica que ésta consiste en que el funcionario no toma para sí los caudales que gestiona, sino que los aplica a un uso anómalo distinto a aquél para el que se debía utilizar, y habitualmente también antijurídico en sí mismo», explicando que «en esta modalidad del delito, igualmente dolosa, no se requiere la voluntad de hacer propio tomar para sí los caudales, pero sí un ánimo de desviar su correcta aplicación, que se verifica una vez que se comprueba la aplicación inadecuada de fondos, recursos, elementos personales y materiales, desvirtuando su razón de ser y su consignación y programación presupuestaria».

¹⁴⁷ Vid. art. 434 CP en su redacción original del Código Penal de 1995. Vid., en este sentido, MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, 2012, p. 283, quienes señalan que «la utilización del verbo “aplicar”, en poco o nada se distingue del empleado en el artículo 433 CP “destinar”».

¹⁴⁸ GALLEGO SOLER, 2015a, p. 1074.

en el art. 397 del anterior Código Penal, seguirán ahora siendo válidos¹⁴⁹. Por ende, podemos entender que la consumación del precepto se producirá a través del acto de disposición de adjudicar o destinar el patrimonio público a un fin de esta misma naturaleza diferente al establecido según las normas vigentes¹⁵⁰. Sin embargo, *de lege ferenda*, consideramos que debería añadirse detrás de la expresión «aplicación pública» la palabra «lícita», puesto que con ello se dotaría a este precepto de una mayor seguridad jurídica. Y es que, tal y como señala la Fiscalía General del Estado, «en todo caso, debe precisarse que la aplicación del patrimonio público a un fin delictivo no podría considerarse susceptible de subsumirse en el art. 433 CP, y ello aun cuando el responsable del delito obre sin ánimo de lucro propio o ajeno»¹⁵¹, puesto que «los conceptos de “actividad pública” e “interés público” se encuentran instrumentalmente conectados con el ejercicio de las competencias atribuidas por el ordenamiento jurídico y, por consiguiente, no pueden dirigirse a la realización de fines que desborden el marco legal vigente»¹⁵². Se trata éste también de un planteamiento que ha sido realizado por nuestro más Alto Tribunal en el Auto de revisión de la conocida sentencia del caso «procés»¹⁵³, en donde, siguiendo el razonamiento realizado por la Fiscalía General del Estado, este órgano jurisdiccional ha afirmado, con criterio, que «no es conceptualmente admisible identificar el interés público, incluso en abstracto, con la realización de actividades que ya en origen resultan ilícitas», puesto que «no en vano, de conformidad con el art. 103.1 CE, la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales, actuando en todo momento con sometimiento pleno a la Ley»¹⁵⁴.

Los elementos hasta ahora señalados se corresponden con el tipo básico del precepto, puesto que si se llegará a producir un resultado de «daño» o de «entorpecimiento» en todo caso «graves del servicio al que estuviera consignado» -lo que habrá de ser interpretado de forma sistemática de acuerdo a la agravación contenida en el art. 432.2. a) CP y que anteriormente ha sido analizada- se apreciará el tipo agravado, teniéndose entonces que sancionar este tipo de comportamiento con unas penas más elevadas.

En cuanto al elemento subjetivo, el tipo penal no exige que el sujeto activo actúe con ánimo de lucro, por lo que bastará con el dolo genérico. Éste consiste en que la

¹⁴⁹ Vid., en este sentido, Decreto FGE de 25 de enero de 2023, pp. 21-22, en donde se señala que «tradicionalmente, la doctrina y jurisprudencia interpretaron que este tipo penal no exige la causación de un perjuicio patrimonial a las arcas públicas».

¹⁵⁰ Coincidimos así con GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 148.

¹⁵¹ Vid., Decreto FGE de 25 de enero de 2023, p. 22. Se continúa explicando aquí que ello es así porque «la Administración pública, y, por consiguiente, las autoridades y funcionarios que la integran no pueden ejecutar actos ilícitos en el ejercicio de las facultades que en tal condición les han sido conferidas» (p. 24).

¹⁵² Vid., Decreto FGE de 25 de enero de 2023, p. 24.

¹⁵³ Vid., apartado 4.4.3 en los Antecedentes de Hecho ATS 13 febrero 2013 (ECLI:ES:TS:2023:1228A), pp. 33-34.

¹⁵⁴ Vid., Decreto FGE de 25 de enero de 2023, p. 24.

autoridad o funcionario público que realiza la vertiente objetiva del tipo sea consciente y quiera vulnerar la normativa que regula la ordenación del gasto público¹⁵⁵. No obstante, cabe preguntarnos si el legislador ha errado al castigar únicamente la conducta en su modalidad dolosa y no incorporar también una modalidad por imprudencia grave para aquellos casos en los se desvíe el patrimonio público a otra finalidad pública, no adoptando la autoridad o funcionario público las más elementales normas de cautela. A este respecto, cabe citar a GONZÁLEZ CUSSAC, quien advierte de la «importancia de rescatar la vieja jurisprudencia que excluía en casos de urgencia y siempre que ésta fuera para fines lícitos» en aras de no llegar a castigar ciertos comportamientos que podemos considerar como casos límites¹⁵⁶. En este sentido, si ya existían problemas por la posible aplicación del tipo penal a determinadas situaciones realizadas de una forma dolosa que resultaban controvertidas, no parece adecuado realizar ahora una ampliación en la aplicación de esta figura delictiva. Quizás, en base al principio de intervención mínima, nosotros sí que exigiríamos que se llegase a superar cierta cuantía en esta figura penal de la malversación, dejando que el resto de casos -los que tengan poca entidad- se sancionaran a través de las otras vías contempladas en nuestro ordenamiento jurídico. Además, esto no iría en contra de lo establecido en la nueva Propuesta de Directiva de la UE, que permite en el art. 15.3 que los Estados Miembros prevean sanciones distintas de las penales si la malversación supone un perjuicio o una ventaja inferior a 10.000 euros.

En definitiva, consideramos que en todo caso la incorporación de esta concreta conducta en el delito de malversación de patrimonio público supone un importante avance en la lucha contra la corrupción en nuestro país. De esta manera, esta modalidad delictiva, ahora reintroducida, estaría en sintonía con la establecido en la nueva Propuesta de Directiva de la UE en materia de corrupción que tiene como objetivo castigar la malversación pública de un modo amplio puesto que según se establece en el art. 9 letra a) los Estados Miembros tienen que adoptar las medidas necesarias para castigar penalmente «la comisión, el desembolso, la apropiación o la utilización por parte de un funcionario público, de bienes cuya gestión se le haya confiado directamente, en contra de la finalidad a la que estuvieran destinados». Y sin lugar a dudas, aquí se incluye la conducta ahora castigada de desviar el patrimonio público a usos públicos distintos a los legalmente previstos. No obstante, sí que se ha echado en falta aquí un precepto mucho más ambicioso que permitiera castigar también otro tipo de conductas relativas a las malversaciones de uso propias de la administración desleal de patrimonio público -puesto que esta figura entendemos que ahora resulta

¹⁵⁵ De un modo similar ello se señala en el Decreto FGE de 25 de enero de 2023, p. 22, basándose en la jurisprudencia histórica existente en este ámbito.

¹⁵⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 160, quien continúa señalando que como solución «tal vez el recurso al término “arbitraria” pueda servir de guía para la exclusión de la sanción penal de ciertos actos de desviación en el gasto público previsto legalmente».

derogada- o el denominado como «despilfarro presupuestario»¹⁵⁷, una figura ésta última que la doctrina considera también digna de sanción penal y que no resulta tampoco castigada en la actualidad¹⁵⁸.

3.4. *La controvertida cláusula de hiperatenuación de la malversación de patrimonio público del art. 434 CP*

Por último, la reforma operada a través de la LO 14/2022 mantiene para el delito de malversación de patrimonio público la cláusula de hiperatenuación por reparación del perjuicio causado o por colaboración con las autoridades o sus agentes del art. 434 CP, que fue introducida a través de la LO 1/2015¹⁵⁹. De esta manera, si se produce cualquiera de los dos supuestos contemplados en el precepto, el órgano jurisdiccional tiene que imponer al responsable del delito la pena inferior en un grado», permitiéndose de manera facultativa incluso llegar a imponerse la pena inferior en dos grados, lo que provoca que estemos en presencia, como señalaba la doctrina, de una cláusula hiperatenuada¹⁶⁰. No obstante, la LO 14/2022 expresamente dispone que se ha introducido una mejora técnica en la redacción del precepto «ahora redactada de forma similar a otras semejantes contempladas en el Código Penal»¹⁶¹, puesto que, efectivamente, el precepto se asimila ahora más a otras cláusulas presentes en otros delitos como el de terrorismo, contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad Social o también el Fraude de Subvenciones¹⁶².

Así, el primero de los cambios introducidos por la reforma se produce en relación

¹⁵⁷ Vid., en este sentido, MUÑOZ CUESTA, 2012a, p. 147, quien entiende despilfarro de dinero público como «sinónimo de derroche, malversación o dispendio, queriéndose expresar con ello un gasto excesivo y superfluo, lo que significa que no es imprescindible ni necesario, y además, el no hacerlo en poco o nada variaría una determinada situación». Continúa explicando este autor que «trasladando este concepto al uso de los bienes públicos supondría invertir cantidades de dinero en hacer algo que no reporta un mínimo de servicio público porque se beneficia a un número limitado o pequeño de ciudadanos, o porque favoreciendo a algunos de ellos el gasto es absolutamente desproporcionado al servicio que conlleva» (p. 149).

¹⁵⁸ Coincidimos, por tanto, con GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 145, quien explica que «en opinión de la doctrina, esta reforma sigue sin sancionar en el ordenamiento jurídico español conductas como negocios arriesgados, inversiones desacertadas, previsiones equivocadas de costes de ejecución, es decir todo aquello que puede reconducirse a comportamientos imprudentes», razonándose igualmente que «tampoco los que tendrían cabida en el denominado “despilfarro presupuestario”. Vid., MACÍAS ESPEJO, 2021, p. 711, quien señala que «los gastos excesivos o de despilfarro de recursos públicos, bien por disponer de los medios públicos sin cobertura presupuestaria, bien por hacerlo en un modo que comprometa las opciones de realizar políticas públicas por futuros gestores, deben ser sancionados por malversación, en el entendimiento de que ello supone un perjuicio patrimonial público».

¹⁵⁹ Así, dispone el actual art. 434 CP que «si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público antes del inicio del juicio oral, o hubiera colaborado activa y eficazmente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados».

¹⁶⁰ Esta misma consideración es dada por CASTRO MORENO, 2015d, p. 363. Vid., en este sentido, VALEIJE ÁLVAREZ, 2015, p. 1215.

¹⁶¹ Vid. Apartado VI del Preámbulo de la LO 14/2022, de 22 de diciembre.

¹⁶² Vid., en este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, p. 165. Vid., también, MIR PUIG, 2015a, p. 1472.

al comportamiento que permite atenuar la pena impuesta cuando se haya «reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público», al añadirse ahora el requisito «antes del inicio del juicio oral». Se trata ésta de una modificación que era ya sugerida con anterioridad por parte de la doctrina, puesto que se criticaba, con razón, que, a diferencia de otros preceptos, no se establecía aquí un criterio temporal, una cuestión que ahora por fin es solventada¹⁶³. Y, asimismo, habrá que tener en cuenta también la afirmación contenida en la Exposición de Motivos de la Ley, en la que se señala que en los casos en los que no se produce un perjuicio patrimonial efectivo, la reparación no resulta viable y, por ello, tampoco se podría llegar a apreciar esta atenuación¹⁶⁴. El segundo de los cambios acaecidos afecta a la otra conducta que atenúa la pena impuesta y que está referida a «haber colaborado con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos», exigiéndose ahora que dicha colaboración no sólo sea activa sino también ha de resultar *eficaz*. En realidad, ello está en concordancia con aquellos pronunciamientos jurisprudenciales que venían requiriendo que la colaboración tenía que ser significativa y relevante, en el sentido de facilitar la investigación¹⁶⁵. Lo cierto es que para algunos autores la exigencia de este nuevo requisito lo que puede provocar es más bien su escasa funcionalidad¹⁶⁶, un extremo éste que no consideramos nosotros como negativo, dada que la aplicación de este precepto puede provocar una atenuación muy cualificada de la pena, por lo que quedaría justificado que se añadan criterios más restrictivos para su aplicación.

III. ¿Era más adecuada la regulación penal de la malversación de patrimonio público introducida por la LO 1/2015?

Los cambios que se han realizado en el delito de malversación de patrimonio público a través de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, suponen una completa ruptura con respecto a la regulación que hasta ahora teníamos y que, recordemos, procedía de la LO 1/2015. Así, este hecho nos hace preguntarnos si con la actual regulación se ha producido realmente una mejora en esta materia.

¹⁶³ Vid., CASTRO MORENO, 2015d, p. 364, quien indica que, tras la incorporación del precepto con la reforma operada a través de la LO 1/2015 «el precepto no establece condiciones temporales, a diferencia de lo que sucede con el art. 305. 6 CP o en la atenuante genérica del artículo 21. 5ª CP, o de lo que sucedía con el anterior art. 433 CP», por lo que «la reparación producirá el efecto atenuante en cualquier momento del procedimiento hasta que tras la finalización del juicio no llegue el momento de dictar sentencia».

¹⁶⁴ VALEIJE ÁLVAREZ, 2015, p. 1215.

¹⁶⁵ Vid. STS 5 marzo 2019 (ECLI:ES:TS:2019:736) y también STS 29 octubre 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6835). Vid., ROMERO ABOLAFIO, 2022, p. 176.

¹⁶⁶ Vid., GONZÁLEZ CUSSAC, 2023, pp. 165-166.

1. *¿Qué ocurría antes de la reforma de 2022 con la apropiación indebida de patrimonio público?*

La regulación que incluyó la LO 1/2015 para el delito de malversación de patrimonio público castigaba, en el apartado segundo del art. 432 CP, «a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público». Así, se llegaba a incluir una modalidad de apropiación indebida que hacía una remisión expresa al delito genérico en este ámbito, castigando a «los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido». No obstante, la concreta forma en la que estaba tipificada con anterioridad la conducta de apropiación indebida de patrimonio público suscitó importantes dudas en su aplicación.

En primer lugar, una cuestión controvertida se producía en relación al objeto material del delito. En este sentido, VALEIJE ÁLVAREZ planteaba que las conductas sancionadas se ceñían «a las que recaen sobre dinero, efectos, valores u otra cosa mueble», lo que generaba la duda de si en el art. 432 tenían cabida también «modalidades expropiatorias definitivas de bienes inmuebles fuera del ámbito de la administración desleal de los mismos»¹⁶⁷. Lo cierto es que, a nuestro modo de ver, sí que era posible incluir aquí bienes diferentes a los recogidos en el genérico delito de apropiación indebida, puesto que una de las especialidades que se contenía en el tenor literal del apartado segundo del art. 432 CP era que la conducta tenía que recaer sobre el patrimonio público, de lo que se podía inferir que no se realizaba una remisión en este ámbito a los bienes señalados en el art. 253 CP, que limitaban la conducta a «dinero, efectos, valores, o cualquier otra cosa mueble»¹⁶⁸. No obstante, hay que reconocer que la redacción del precepto adolecía aquí de un importante defecto técnico, que podía llegar incluso a provocar importantes lagunas de punibilidad cuando se enjuiciaran este tipo de conductas por parte de los órganos jurisdiccionales. De hecho, un sector doctrinal, efectivamente, llegó a excluir los bienes inmuebles¹⁶⁹.

Un segundo problema que ocasionaba la anterior tipificación consistía en que se

¹⁶⁷ VALEIJE ÁLVAREZ, 2015, pp. 1212-1213.

¹⁶⁸ Vid., MIR PUIG, 2015b, p. 220, quien señalaba que «el nuevo delito de apropiación indebida al que remite el artículo 432.2, se configura de manera restringida, de modo que se suprimen los términos “distracción”, “activo patrimonial” y “administración” como medio de recibir el dinero o cosa, todo lo cual se intenta trasladar a la administración desleal», matizando eso sí que «no obstante, la doctrina considera desafortunada la eliminación del “activo patrimonial” que permitía la apropiación de un inmueble».

¹⁶⁹ Vid., SANZ MULAS, 2017, p. 15, Así, parece entenderlo también BAJO FERNÁNDEZ/CARRACEDO CARRASCO, 2022, p. 1360. Vid., igualmente, MUÑOZ CONDE, 2022, p. 1003, quien llegó a señalar en relación a la reforma de 2015, que por patrimonio público «se entiende cualquier bien (mueble, inmueble o derecho, aunque en relación a la apropiación indebida sólo podrá tratarse de un bien mueble) que tenga un valor económico apreciable».

exigía que la autoridad o funcionario público hubiera recibido los bienes «en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos», o bien negare haberlos recibido. Ello originaba la duda de si el sujeto activo debía tener los bienes por los específicos títulos que aquí se recogían, o si por el contrario debía realizarse una interpretación más amplia. En este sentido, algunos autores plantearon que no hacía falta este tipo de relaciones contractuales, sino que el funcionario o autoridad únicamente tenía que tener una facultad de disposición específica que se le hubiera asignado sobre el patrimonio público¹⁷⁰. Otros autores, en cambio llegaron a realizar otro tipo de interpretación¹⁷¹. La jurisprudencia, por su parte, incluyó diversos tipos de supuestos¹⁷².

Por último, surgían también otras cuestiones problemáticas cuando se analizaba el elemento subjetivo de esta modalidad delictiva de acuerdo con la anterior regulación. En primer lugar, el comportamiento llevado a cabo tenía que realizarse en «perjuicio de otro» -al señalarse de este modo en el genérico delito de apropiación indebida del art. 253 CP-, debiéndose entender aquí que el perjuicio era, lógicamente, para la administración pública en el caso de la malversación¹⁷³. En segundo lugar, la acción típica que realizara el funcionario o autoridad pública debía ser abarcada por el dolo, defendiéndose por un sector doctrinal mayoritario, con el que coincidimos, que debía concurrir, además, como el elemento subjetivo del injusto, *el animus rem sibi habendi*, esto es, el ánimo de apropiación definitiva por parte del sujeto activo¹⁷⁴. No obstante, incluso en este aspecto, la doctrina no se mostraba unánime puesto que, por ejemplo, CASTRO MORENO llegó a señalar que la reforma de 2015 suprime la exigencia de ánimo de lucro que había sido introducida por la regulación del Código

¹⁷⁰ De esta manera lo señala POZUELO PÉREZ, 2022, p. 1873. Vid., MACÍAS ESPEJO, 2021, p. 713.

¹⁷¹ VALEIJE ÁLVAREZ, 2015, p. 1208. Se explica aquí que «el nuevo tipo de apropiación indebida expulsa de la redacción legal como título relevante de recepción del objeto material el de administración y de las modalidades de conducta la de distracción para facilitar su delimitación con respecto a la figura de administración desleal que tantas controversias ha dado lugar en la jurisprudencia y en la doctrina debido a la novedosa línea jurisprudencial del TS que venía propugnando una interpretación extensiva del tipo de la apropiación indebida que en última instancia comportaba reconducir una buena parte de las administraciones desleales de patrimonio ajeno (las relativas al dinero) al ámbito típico del art. 252». Vid., también, CASTRO MORENO, 2015b, p. 453, quien señaló que en esta modalidad se comprendían «los anteriores supuestos de apropiación indebida funcional con abuso del cargo, recogidos en el art. 438 hasta la reforma de 2015».

¹⁷² Así, se apreció esta modalidad delictiva en el caso de un alcalde que cobró dietas en diferentes ocasiones sin justificar que se tratara de gastos propios de su cargo. Vid. STS 11 noviembre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3807). No obstante, vid., FJ Segundo SAP Valencia 30 septiembre 2019 (ECLI:ES:APV:2019:3352A) en donde el órgano jurisdiccional se inclina por exigir para aplicar este precepto tener los bienes por otros títulos distintos al de administración como el depósito, comisión, custodia, etc.

¹⁷³ Vid., en este sentido, MACÍAS ESPEJO, 2021, p. 713.

¹⁷⁴ ROSSO PÉREZ, 2022, p. 3. Coincidíamos con esta autora cuando señalaba que «precisamente este ánimo de apropiación definitiva es lo que distingue los comportamientos de apropiación de la malversación de los comportamientos en que sólo concurre un animus utendi, como es el caso de la distracción a finalidades ajenas a la función pública del patrimonio público que deben subsumirse en la administración desleal» (pp. 3-4). Vid., en este sentido, MACÍAS ESPEJO, 2021, p. 713, Vid., igualmente, DE LA MATA BARRANCO, 2022, p. 512.

Penal de 1995¹⁷⁵. Esta situación fue, no obstante, resuelta por la jurisprudencia, que manifestó la necesidad de la concurrencia de ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto en el delito de apropiación indebida¹⁷⁶. En tercer lugar, no se llegaba tampoco a castigar la malversación imprudente por apropiación indebida, persistiendo para algunos autores esta laguna en la intervención penal¹⁷⁷.

2. *¿Qué castigaba la administración desleal de patrimonio público antes de la reforma de 2022?*

La principal novedad que introdujo la LO 1/2015 respecto a la regulación del delito de malversación fue la tipificación de la modalidad de administración desleal de patrimonio público. Ésta se llegaba a recoger en el apartado primero del art. 432 CP que castigaba «a la autoridad o funcionario público que cometiera el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público», haciéndose de nuevo aquí una remisión expresa esta vez al genérico delito de administración desleal que sanciona a «los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado».

Así, el sujeto activo lo constituía aquella autoridad o funcionario que administrare un patrimonio público. Por ello, algunos autores como CASTRO MORENO, llegaban a considerar que si en lugar de tener el patrimonio público en administración, lo tuviesen por algunos de los títulos contenidos en el delito de apropiación indebida - esto es, depósito, comisión, custodia u otros que tuviesen la obligación de entregar o devolver- «podrán ser autores de la modalidad expropiatoria»¹⁷⁸. Por su parte, VALEIJE ÁLVAREZ llegaba a sostener que el título por el cual la autoridad o funcionario tenía la competencia para administrar el patrimonio público no tenía por qué restringirse únicamente a los señalados en el genérico delito de administración desleal, esto es, «emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico»¹⁷⁹. Estas dos consideraciones doctrinales nos hacen ver de nuevo aquí el por qué no resultaba conveniente utilizar la técnica de remisión también en esta otra modalidad delictiva de la malversación.

Por su parte, la conducta típica consistía en infringir las facultades que tiene la autoridad o funcionario público para administrar el patrimonio público «excediéndose en el ejercicio de las mismas». Se exigía por ello, para poder apreciarse el tipo

¹⁷⁵ CASTRO MORENO, 2015b, p. 354.

¹⁷⁶ Vid., en este sentido, FJ Segundo STS 7 julio 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2822).

¹⁷⁷ Vid., además, MIR PUIG, 2015a, p. 1453.

¹⁷⁸ CASTRO MORENO, 2015b, pp. 348-349.

¹⁷⁹ VALEIJE ÁLVAREZ, 2015, p. 1209.

penal, la causación de «un perjuicio al administrado», esto es, un perjuicio al patrimonio público¹⁸⁰. No obstante, se trataba de una redacción fuertemente criticada por parte de un sector doctrinal, quien consideraba que se podrían estar llegando a vulnerar los principios generales que rigen el derecho penal español, especialmente el de taxatividad penal¹⁸¹. Lo cierto es que con esta tipificación era complicado llegar a determinar qué conductas podían ser castigadas y cuáles no, teniendo que hacer, por tanto, la jurisprudencia una necesaria labor complementaria a la hora de realizar la exégesis del tipo penal. Y es que, efectivamente, se fueron planteando una serie de situaciones un tanto controvertidas.

Una de las dudas que surgió consistió en determinar si se llegaban a integrar en esta modalidad también las conductas definitivas de apropiación del patrimonio público. Ello fue puesto de manifiesto por CASTELLO NICÁS para el genérico delito de administración desleal, afirmándose que «habrá que resolver si ese “excederse en las facultades de administración” abarca tanto los casos que el TS ha calificado como de excesos intensivos -gestor desleal- como los llamados excesos extensivos -gestor fraudulento-, hasta el momento penados como apropiaciones indebidas»¹⁸². Surgió de esta manera el pertinente debate doctrinal: a) por un lado, para un sector doctrinal se estaba castigando aquí cualquier conducta realizada por un funcionario o autoridad tanto de apropiación definitiva como también de uso que causara un perjuicio patrimonial, puesto que lo relevante era que éste infringiera las facultades de administración que poseyera sobre el patrimonio público; b) mientras que, por otro lado, otro sector doctrinal defendía que el delito de administración desleal no debía castigar aquellos casos en los que la gestión engañosa o fraudulenta enriqueciera al sujeto de la misma, puesto que únicamente esta modalidad cubría los excesos intensivos pero no los excesos extensivos¹⁸³. Efectivamente, esta última fue la interpretación acogida por el más Alto Tribunal español, quien llegó a explicar que «en realidad la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece «como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de apropiación indebida) y el mero uso abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal)»¹⁸⁴. De hecho, este planteamiento era el defendido por parte de un sector de la

¹⁸⁰ Vid., VALEIJE ÁLVAREZ, 2015, p. 1211.

¹⁸¹ Vid., SANZ MULAS, 2017, p. 11, quien reconociendo que a través de este precepto era posible ampliar las conductas que pueden ser castigadas a través del delito de malversación del patrimonio, en realidad hacía hincapié en el hecho de que el art. 252 CP, al cual se remitía la modalidad de administración desleal de patrimonio público, es «un delito que por su generalidad es incompatible con el principio de taxatividad penal, con la agravante de que la malversación tiene una pena superior», al no ser «equiparables las finalidades, contornos y limitaciones de la gestión del patrimonio público y del privado». En un sentido similar lo expresa DELGADO SANCHO, 2019, p. 25.

¹⁸² Vid., en este sentido, CASTELLÓ NICÁS, 2017, p. 23.

¹⁸³ Así fue señalado por CASTELLÓ NICÁS, 2017, pp. 25-26.

¹⁸⁴ Vid., FJ Sexto de la STS 2 marzo 2016 (ECLI:ES:TS:2016:826).

doctrina que explicaba que, si bien se trataba de un tipo doloso¹⁸⁵, no resultaba necesario apreciar el ánimo de lucro, entendido como «*animus rebi sibi habendi*»¹⁸⁶. No obstante, algunos tribunales de instancias inferiores como la Audiencia Provincial de Valencia llegaron a señalar que tenían cabida en esta modalidad delictiva «tanto las conductas apropiatorias de los funcionarios y autoridades que tienen facultades de administración sobre el patrimonio público, como las conductas de gestión desleal no apropiatorias, inclusivas las de usos ilícitos realizados por el funcionario administrador»¹⁸⁷. De nuevo, la vaguedad en la redacción de la conducta típica dio lugar a interpretaciones diversas. Además, en otro orden de las cosas, seguían resultando atípicas, por tanto, las conductas imprudentes, esto es, la realización de actuaciones de administración desleal de patrimonio público por descuido o negligencia¹⁸⁸.

Por otro lado, surgía también la duda de si se podían integrar aquí conductas de distracción o desvío de fondos para fines distintos a los contemplados en esta Ley¹⁸⁹, lo cual fue confirmado primero en instancias inferiores¹⁹⁰ y, posteriormente por parte del TS¹⁹¹. E igualmente se puso en cuestión si las conductas de malversación de uso, que se derogaban a raíz de la reforma operada por la LO 1/2015 y que se contenían en los anteriores arts. 433 y 434 CP, eran ahora susceptibles de poder castigarse a través de la nueva modalidad delictiva de administración desleal de patrimonio público. Y en relación a ello, la doctrina se mostraba partidaria de poder integrar aquí este tipo de comportamientos de una manera amplia¹⁹², exigiéndose en todo caso la

¹⁸⁵ Vid., en este sentido, CARRACEDO CARRASCO, 2022, p. 1352, quien señalaba que «el delito de administración desleal se completa con el dolo genérico comprendiendo el conocimiento y la aceptación del perjuicio que se irroga al patrimonio administrado (...) siendo suficiente el dolo eventual». Vid. FJ Quinto STS 4 diciembre 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5817) en donde se señala respecto del art. 252 CP que basta «el dolo constituido por el conocimiento y consentimiento de la causación de aquel perjuicio».

¹⁸⁶ Vid., en este sentido, CARRACEDO CARRASCO, 2022, p. 1352, quien señala que «el tipo subjetivo no requiere enriquecimiento del sujeto activo ni de un tercero, que, siendo irrelevante para entender perfeccionado el delito, de concurrir, pertenecería a la fase de agotamiento del delito», y consecuentemente, «la aplicación del delito de administración desleal no exige ni ánimo de lucro, ni actuación en beneficio propio o ajeno». Vid., también, ROSSO PÉREZ, 2022, p. 2. Vid., igualmente MIR PUIG, 2015b, p. 215. Vid., este sentido, DE LA MATA BARRANCO, 2022, p. 512. No obstante, este autor sí que señalaba que tenía que estar presente en esta modalidad delictiva del patrimonio público «el *animus rem sibi utendi* y éste a la existencia de dolo expropiatorio, en el sentido que ha de definirse la expropiación en cuanto perjuicio patrimonial de lo público» (p. 512).

¹⁸⁷ Vid., FJ Segundo SAP Valencia 30 septiembre 2019 (ECL:ES:APV:2019: 3352A).

¹⁸⁸ Vid., CARRACEDO CARRASCO, 2022, p. 1352, quien señalaba, apoyándose en la jurisprudencia, que «ante la imprevisión de una modalidad imprudente, serán atípicas las actuaciones de quien ostente facultades de administración guiadas por el mero descuido o negligente ejercicio de su responsabilidad».

¹⁸⁹ Vid., DE LA MATA BARRANCO, 2022, p. 511, quien llegó a afirmar que la distracción de fondos (aun sin apropiación) con desviación a fines «ilícitos» era claramente subsumible en el art. 432.1.

¹⁹⁰ Vid., FJ Segundo de la SAP Valencia 30 septiembre 2019 (ECL:ES:APV: 2019: 3352A) en donde se señala a este respecto que «dentro de la nueva modalidad de administración desleal de patrimonio público del nuevo artículo 432.1 tienen cabida las (...) conductas de gestión desleal no apropiatorias, inclusivas las de usos ilícitos realizados por el funcionario administrador, consistentes en destinar los bienes a usos ajenos a la función pública o en dar a los mismos una aplicación privada».

¹⁹¹ Vid., apartado cuarto del Antecedente de Hecho Cuarto ATS 13 febrero 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1228A), p. 28.

¹⁹² Vid., MIR PUIG, 2015b, p. 216. Vid., también, DE LA MATA BARRANCO, 2022, p. 512, quien

necesidad de acreditar un «perjuicio» para la administración¹⁹³, lo cual fue ratificado también por la jurisprudencia¹⁹⁴.

Por último, el propio TS afirmó que con la incorporación de esta otra modalidad delictiva de administración desleal de patrimonio público se podían llegar a castigar como delito nuevas conductas que anteriormente no podían serlo, ampliándose de esta manera la variedad de comportamientos que podían integrar este ilícito penal¹⁹⁵. Y, efectivamente, esto fue resultado, tal y como se llegó a afirmar por parte de la doctrina, de que se pasaba de un tipo de apoderamiento a otro de daño, lo cual implicaba que ya no resultara necesario probar que se había producido un acto de apoderamiento con ánimo de lucro, puesto que era suficiente con el acto fraudulento de gestión capaz de ocasionar el perjuicio¹⁹⁶. En definitiva, el legislador dio pie a que se pudieran castigar dentro de la modalidad de administración desleal de patrimonio público tanto conductas relativas al tipo de abuso¹⁹⁷ como al tipo de infidelidad¹⁹⁸. Y de este modo, la doctrina llegó a señalar una gran variedad de supuestos que se podían llegar a castigar, esto es: a) la celebración por parte del sujeto activo de contratos sin contraprestación o a precios superiores a los reales¹⁹⁹; b) conductas de omisión, en las que el sujeto activo no ejercita un derecho de crédito del patrimonio administrado²⁰⁰; c) la asunción indebida de obligaciones de gasto²⁰¹; d) los comportamientos

señala que se integraría aquí también la conducta de malversación de uso de bienes inmuebles. Vid., igualmente, MIR PUIG, 2015b, p. 218, quien llegó a señalar que quedaban igualmente integradas «las lesiones patrimoniales causadas en comisión por omisión, al tener el funcionario una posición de garante respecto al patrimonio público: así, el supuesto de consentir o permitir el funcionario que un tercero utilice el bien público siquiera temporalmente».

¹⁹³ Vid., en este sentido, SANZ MULAS, 2017, p. 15.

¹⁹⁴ Por su parte, recientemente la Fiscalía General del Estado señalaba que «la jurisprudencia mantuvo que el art. 433 CP anterior a la reforma de 2015 encontraba perfecto acomodo en el ahora derogado art. 432.1 CP». Vid., Decreto FGE de 25 de enero de 2023, p. 19.

¹⁹⁵ En este sentido, vid. FJ Sexto de la STS 30 mayo 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1803), en donde se llegaba a afirmar que «el nuevo tipo de malversación reprueba la conducta de la autoridad o funcionario público encargado del patrimonio público que, quebrantando los vínculos de fidelidad y lealtad que le corresponden por el ejercicio de su función y abusando de las funciones de su cargo, causa un perjuicio al patrimonio administrado» y así, «esta modalidad típica es mucho más amplia que la que definía al delito de malversación con anterioridad a la reforma y en ella caben actuaciones distintas de la mera sustracción tales como la asunción indebida de obligaciones».

¹⁹⁶ De esta manera lo señala RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2021, pp. 2-3. Vid., en este sentido, ROSSO PÉREZ, 2022, p. 3.

¹⁹⁷ Vid., BACIGALUPO SAGGESE, 2018, p. 5, quien señala que el tipo de abuso es la «modalidad típica consistente en abusar de las facultades de obligar al sujeto administrado», siendo el juicio sobre el exceso «particularmente difícil en el caso de las llamadas operaciones de riesgo, en las que, como es sabido, “el pronóstico de si la medida en cuestión producirá ganancias o pérdidas está cargado de inseguridad”».

¹⁹⁸ Vid., BACIGALUPO SAGGESE, 2018, p. 5, quien explica que «en el tipo de infidelidad se subsumirán todas las conductas lesivas del patrimonio que no se manifiesten a través de negocios jurídicos en los que se contraen obligaciones, sino en un ejercicio de la administración incompatible con el cuidado exigido en la conservación del patrimonio».

¹⁹⁹ MIR PUIG, 2015b, p. 218.

²⁰⁰ ROSSO PÉREZ, 2022, p. 3.

²⁰¹ Vid., DE LA MATA BARRANCO, 2019, p. 137, quien explica que «aunque ya existía una jurisprudencia abundante que en determinados casos permitía integrar en el concepto de la antigua malversación la asunción indebida de obligaciones de gasto, con la Ley Orgánica 1/2015 la subsunción de esta conducta en el

de administración que originen un riesgo previsible de sanciones o de responsabilidad patrimonial de riesgo administrado; e) creación de fondos ocultos de efectivo; f) e igualmente, como señalaba MIR PUIG, supuestos de utilización del patrimonio público sin habilitación presupuestaria, esto es, «gastos desmesurados en bienes y servicios que no se llegan a prestar o que eran innecesarios», y también «utilización de recursos públicos para fines diversos de los autorizados», o la «asunción de gastos u obligaciones cuando no se dispone de crédito suficiente para su pago», etc.²⁰², conductas muchas de ellas de naturaleza claramente dilapidadora²⁰³. De hecho, como explicaba DE LA MATA BARRANCO la jurisprudencia llegó a aplicar este precepto a «contrataciones irregulares de personal, contratos opacos onerosos, incumplimientos de directrices para evitar endeudamientos, realización de obras fuera de toda lógica económica, contrataciones a precios superiores a los reales, encargo de informes ficticios o sin interés jurídico o económico alguno, casos groseros de incumplimientos presupuestarios, venta de bienes públicos por debajo de su valor de mercado, fraccionamiento del importe de una licitación, amaño de contratos, aceptación de presupuestos inviables, pagos de servicios no prestados»²⁰⁴. De este modo, se empezaron a castigar por nuestros tribunales de justicia conductas consideradas como de despilfarro. Y es que esta puerta la había dejado abierta la Sala Segunda del TS cuando llegó a afirmar que anteriormente «la gestión desidiosa o incluso desleal o dilapidadora (inversiones en fines o bienes de dudosa utilidad social) -el despilfarro- no quedaban ineludiblemente incardinados en la malversación», argumentándose a este respecto que «ahora eso es más factible por la remodelación que se ha efectuado de esa tipicidad asimilándola a la administración desleal (art. 252 CP)»²⁰⁵. No obstante, no todo tipo de comportamiento quedaba abarcado por esta nueva modalidad delictiva puesto que resultaban excluidas como argumentaba la doctrina las denominadas «operaciones de riesgo permitido»²⁰⁶ -aunque para un sector doctrinal había que tener en cuenta en ellas el dolo eventual del sujeto activo²⁰⁷-. E igualmente existía consenso en considerar que no constituía conducta delictiva, sino simple infracción administrativa, la aplicación de fondos públicos a otro fin también público²⁰⁸ -una conducta que precisamente ahora resulta castigada en el art. 433 CP, tal y como

actual artículo 432. 1 no ofrece ninguna duda». De esta manera se señala en el FJ Sexto STS 30 de mayo 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1803).

²⁰² MIR PUIG, 2015b, p. 218.

²⁰³ Vid., también, ESQUINAS VALVERDE, 2022, p. 572.

²⁰⁴ DE LA MATA BARRANCO, 2022, p. 512.

²⁰⁵ Vid., FJ Tercero de la STS 8 junio 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2056).

²⁰⁶ ROSSO PÉREZ, 2022, p. 3.

²⁰⁷ Vid., CARRACEDO CARRASCO, 2022, p. 1352, quien llegó a señalar que el comprobar el dolo eventual «será relevante al valorar la tipicidad de los denominados negocios de riesgo».

²⁰⁸ Vid., DE LA MATA BARRANCO, 2022, p. 512. Vid., también SANZ MULAS, 2017, p. 13. Vid., igualmente, MIR PUIG, 2015a, p. 1453.

hemos analizado-, lo que originaba que quedaran fuera del tipo penal determinados supuestos de despilfarro de patrimonio público²⁰⁹.

IV. Conclusiones: luces y sombras en la nueva regulación del delito de malversación de patrimonio público

Es cierto que la nueva regulación del delito de malversación de patrimonio público surgida tras la reforma penal operada a través de la LO 14/2022 ha introducido ciertas y necesarias mejoras en este ilícito penal. Pero al mismo tiempo, también puede sostenerse que otros aspectos relativos a este delito han empeorado notablemente, lo que nos lleva a afirmar que en la actualidad aún no existe una tipificación lo suficientemente satisfactoria en este ámbito.

Uno de los aspectos más positivos que ha introducido la nueva regulación ha consistido en la definición que a efectos penales ahora existe en el art. 433 CP en relación al concepto de patrimonio público, impidiéndose de esta manera que pueda llegar a producirse la atipicidad de ciertos comportamientos en lo concerniente al objeto material del delito, lo que además estaría en consonancia con lo establecido en la nueva Propuesta de Directiva de la UE en esta materia.

Consideramos, además, que constituye un hecho acertado del legislador español el haber recuperado la redacción original de la modalidad apropiatoria de la malversación de patrimonio público, actualizándose su redacción legal e introduciendo ciertos cambios que resultaban imprescindibles. La anterior regulación de la modalidad delictiva de la apropiación de fondos públicos resultaba a estos efectos claramente insatisfactoria por la multitud de problemas de índole dogmático que ocasionaba, dada la remisión que existía al genérico delito de apropiación indebida²¹⁰. Ahora, con la actual regulación, entendemos que existe una mayor seguridad jurídica a este respecto, pudiéndose castigar todos aquellos supuestos que anteriormente se castigaban a través del art. 432. 2 en la modalidad contemplada en el vigente art. 432 CP²¹¹, por lo que no se produce a este respecto ninguna laguna de punibilidad. Aun así, entendemos que esta modalidad delictiva de la malversación podría verse mejorada si, *de lege ferenda*, se introducen una serie de cambios: así, en primer lugar, respecto a la conducta activa incluiríamos aquí no sólo el comportamiento de apropiarse de fondos

²⁰⁹ Vid., SANZ MULAS, 2017, p. 13, quien a este respecto se preguntaba lo que ocurría cuando esas desviaciones a otros fines públicos eran verdaderas conductas de despilfarro de fondos público, concluyendo que «en la medida que éstos hayan tenido finalmente un destino público, por muy inoportuno, inapropiado o excesivo que pueda parecer, no cabría en principio hablar de perjuicio económico» (pp. 13-14).

²¹⁰ Vid., CASTRO MORENO/GUTIÉRREZ RODRIGUEZ, 2013, p. 782, quienes ya para el anteproyecto que se propuso en el año 2012 establecían que debía «mantenerse un tipo similar al actual artículo 432 CP, que sancione la malversación apropiatoria o definitiva realizada por el funcionario o autoridad que tiene los bienes públicos a su cargo por razón de sus funciones».

²¹¹ Vid., Decreto FGE de 25 de enero de 2023, p. 9, en donde se ha señalado que «siempre que el relato fáctico de la sentencia condenatoria contenga la descripción de los elementos objetivos y subjetivos que exigía el derogado art. 432.2 CP, la conducta se considerará incardinable ahora en el nuevo art. 432 CP».

públicos sino también el de distraer los mismos; y, en segundo lugar, para la conducta omisiva ampliaríamos el alcance del tipo penal incluyendo una modalidad por imprudencia grave. Por otro lado, también la nueva regulación recupera, a través del art. 432 bis CP, la tradicional figura de malversación de uso que ya existía cuando se aprobó nuestro Código Penal del año 1995, mejorándose técnicamente el precepto al haberse introducido en él los cambios más relevantes que habían sido señalados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Una conducta ésta que, por lo demás, como ha sido señalado por nuestro más Alto Tribunal, habrá de ser interpretada del mismo modo a como tradicionalmente venía haciéndose. Por último, se ha incluido una segunda malversación de uso consistente en dar al patrimonio un destino público distinto al previsto, lo cual puede ser también considerado como un aspecto positivo de la nueva regulación, puesto que de esta manera se solventa una de las principales lagunas punitivas que el delito de malversación de patrimonio público lleva arrastrando desde su incorporación al actual Código Penal. No obstante, consideramos que el precepto podría también mejorarse si, *de lege ferenda*, se introdujeran ciertos cambios, esto es: por un lado, detrás de la expresión «aplicación pública» habría que incluir la palabra «lícita»; y, por otro lado, se podría llegar a condicionar la aplicación del precepto a que la conducta se realice cuando el valor del perjuicio causado o del patrimonio público aplicado a una partida lícita diferente supere cierta cuantía económica.

Como aspectos negativos, podemos destacar que, en primer lugar, se ha desperdiciado la oportunidad de modificar la cláusula del art. 434 CP que actualmente podría llegar a provocar que al autor de un delito de malversación se le imponga una pena simbólica. En realidad, nosotros hubiésemos sido partidarios de eliminar la misma, pero lo cierto es que ésta -al menos parcialmente- se llega a contemplar en el art. 18, apartado 2, letra a) de la nueva Propuesta de Directiva de la UE en materia de corrupción. Y es que aquí se obliga a contemplar una atenuación en caso de que «el delincuente facilite a las autoridades competentes información que éstas no habrían podido obtener de otro modo, ayudándolas a (i) identificar o procesar a otros delincuentes, o (ii) encontrar pruebas». Por ello, aunque se tenga que mantener este precepto, *de lege ferenda*, proponemos que no se permita bajar tanto la pena al culpable por esta circunstancia, puesto que en la actualidad ésta puede llegar a ser reducida incluso hasta en dos grados. Eliminaríamos eso sí, *de lege ferenda*, la atenuación por reparación del perjuicio causado al existir ya una atenuante genérica en este ámbito.

En segundo lugar, es cierto que se recupera de forma acertada la agravante que fue eliminada en la última reforma penal en caso de que «las cosas malversadas fueran de valor artístico, histórico, cultural o científico; o si se tratase de efectos destinados a aliviar alguna calidad pública», lo cual resulta completamente lógico al contenerse una cláusula similar en otros preceptos de nuestro principal texto punitivo. Pero al mismo tiempo, para un futuro habría que tener en cuenta el contenido del art.

18. 1 de la nueva Propuesta de Directiva de la UE en materia de corrupción, que obliga a tipificar una serie de circunstancias agravantes que en la actualidad no se recogen en el art. 432 CP: el que el «autor del delito sea un alto funcionario» (letra a); cuando el «delincuente cometió el delito en beneficio de un tercer país» (letra d); cuando el autor «ejerce funciones de investigación, acusación o adjudicación» (letra e); o cuando el autor es un empleado de una entidad obligada en el sentido del art. 2 de la Directiva (UE) 2015/849 (letra f). Además, habría que tener en cuenta que todas estas agravantes deberían extenderse al resto de modalidades de la malversación de patrimonio público.

En tercer lugar, con la LO 14/2022 la nueva regulación de este delito regresa a las modalidades delictivas que se contenían en el Código Penal de 1995 -con la única novedad eso sí, de introducir la modalidad del art. 433 CP-. Pero no podemos olvidar que la regulación original que existía en relación a este delito había sido cuestionada porque no permitía castigar los comportamientos relativos a la administración desleal del patrimonio público que sí que se empezaron a castigar a raíz de la reforma que se realizó sobre este ilícito penal a través de la LO 1/2015²¹². De este modo, a partir de ahora, tras la reforma operada por la LO 14/2022, se tienen que buscar nuevas fórmulas jurídicas para castigar este tipo de comportamientos. De ello se ha dado cuenta la propia Fiscalía General del Estado, quien ha llegado a proponer una solución que pretende evitar que se produzcan importantes lagunas de punibilidad en el ámbito de este delito. Pero, en realidad, ello lo que está evidenciando son los importantes problemas técnicos que ha originado la nueva regulación penal. En este sentido, se ha solicitado a los fiscales que acusen, junto con el nuevo tipo penal del art 433 CP también por el delito genérico de administración desleal, afirmándose a este respecto que «la introducción del art. 433 CP supone completar el marco típico de la malversación de caudales públicos, de modo que su apreciación alternativa o subsidiaria podrá evitar situaciones de impunidad en aquellos casos en los que el patrimonio público no se haya destinado a un fin privado y se planteen dudas sobre algunos de los elementos del tipo o en relación con la consumación delictiva»²¹³. Por otra

²¹² Coincidimos de esta manera con LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2015, p. 171, quien señala que «no cabe duda de que “sustraer” fondos públicos debe ser delito; pero tampoco cabe dudar de que la gestión desleal de fondos públicos con quebranto del patrimonio administrado se puede cometer de muchas otras formas», razonándose a continuación que «baste con pensar en el supuesto clásico de administración desleal: se contrata un servicio innecesario, o se contrata por un precio muy superior al justo», concluyéndose que «de hecho, en el derecho comparado se considera habitualmente innecesario regular de forma independiente el delito de malversación: se regula de forma correcta la administración desleal, y se prevé simplemente una agravación para el supuesto en que es cometida por funcionarios públicos o afecta a recursos públicos». Vid., también, SANZ MULAS, 2017, p. 11, quien señalaba que la anterior regulación excluía el castigo «por ejemplo, de la venta de bienes inmuebles a infraprecio (...); la celebración de contratos sin contraprestación (el pago de dinero público por servicios nunca realizados, propios de las causas de financiación ilegal); las contrataciones a precios superiores a los reales; la creación de fondos ocultos de efectivo público sustraído al control de la administración; o la realización de operaciones no autorizadas con perjuicio para el patrimonio administrado».

²¹³ Vid., Decreto FGE de 25 de enero de 2023, p. 25. Se concluye en este sentido que «esta interpretación se acomoda a la voluntad del legislador de no destipificar conducta alguna, expresada de forma categórica en

parte, intentar castigar a través de la figura de la apropiación de fondos públicos este tipo de comportamientos, tal y como ha llegado a sugerir el TS, tampoco resulta a nuestro modo de ver una solución satisfactoria. Por ello, entendemos que este tipo de conductas deberían de tener su propia tipificación en la regulación del delito de malversación de patrimonio público, contemplándose unas mayores penas que las señaladas en el genérico delito de administración desleal, puesto que no podemos olvidar el carácter pluriofensivo de este ilícito penal. Además de que existen distintos pronunciamientos de nuestros tribunales que avalan esta hipótesis²¹⁴.

Proponemos, por tanto, de *lege ferenda*, la reintroducción de un tipo penal relativo a la administración desleal de patrimonio público, que complemente al actual art. 433 CP puesto que entendemos que éste último tiene un ámbito de aplicación mucho más restringido, para que, de este modo, se puedan seguir castigando a través del delito de administración desleal de patrimonio público todos aquellos comportamientos que se incluyeron a raíz de la reforma realizada por la LO 1/2015. Pero, a nuestro modo de ver, deberían incorporarse determinados cambios en la redacción del precepto: a) así, en primer lugar, habría que evitar hacer una remisión al genérico delito de administración desleal contenido en el art. 252 CP, debido a todos esos problemas interpretativos que, como hemos analizado, se llegan a originar; b) además, la formulación del precepto debe realizarse castigando este tipo de comportamientos de una manera más restringida, evitando que el precepto pueda ser tildado de poco taxativo²¹⁵; c) consideramos que no es necesario introducir un nuevo concepto de perjuicio en el ámbito de la administración pública, tal y como se ha llegado a sugerir²¹⁶ con el fin de evitar que coexistan varios conceptos sobre ello, lo que podría llegar a generar confusión. A este respecto, quizás, la formulación recogida en el art. 252 CP «infringir las facultades excediéndose en el ejercicio de las mismas» -que permite

el preámbulo de la LO 14/2022 en los siguientes términos: “[e]n resumen, la presente propuesta viene a sancionar cualquier clase de gasto indebido de fondos públicos por quien siendo autoridad o funcionario público tiene encomendada su custodia o administración» (p. 16).

²¹⁴ En este sentido, existen pronunciamientos jurisprudenciales que avalan esta hipótesis: a) por un lado, en el FJ Quinto de la STC 22 de mayo 1986 (ECLI:ES:TC:1986:65) se llegó a afirmar que está constitucionalmente justificado que se castiguen con más pena este tipo de comportamientos, refiriéndose el tribunal, eso sí, a la modalidad de apropiación de fondos públicos, al sostenerse que «por un lado, además de apropiarse de bienes ajenos, viola un deber personal de fidelidad respecto del estado» y «por otro lado, la apropiación con la que se consuma el delito de malversación recae sobre bienes públicos a los que el legislador puede dispensar una mayor protección que a los privados en razón de los intereses generales afectados», por lo que «de todo se deduce que el legislador no ha vulnerado el artículo 14 de la Constitución al prever sanciones penales distintas para los delitos de apropiación indebida y malversación de fondos»; b) Además, en el FJ Décimo Octavo de la STS 14 octubre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3191), se ha llegado a afirmar que «la apropiación por la que se consuma del delito de malversación recae sobre bienes públicos a los que el legislador debe dispensar una mayor protección que a los privados».

²¹⁵ Nos mostramos de acuerdo con MIR PUIG, 2015a, p. 1454, cuando señalaba en relación a la reforma de 2015 que, «con la técnica empleada por el legislador de tipificar la malversación por remisión, pero en relación con el patrimonio público, gana en cuanto se amplía muy notablemente el ámbito de aplicación de la misma, sin embargo pierde en taxatividad» recordando las críticas realizadas por un sector de la doctrina. Vid., también, ROSSO PÉREZ, 2022, p. 2. Vid., igualmente, SANZ MULAS, 2017, p. 12.

²¹⁶ MACÍAS ESPEJO, 2021, p. 712.

extender demasiado el tipo penal- pudiera sustituirse por otra fórmula que suponga una aplicación más limitada. La propuesta que realizamos sería utilizar una redacción similar a la del derogado art. 295 CP, que, según jurisprudencia, permitía castigar muy variadas conductas en este ámbito²¹⁷. Su tenor literal podría ser, por tanto: «1. La autoridad o funcionario público que teniendo facultades para administrar un patrimonio público, contrajera obligaciones o abusare fraudulentamente de aquel, causando con ello un perjuicio, será castigado (...)». A su vez, entendemos que tendría que tener cobertura penal igualmente la realización por parte de un funcionario o autoridad pública de conductas relativas al gasto excesivo, superfluo o desproporcionado u otras conductas asimiladas, puesto que éstas perjudican de igual modo los intereses tutelados en el delito de malversación de patrimonio público. Recordemos, a este respecto, que en el art 31.2 CE se dispone que «el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía». El tenor literal que se propone aquí es que el sigue: «2. Con las mismas penas será castigado el funcionario o autoridad pública que actuando de forma infiel sobre el patrimonio público, realizare disposiciones sobre éste careciendo de la debida cobertura presupuestaria cuando el valor del perjuicio causado o del patrimonio público excediera de 3.000 euros, o realizare gastos que resulten manifiestamente innecesarios o desproporcionados en la adquisición de bienes o en la prestación de servicios públicos por no responder ello a los criterios de eficiencia y economía».

Finalmente, otro aspecto que habría que mejorar es el relativo a la actualización de las penas contempladas en algunas de las modalidades del actual delito de malversación de patrimonio público, puesto que según lo dispuesto en el art. 15. 2. b) de la nueva Propuesta de Directiva de la UE en materia de corrupción, sus tipos básicos tienen que ser castigados con una «pena máxima de prisión de al menos cinco años». Y esto es incumplido en la actualidad en la modalidad de desviación de patrimonio público a usos públicos distintos a los legalmente previstos del art. 433 CP -que contempla una pena máxima de cuatro años- y entendemos que también en la modalidad de uso temporal del art. 432 bis -que en el primer apartado castiga únicamente con una pena de prisión máxima de tres años-.

De esta manera, con todos estos cambios propuestos, entendemos que se podría llegar a combatir de una manera más eficaz el fenómeno de la corrupción en nuestro país.

²¹⁷ Vid., en este sentido, GALLEGO SOLER, 2015b, p. 884. quien explica que «se aceptaban como conductas incardinables en el anterior art. 295 (hoy derogado) las siguientes: a) «pago de facturas por la prestación de servicios o realización de actividades inexistentes»; b) «pago de comisiones a sociedades vinculadas o controladas por los administradores si la comisión carece de contraprestación retribuida, o si se pagan comisiones a sociedades de los propios administradores por realizar funciones que les corresponden a ellos, o si la comisión es de injustificado valor»; c) «creación de cajas negras o cajas b»; d) «percepción de retribuciones no previstas estatutariamente»; e) «compraventa de bienes (generalmente inmuebles) a sociedades vinculadas a los administradores que luego son vendidos a precios inferiores a los de compra, y frecuentemente a las mismas sociedades»; f) etc.

Bibliografía

- ABANTO VÁSQUEZ, M. A. (2018), “Modelos de protección penal del patrimonio público”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n. extraordinario 38, pp. 343-403.
- BACIGALUPO SAGGESE, S. (2018), “Administración concursal y delito de malversación”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n. 29, pp. 1-8.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.; CARRACEDO CARRASCO, E. (2020), “Sección 10. Apropiación indebida”, en: *Memento Práctico. Penal. 2023*. Madrid, pp. 1355-1363.
- CADENA SERRANO, F. A. (2019), “Concurso de delitos entre malversación y cohecho. En la médula de la corrupción”, *Diario La Ley*, n. 9535, 2019, pp. 1-11.
- CARRACEDO CARRASCO, E. (2022), “Sección. 9. Administración desleal”, en: *Memento Práctico. Penal. 2023*. Madrid, pp. 1346-1354.
- CASTELLÓ NICÁS, N. (2017), “Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de 2015: ¿Compartimentos estancos?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 19, pp. 1-29.
- CASTRO LIÑARES, D. (2016), “Novedades en el actual Delito de Malversación tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015”, *Diario La Ley*, n. 8835, pp. 1-17.
- CASTRO MORENO, A. (2015a), “Comentario previo a los artículos 432 a 435”, en Gómez Tomillo (dir.): *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo V*, Cizur Menor (Navarra), p. 345.
- CASTRO MORENO, A. (2015b), “Artículo 432”, en Gómez Tomillo (dir.): *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo V*, Cizur Menor (Navarra), pp. 347-356.
- CASTRO MORENO, A. (2015c), “Artículo 433”, en Gómez Tomillo (dir.): *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo V*, Cizur Menor (Navarra), p. 357.
- CASTRO MORENO, A. (2015d), “Artículo 434”, en Gómez Tomillo (dir.): *Comentarios Prácticos al Código Penal. Tomo V*, Cizur Menor (Navarra), pp. 363-364.
- CASTRO MORENO, A; GUTIÉRREZ RODRIGUEZ, M. (2013), “Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado”, en Álvarez García (dir.); Dopico Gómez-Aller (coord.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, pp. 765-785.
- DE LA MATA BARRANCO, N. (2019), “El delito de malversación: la administración desleal del patrimonio público”, en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n. 26, pp. 133-148.
- DE LA MATA BARRANCO, N. (2022), “Administración desleal de dinero público: la nueva malversación”, en Olmedo Cardenete; Castelló Nicás; Jiménez Díaz; Barquín Sáenz; Aránquez Sánchez (coords.): *Estudios en homenaje al prof. Dr. D. Jesús Martínez Ruíz*, Madrid, pp. 509-518.
- DELGADO SANCHO, C. D. (2019) “Administración desleal y apropiación indebida tras la reforma de la ley orgánica 1/2015”, en *Revista General de Derecho Penal*, n. 32, pp. 1-29.
- DOLZ LAGO, M. J. (2022), “Caso «ERES de Andalucía»: condena del ex presidente de la Junta por delito de prevaricación administrativa en concurso medial con malversación de caudales públicos”, *Diario La Ley*, n. 10174, pp. 1-16.
- ESQUINAS VALVERDE, P. (2022), “Lección 30. Delitos contra la administración pública (II)” en Marín de Espinosa Ceballos (dir.); Esquinas Valverde (coord.): *Lecciones de derecho penal. Parte especial. 3ª ed.*, Valencia, pp. 561-584.
- GALLEGO SOLER, J. I. (2015a), “Arts. 305-310 bis”, en Corcoy Bidasolo; Mir Puig (dirs);

- Vera Sánchez (coord.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, pp. 1055-1095.
- GALLEGOSOLER, J. I. (2015b), “Arts. 234-262”, en Corcoy Bidasolo; Mir Puig (dirs.); Vera Sánchez (coord.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, pp. 811-925.
- GARCÍA-BERRO MONTILLA, C. (2018), “La venta a infra precio de bienes públicos antes y después de la reforma de la L.O. 1/2015”, *Diario La Ley*, n. 9141, pp. 1-6.
- GARROCHO SALCEDO, A. M. (2014), “Los delitos de malversación”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 6, pp. 269-278.
- 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*, n. 18, pp. 1-36.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (2023), “El Retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y siguientes)” en González Cussac (coord.): *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, Valencia, pp. 143-166.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2015), *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*, Cizur Menor (Navarra).
- MACÍAS ESPEJO, B. (2020), *El delito de malversación como forma de corrupción política: estudio dogmático y casuística jurisprudencial*, Cizur Menor (Navarra).
- MACÍAS ESPEJO, B. (2021), “Capítulo veintidós. La malversación propia: un delito instrumental de corrupción política”, en Morillas Cueva (dir.): *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, Madrid, pp. 697-725.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L. (2013), “La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, n. 8104, pp. 1-9.
- MELIÁN, I. (2019), “Análisis judicial del delito de malversación de caudales públicos”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 32, pp. 1-40.
- MIR PUIG, C. (2011), “Arts. 404-445. De la malversación”, en Corcoy Bidasolo; Mir Puig (dirs.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, pp. 889-966.
- MIR PUIG, C. (2015a), “Arts. 404-445” en Corcoy Bidasolo; Mir Puig (dirs.); Vera Sánchez (coord.): *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, pp. 1377-1500.
- MIR PUIG, C. (2015b), “La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. LXVIII, pp. 185-236.
- MORALES HERNÁNDEZ, M. A. (2022), *Los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos: análisis de los arts. 304 bis y 304 ter CP y una propuesta de reforma*, Cizur Menor (Navarra).
- MORALES PRATS, F.; MORALES GARCÍA, O. (2012), “Capítulo 19. Comentario al delito de malversación” en: *La Corrupción a Examen*, Cizur Menor (Navarra), pp. 267-286.
- MORILLAS CUEVA, L. (2020), “Capítulo 54. Delitos contra la administración pública (VII). Malversación”, en Morillas Cueva (dir.): *Sistema de derecho penal. Parte especial. 3ª ed.*, Madrid, pp. 1283-1305.
- MUÑOZ CONDE, F. (2022), *Derecho penal. Parte especial. 24ª ed.*, Valencia.
- MUÑOZ CUESTA, J. (2012a), “Capítulo 8. Delito de despilfarro de dinero”, en: *La Corrupción a Examen*, Cizur Menor (Navarra), pp. 147-149.

- MUÑOZ CUESTA, J. (2012b), “Capítulo 20. Interpretación de la especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento del servicio público en el delito de malversación”, en: *La Corrupción a Examen*, Cizur Menor (Navarra), pp. 287-292.
- POZUELO PÉREZ, L. (2022). “Capítulo 43. Delitos contra la administración pública”, en: *Memento Práctico. Penal. 2023*, Madrid, pp.1841-1885.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2016), “Capítulo VII. De la malversación”, en Quintero Olivares (dir.); Morales Prats (coord.): *Comentarios al Código Penal español. Tomo II (Artículos 234 a DF. 7ª). 7ª ed.*, Cizur Menor (Navarra), pp. 1418-1437.
- ROCA AGAPITO, L. (2013), “Lección 14ª Malversación” en Álvarez García (dir.); Manjón-Cabeza Olmeda; Ventura Püschel (coords.): *Tratado de derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Valencia, pp. 493-550.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2021), “La malversación como administración desleal del patrimonio público: nuevas perspectivas jurisprudenciales en la lucha contra la corrupción (con especial atención del Caso del Procès)”, en *Diario La Ley*, n. 9963, pp. 1-15.
- ROMERO ABOLAFIO, J. J. (2022), “El delito de malversación en clave de integridad pública: situación actual y perspectivas de reforma”, *Cuadernos de política criminal*, n. 138, pp. 131-179.
- ROSSO PÉREZ, M. E. (2022), “La malversación de caudales públicos”, *Diario La Ley*, n. 10108, pp. 1-4.
- SANZ MULAS, N. (2017), “Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 19, pp. 1-35.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.; JUDEL PRIETO, Á.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R. (2012), “Capítulo 18. Malversación”, en: *La Corrupción a Examen*, Cizur Menor (Navarra), pp. 259-266.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I. (2015), “Malversación (arts. 432, 433, 434 y 435)”, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.); GÓRRIZ ROYO; MATA LLÍN EVANGELLO (coords.): *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015. 2ª ed.* Valencia, pp. 1205-1216.