

## REFORMA Y CONTRARREFORMA DEL DELITO DE MALVERSACIÓN

### REFORM AND COUNTER-REFORM OF THE CRIME OF EMBEZZLEMENT

Augusto Javier Mosquera Blanco<sup>1,a</sup>

<sup>1</sup> Juez, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Carballo, A Coruña, España

✉ [aj.mosquera@poderjudicial.es](mailto:aj.mosquera@poderjudicial.es)

#### Resumen

La LO 14/2022, de 22 de diciembre, introduce una nueva regulación del delito de malversación, cuya versión previa respondía a la LO 1/2015, de 1 de marzo, que definió el delito por remisión a la administración desleal y a la apropiación indebida, siendo el primer tipo especialmente amplio. Esta decisión es enmendada por la nueva ley, que supone un retorno parcial a la redacción original del Código penal de 1995, incluyendo la modalidad de desviación presupuestaria derogada por este. El objetivo de este artículo es analizar y contrastar la regulación de 2015 y 2022, con especial atención a la posible eficacia retroactiva de la nueva norma.

#### Abstract

Organic Act 14/2022, December 22<sup>nd</sup>, introduces a new regulation of the crime of embezzlement, whose previous version responded to OA 1/2015, March 1<sup>st</sup>, which defined the crime by referral to unfair administration and misappropriation, being the first felony especially broad. This decision is amended by the new law, which implies a partial return to the original wording of the Criminal code of 1995, including the modality of budgetary deviation repealed by it. The objective of this article is to analyse and contrast the regulation of 2015 and 2022, with special attention to the possible retroactive effectiveness of the new regulation.

**Keywords:** embezzlement; public patrimony; unfair administration; budgetary deviation; retroactivity.

## 1. INTRODUCCIÓN

El 23 de diciembre de 2022 se publicó en el BOE la Ley orgánica 14/2022 de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso (en adelante, LO 14/2022). Esta norma introduce en su artículo primero, apartados catorce a dieciocho, una nueva regulación del delito de malversación, tipificado en los artículos 432 y siguientes del Código penal (en adelante, CP), incluidos en el Capítulo VII del Título XIX (Delitos contra la Administración Pública) del Libro II.

La aprobación y tramitación parlamentaria de esta norma desató una estruendosa polémica por su velocidad, formas y contenidos. Con respecto a las reformas penales que incluye, la ley modifica diversos tipos que fueron aplicados con ocasión de los acontecimientos del otoño de 2017 en Catalunya, hechos de innegable repercusión política.

No obstante, en el caso del delito de malversación, la reforma presenta un recorrido propio, dentro del devenir histórico reciente del tipo penal. Tras la aprobación del Código penal de 1995 por Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que suprimió diversas modalidades típicas del Texto refundido de 1973, la Ley orgánica 1/2015, de 1 de marzo (en adelante, LO 1/2015), introdujo una nueva regulación del delito, que pasaba a definirse por remisión a los tipos de administración desleal y apropiación indebida, innovación que suscitó un notable debate, especialmente, atendiendo a la amplia redacción del artículo 252 CP.

Al margen del fragor de la contienda política, la LO 14/2022 supone una profunda revisión de dicha opción legislativa, recuperando en gran medida el articulado original del Código penal de 1995, que enriquece con ciertas novedades como un concepto unitario de patrimonio público. El nuevo texto propone diferenciar penalmente la conducta típica según el destino final del patrimonio malversado, distinguiendo entre la apropiación, la financiación de usos privados o la aplicación pública, supuesto este denominado desviación presupuestaria y ya previsto en el derogado artículo 397 del Texto refundido de 1973.

A continuación, efectuaremos un estudio del delito de malversación, bajo la vigencia de la LO 1/2015, con apuntes a los aspectos más destacados de la versión original, y de la nueva regulación auspiciada por la LO 14/2022, que recupera aquellos e incluye ciertas innovaciones. Finalmente, analizaremos la posible eficacia retroactiva de la norma, que ha exasperado el debate político y público en torno a la reforma, dificultando el estudio de la ley.

## 2. EL DELITO DE MALVERSACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA 1/2015, DE 30 DE MARZO

### 2.1 Concepción unitaria

La LO 1/2015, modificó completamente la regulación del delito de malversación de caudales públicos, que hasta entonces gozaba de una definición autónoma en el Código penal. Por el contrario, tras la reforma la conducta típica del artículo 432 CP pasó a definirse por remisión<sup>1</sup> a los artículos 252 y 253 que regulaban los delitos de administración desleal y apropiación indebida, tipos penales que también sufrieron profundas modificaciones.

En efecto, decía el artículo 432 CP conforme a la redacción dada por dicha norma: “1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. 2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público”.

Esta decisión era explicada por la Exposición de Motivos como parte de un afán por reforzar la lucha contra la corrupción dentro de la Administración Pública<sup>2</sup>, atendiendo a la naturaleza y estructura común de estos delitos. Decía al respecto, el apartado XV de la Exposición de Motivos: “(l)a malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos. La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos, otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. Al igual que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal”.

Ello fue especialmente criticado por el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley orgánica, que rechazaba la anterior equiparación, en atención al carácter pluriofensivo del delito, no pudiendo reducirse a un mero delito patrimonial<sup>3</sup>. En esta misma línea, desde la perspectiva doctrinal, era mayoritaria la concepción dual del delito, con un aspecto patrimonial coexistente con la sanción de la infracción de los deberes de custodia y gestión de los fondos públicos<sup>4</sup>, si bien algunos autores entendían la malversación como un delito patrimonial cualificado por el sujeto activo<sup>5</sup>. Esta última postura se vio reforzada tras la LO

---

<sup>1</sup> La técnica de la remisión ha sido cuestionada desde diversos planos; al respecto, puede verse la STS 633/2020, de 24 de noviembre, y ROMERO ABOLAFIO, J.J., “El delito de malversación en clave de integridad pública: situación actual y perspectivas de reforma”, *Cuadernos de Política Criminal*, 138, 2022, p. 150-152.

<sup>2</sup> Apartados II y XIX de la Exposición de Motivos.

<sup>3</sup> “Comenzando la crítica por la Exposición de Motivos, yerra el prelegislador al considerar que la malversación es una administración desleal cometida por funcionario público. Y ello en un doble sentido. En efecto, y en primer lugar, la malversación no es un delito patrimonial cometido por un funcionario público. Es, para la doctrina ampliamente mayoritaria, un delito especial propio, autónomo, que desde una lectura constitucional, no sólo protege el patrimonio público, sino también la confianza de la sociedad en el manejo honesto de los fondos del Estado (STS de 5 de febrero de 2008 y de 28 de noviembre de 2007), así como los deberes de fidelidad y de transparencia que tienen los funcionarios públicos a cuyo cargo se encuentran los bienes de la Administración Pública (STS de 4 de abril de 2007). En definitiva, se trata de proteger la capacidad prestacional del Estado. Por otra parte, y esto es aún más grave, en su actual configuración el delito de malversación es más que una administración desleal, pues como trataremos de mostrar, también incluye conductas de apropiación indebida que a lo que parece, van a quedar despenalizadas.

Que no es tan clara la relación de la malversación con la administración desleal lo muestra el hecho de que en Portugal, donde existe una regulación parecida a la que el texto del Anteproyecto quiere incluir respecto de la administración desleal y de la apropiación indebida, se mantiene una regulación de la malversación, en el artículo 375 (peculado) muy similar a la actualmente vigente en el artículo 432 de nuestro Código (el funcionario público que ilegítimamente se apropie, en provecho propio o de un tercero, de dinero o cualquier otra cosa mueble, pública o de un particular, que le haya sido entregada, esté en su posesión o que le sea accesible, en razón de sus funciones...). La doctrina portuguesa entiende que es un tipo cualificado de hurto o apropiación indebida por razón del sujeto activo” (ICFA, p. 288-289).

<sup>4</sup> ROCA AGAPITO, L., “Lección 14ª. Malversación”, *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra la Administraciones pública y de justicia*, dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 497.

1/2015, que intensificó la vertiente patrimonial del ilícito al remitirse a los tipos de penales de administración desleal y apropiación indebida<sup>6</sup>.

Así pues, la derogación de la conducta típica original nos remite al estudio de los nuevos artículos 252 y 253 CP, que tipifican, respectivamente, la administración desleal y la apropiación indebida.

Debe llamarse la atención sobre la compleja coordinación que tradicionalmente han mantenido ambas figuras. En efecto, el delito de administración desleal fue introducido por el Código penal de 1995 como delito societario, y, desde entonces, la relación entre este y el delito de apropiación indebida ha resultado conflictiva<sup>7</sup>, optando la jurisprudencia por una interpretación extensiva del segundo (STS de 224/1998 de 26 de febrero, caso *Argentia Trust*, y, más recientemente SSTS 438/2018, de 3 de octubre, caso *Tarjetas Black*, y 906/2016, de 30 de noviembre<sup>8</sup>).

Para resolver esta problemática, la LO 1/2015 procede a reordenar ambos delitos que quedan ya configurados como delitos patrimoniales, fuera del ámbito societario, homologándose también sus penas, conjurando la conflictividad práctica. Se opta así por un modelo de regulación unitario que toma como ejemplo el tipo de *Untreue* (infidelidad) de la legislación alemana<sup>9</sup> (parágrafo 266 del Código penal alemán)<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> ROCA AGAPITO señala como defensores de la tesis patrimonialista a CASTRO MORENO, FEIJÓO SÁNCHEZ o NIETO MARTÍN, frente a la naturaleza dual defendida por CÓRDOBA RODA y MORALES PRATS/MORALES GARCÍA; en ROCA AGAPITO, L., *op. cit.*, 2013, p. 496. Por otra parte, LOPEZ BARJA DE QUIROGA, cita en favor de la primera postura a PACHECO o ÁLVAREZ GARCÍA; en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “Tema 49. Cohecho, tráfico de influencias y malversación”, *Contestaciones al programa de derecho penal parte especial para acceso a las carreras judicial y fiscal*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., y GRANADOS PÉREZ, C., *Tirant lo Blanch*, 6ª edición, Valencia, 2015, p. 391.

<sup>6</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch, 24ª edición, Valencia, 2022, p. 1003.

<sup>7</sup> NIETO MARTÍN, A., “Tema 6. Administración desleal y apropiación indebida”, en *Derecho penal económico y de la empresa*, AA. VV., Dykinson, Madrid, 2018, p. 239-240.

<sup>8</sup> Dice esta última resolución que “(e)n la jurisprudencia coexistían, al menos desde 1994, dos posiciones respecto del entendimiento del antiguo artículo 535, y luego del artículo 252 del C. Penal de 1995. En una de ellas se entendía que en el mismo se regulaban un supuesto de apropiación indebida de cosas y otro supuesto distinto que, bajo el término *distracción*, comprendía en realidad un caso de administración desleal al estilo del artículo 266 del Código Penal alemán. Esta tesis fue recogida en la STS nº 224/1998, de 26 de febrero, en la que se argumentaba que en el art. 535 del CP derogado se yuxtaponían -como siguen yuxtaponiéndose en el art. 252 del vigente- dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su «status». En esta segunda modalidad, bastaba la causación de un perjuicio al patrimonio administrado, sin necesidad de demostrar la concurrencia del *animus rem sibi habendi*, que caracterizaba los supuestos de apropiación. En la otra posición jurisprudencial, más tradicional, se sostenía que en el artículo 535 y luego en el 252, que no lo había modificado sustancialmente, se recogían conductas apropiatorias y no conductas de uso inapropiado respecto del patrimonio administrado o entregado por cualquiera de los títulos típicos, aunque por las específicas características del dinero y otros bienes fungibles, cuando constituían el objeto del delito, se empleaba el término *distracción*, aunque siempre refiriéndose a actos de expropiación definitiva, o, lo que es lo mismo, a apropiaciones definitivas, o caracterizadas por esa vocación. Así, por *distracción* se entendía dar a lo recibido un destino distinto del impuesto, pactado autorizado, pero no con finalidad de mero uso, sino con el designio de extraerlo del patrimonio o del ámbito de dominio de su titular”.

<sup>9</sup> NIETO MARTÍN, A., *op. cit.*, 2018, p. 239. [10]

Esta vocación de unificación inspira también la regulación por remisión de la malversación cometida por autoridad o funcionario público, siguiendo también aquí el ejemplo germano, pues desde la reforma del año 1974, que derogó los parágrafos 350 y 351 del Código penal alemán, la tutela penal del patrimonio público es dispensada por el tipo común anteriormente citado de *Untreue*. Por el contrario, los ordenamientos italiano, francés o portugués, prevén tipos especiales, en el marco de los delitos cometidos por funcionarios públicos<sup>11</sup>, sistemática que respetaba tradicionalmente el Código penal español hasta la LO 1/2015, y que se recupera y fortalece con la LO 14/2022, como veremos.

## 2.2 La malversación como administración desleal o apropiación indebida del patrimonio público

Procede ya abordar el estudio de la malversación bajo la LO 1/2015, debiendo reproducir el contenido literal de los artículos 252 y 253 CP, a los que se remite el 432 CP en sus dos primeros apartados. El primero de ellos castiga 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*”; por su parte, el artículo 253 CP persigue 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*”.

La remisión que efectúa el artículo 432 CP, debe matizarse y entenderse dentro de la propia lógica del delito contra la Administración Pública, lo que exige una interpretación sistemática y teleológica de las especialidades de este<sup>12</sup>. Por tal motivo, abordaremos previamente cuestiones comunes a ambas conductas típicas, como la autoría, el objeto material y la relación típica entre ambos.

Comenzando con la referencia al sujeto activo, el delito de administración desleal se configura ya como un delito especial, toda vez que el autor ha de gozar de las facultades de administración que exige el tipo, en virtud de alguno de los títulos mencionados. En el caso del delito de apropiación indebida, debe haber recibido el objeto material en depósito, comisión, custodia o título que obligue a su devolución. Tal cualificación se ve elevada en el caso de

---

<sup>10</sup> §266 StGB *Untreue*: (1) *Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

*El que abusare de facultad conferida por la ley, orden oficial o negocio jurídico para disponer de bienes de terceros u obligarles jurídicamente, o violare el deber que le incumbe por ley, orden oficial, negocio jurídico o por relación fiduciaria, para proteger los intereses financieros de otros, y causare perjuicio a la persona de cuyos intereses financieros debe velar, será castigado con pena privativa de libertad hasta cinco años o con multa.*

<sup>11</sup> El artículo 314 del Codice penale italiano castiga el llamado delito de *peculato*, dentro de los delitos cometidos por los funcionarios contra la Administración pública; el artículo 432-15 del Code penal francés, la sustracción y destrucción de bienes, dentro de las infracciones al deber de probidad de los funcionarios; finalmente, el artículo 375 del Código penal portugués, el *peculato* (con una modalidad imprudente), dentro de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de funciones públicas.

<sup>12</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 852.

la malversación, ya que el autor, según el artículo 432 CP, habrá de ser además autoridad o funcionario público, concepto que debe ser entendido en los términos del artículo 24 CP<sup>13,14</sup>.

Con respecto al objeto material, la LO 1/2015 suprimió la referencia a los caudales o efectos públicos, concepto jurídico no exento de discusiones doctrinales<sup>15</sup>, que se ve sustituido por el patrimonio público. Ello permite incluir los actos sobre bienes inmuebles, respecto de los cuales, solamente cabía con anterioridad la imputación bajo el delito de fraude a la administración<sup>16</sup>.

En el caso de la modalidad de apropiación indebida, el objeto material es más restrictivo, pues consiste en bienes muebles, mención que incluye tanto el dinero como efectos o valores. En el caso de los bienes no fungibles, ello nos remite al estudio de la Ley 33/2003 de patrimonio de las Administraciones Públicas que regula los bienes de que puede ser titular la Administración.

Existe además un elemento normativo, cual es el título por el que el autor ostenta cierto poder sobre el objeto material. Con anterioridad al año 2015, el artículo 432 CP señalaba que la autoridad o funcionario público debía tener los caudales o efectos públicos “*a su cargo por razón de sus funciones*”, relación que no resultaba absolutamente clara. Mientras la jurisprudencia se inclinaba por otorgar a la expresión un sentido amplio<sup>17</sup>, la doctrina postulaba un entendimiento más restrictivo del mismo<sup>18, 19</sup>. Tras la LO 1/2015, el artículo

<sup>13</sup> Artículo 24 CP: “1. A los efectos penales, se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Tendrán también la consideración de autoridad los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía Europea.

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

<sup>14</sup> La Ley orgánica 9/2021, ha incluido en el concepto de autoridad a los Fiscales de la Fiscalía Europea.

<sup>15</sup> Existe acuerdo en entender por caudal público “*todo valor mueble con relevancia económica*”, y, por efecto público, “*los dineros de titularidad estatal, autónoma, local, institutos autónomos o los depositados por particulares en entidades públicas, como las Cofradías de Pescadores*”. Si bien se ha admitido ocasionalmente, mayor debate suscitaba la inclusión de los medios personales. En ningún caso, se admitía la inclusión de bienes inmuebles; SOLAZ SOLAZ, E., “El delito de malversación”, *Cuadernos digitales de formación*, 50-2008, CGPJ, Madrid, 2008, p. 10.

<sup>16</sup> SANZ MULAS, N., “Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017, p. 5-7.

<sup>17</sup> Explica la reciente STS 222/2022, de 9 de marzo, con cita de la STS 411/2013, de 6 de mayo: “*lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos sometidos a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente público, o, en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso de la práctica administrativa dentro de aquella estructura (SSTS. 30.11.94, 1840/2001 de 19.9). Tener a su cargo significa no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario (por disposición de Ley, nombramiento o elección) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones*”.

*No obstante esa tesis ha sido objeto en ocasiones de matices o incluso rechazada (...). Y es que, ciertamente, convive también en la doctrina y esporádicamente en la jurisprudencia una concepción más estricta. (...). Pero ha de considerarse preferible y, sobre todo, preponderante la doctrina a tenor de la cual basta con una relación entre la función pública y los caudales sin que sea necesario identificar una estricta facultad legal de disposición”.*

<sup>18</sup> GARROCHO SALCEDO, A. “Los delitos de malversación”, *Eunomia, revista en cultura de la legalidad*, número 6, 2014, p. 271.

<sup>19</sup> Como veremos, la LO 14/2022 recupera este elemento, que redacta en términos más amplios, acogiendo la jurisprudencia mencionada. Al respecto, vid. infra. 2.2.1.

252 CP alude a facultades “emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico” y el artículo 253 CP, al *depósito, comisión, custodia o título que obligue a la devolución*.

Situando tales títulos en el ámbito de la Administración Pública, estos únicamente pueden proceder de la ley, encontrándose sometidas al Derecho público, donde se deberán buscar los criterios de actuación del responsable del patrimonio, a fin de apreciar la existencia de la conducta típica del artículo 252 CP. Dentro de la enumeración más estricta del artículo 253 CP, no es fácil pensar en un supuesto de depósito o comisión a autoridades o funcionarios públicos. Sí podría entenderse que esos ostentan un deber de custodia respecto de los fondos que manejan con ocasión del ejercicio de sus cargos, de modo que podemos concluir razonablemente que la custodia típica del artículo 432.2 con relación al 253 CP, es equiparable a la anterior relación funcional<sup>20</sup>.

Con relación ya a las conductas típicas, el artículo 252 CP castiga la acción de *infringir* las facultades de administración *excediéndose* en su ejercicio. La oscuridad de la expresión ha sido contundentemente criticada por su falta de taxatividad, lo que compromete el principio de legalidad penal<sup>21</sup>. Una interpretación cabal de la expresión lleva a exigir un abuso de los poderes atribuidos al sujeto activo<sup>22</sup>, algo que deberá definirse con arreglo a criterios extrapenales (en este caso, en el ámbito del Derecho administrativo), lo que configura la acción como un concepto jurídico de dudosa determinación que se erige como elemento nuclear de la acción típica.

El segundo elemento objetivo se sitúa en el perjuicio ocasionado al patrimonio administrado. Dada la problemática de la acción típica descrita, combinada con la complejidad negocial del ámbito en el que puede darse (la administración de fondos públicos), es relevante tener en consideración que este resultado debe ser imputable objetivamente a la infracción y exceso del autor, de suerte que consista en una concreción del riesgo desaprobado creado por aquellos.

No requiere el artículo ánimo de lucro ni el enriquecimiento del autor<sup>23</sup>, si bien no solo es posible que se dé, sino también que pueda tomarse en consideración la actuación lucrativa para determinar la infracción del deber de salvaguarda respecto del patrimonio público.

Por su parte, la acción típica de los artículos 253 y 432.2 CP consiste en la apropiación de los bienes o cantidades recibidas, lo que consiste en un acto de disposición patrimonial, ya en favor propio o de terceros, a causa del cual, se produce el perjuicio patrimonial, en la forma de expropiación, del sujeto pasivo del hecho delictivo. En este comportamiento, ha de concurrir claramente el *animus rem sibi habendi* como elemento subjetivo del injusto<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> ORTS BERENGUER, E., “Lección XXVIII, Delitos contra la Administración Pública II”, en *Derecho Penal. Parte Especial*, AA. VV., coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., Tirant lo Blanch, 7ª edición, Valencia, 2022, p. 731, y QUERALT JIMÉNEZ, J., op. cit., 2015, p. 855 y 858.

<sup>21</sup> NIETO MARTÍN, A., op. cit., 2018, p. 251.

<sup>22</sup> La doctrina distingue dos modalidades dentro de este precepto: un tipo de abuso de los poderes del autor, que se manifiesta en las relaciones con terceros (exceso extensivo), y un tipo de infidelidad en el cumplimiento de sus deberes, propio de situaciones lesivas dentro del ámbito del propio patrimonio (exceso intensivo); NIETO MARTÍN, A., op. cit., 2018, 252, y CASTRO MORENO, A., “Malversación, administración desleal y apropiación indebida”, *Cuadernos digitales de formación*, 46-2015, CGPJ, Madrid, 2015, p. 14.

<sup>23</sup> Desde un punto de vista de política criminal resulta debatible la conveniencia de agravar la conducta cuando concurra con un ánimo apropiatorio, aspecto que ha sido esgrimido como detonante de la reforma del año 2022 como veremos.

En el caso de las apropiaciones de dinero, dada la fungibilidad de este, el resultado típico se producirá ante la imposibilidad de devolución o pago por parte del autor del delito. Tradicionalmente, la jurisprudencia entendía que a esta modalidad le resultaba de aplicación el verbo típico *distraer* (previsto en la versión original), entendido como dar un diverso destino a las sumas recibidas. Con la redacción dada por la LO 1/2015, la distracción aludida tendría mejor encaje en el tipo de administración desleal (STS 906/2016, de 30 de noviembre), sin que tampoco pueda excluirse la apropiación indebida de dinero (STS 707/2022, de 12 de julio).

Finalmente, el artículo 432.3 CP contempla supuestos agravados cuando *“a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros”*. Con respecto, a esta última posibilidad, *“si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros”*, se prevé una agravación aún mayor. Respecto a la regulación previa, destaca que ya no se trata de supuestos cumulativos, sino alternativos<sup>25</sup>.

Por otra parte, el artículo 433 CP prevé un supuesto privilegiado, para el caso de que el importe malversado no superase los 4.000 euros. Finalmente, el artículo 434 CP introdujo novedosamente un supuesto de reparación íntegra y efectiva del daño por el autor del delito o una cooperación relevante de este con las autoridades, situaciones en las que tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados.

No podemos concluir sin hacer una referencia al supuesto de la malversación impropia, pues el artículo 435 CP hace extensivas las disposiciones del capítulo en cuestión a una serie de personas que no reúnen la condición de autoridad o funcionario público en los términos del artículo 24 CP, si bien ostentan poderes análogos sobre bienes públicos o intervenidos temporalmente por la Administración: *“1.º A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas. 2.º A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos. 3.º A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares. 4.º A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido en la ley”*.

Posteriormente, la LO 1/2019, de 20 de febrero, incluyó un último apartado, por el cual se regulaban las penas imponibles a la persona jurídica. Parece clara la operatividad del precepto con relación a la malversación impropia, pues nada se opone a que los cargos del artículo 435 CP sean desempeñados por personas jurídicas, pero, en el caso de la malversación propia, no cabe que aquellas reúnan la condición de autoridad o funcionario público, de modo que nunca podrán ser autoras del delito. Sería posible la condena como partícipes, siempre que se den los requisitos del artículo 31 bis CP y siguientes, en los términos definidos por la jurisprudencia (STS 154/2016, de 29 de febrero).

<sup>24</sup> Sobre la concepción del ánimo de lucro, vid. infra. 2.2.1.

<sup>25</sup> Apunta QUERALT JIMÉNEZ que la primera de las agravaciones exige un perjuicio funcional a la Administración, algo que, solamente podrá darse cuando las cifras defraudadas superen los importes previstos en los siguientes apartados, lo que desdibuja el ámbito de actuación de la primera de las circunstancias; en QUERALT JIMÉNEZ, J., op. cit., 2015, p. 858-859.

### 3. EL DELITO DE MALVERSACIÓN TRAS LA LEY ORGÁNICA 14/2022, DE 22 DE DICIEMBRE

#### 3.1 El contexto de la reforma

La LO 14/2022 acomete una profunda revisión de la legislación penal en variados puntos, entre otros, el delito de malversación.

La norma nace de una proposición de ley presentada por el Grupo parlamentario socialista y el Grupo parlamentario confederal, el 11 de noviembre de 2022, cuya tramitación parlamentaria, dentro del trámite de urgencia, presentó una inusitada e insólita velocidad, lo que no impidió la ampliación del texto mediante diversas enmiendas que ensancharon su objeto original, afectando a ilícitos como el que nos ocupa, y creando nuevos delitos, como el de enriquecimiento ilícito<sup>26</sup>.

La proposición original atendía a la necesaria transposición de Directivas europeas<sup>27</sup>, ocasión que aprovechaba para acometer una reforma en la protección penal del orden público, a fin de ajustarlo a estándares europeos, derogando el delito de sedición e incluyendo, en su lugar, una nueva modalidad de desórdenes públicos.

El Preámbulo de la norma (en su día proposición) alude a la reciente aplicación de este tipo penal, que, además de comprometer ciertos principios penales como el de legalidad o proporcionalidad, ha presentado ciertas disfunciones en materia de cooperación judicial internacional, lo que justifica una puesta al día del precepto, a fin de acompañarlo al Derecho comparado. Indudablemente, el legislador se está refiriendo a los hechos del otoño de 2017 ocurridos en Catalunya, a raíz de los cuales se han seguido múltiples causas penales, cuyo ejemplo más notorio ha sido la causa especial 20907/2017, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que concluyó con la STS 459/2019, de 14 de octubre, que condenaba a diversos líderes políticos y sociales por, entre otros, los delitos de sedición y malversación.

Centrado el contexto político de la reforma, resulta comprensible que la proposición se viese enriquecida con nuevas enmiendas relacionadas con el delito de malversación, cuya regulación, fruto de la reforma operada por LO 1/2015, era criticada por equiparar la corrupción y el debate sobre la legitimidad de ciertos gastos públicos<sup>28</sup>. La redacción final de la norma tras efectuar estas consideraciones en el Preámbulo (VI), consagra el retorno al sistema original de 1995, si bien incorpora ciertas novedades, como veremos.

---

<sup>26</sup> Este modo de proceder no estuvo exento de polémica, llegando el Pleno del Tribunal Constitucional a acordar cautelarmente la suspensión de la tramitación de dos enmiendas que introducían reformas en la LOTC y LOPJ, tras la presentación de un recurso de amparo por el Grupo parlamentario popular, que argüía que dichas enmiendas carecían de conexión con el objeto de la proposición original.

<sup>27</sup> Respecto a este objeto adicional de la ley, la normativa europea motiva las modificaciones introducidas en materia de defraudaciones, falsedad y defensa de la competencia, reformas que se ven acompañadas por la inclusión de un nuevo delito contra la integridad moral por ocultación del cadáver de un familiar (173.1 CP) y una actualización de la normativa penal contra el contrabando. Asimismo, durante la tramitación de la ley se incluyeron contenidos adicionales como el nuevo artículo 311 CP relativo a la imposición de condiciones de trabajo ilegales mediante el uso de formas ajenas al contrato de trabajo.

<sup>28</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. "La corrupción: un enfoque político-criminal", *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, AA. VV., coord. VALIENTE IVAÑEZ, V., y RAMÍREZ MARTÍN, G., Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p. 315.

## 2.2 La nueva (vieja) malversación

Sentado lo anterior, es hora ya de abordar el estudio del nuevo régimen del delito de malversación, que será confrontado con las previsiones originales del Código penal, sistema al que se dice regresar.

Regulación tras LO 14/2022	Regulación previa a LO 1/2015
<p><b>Artículo 432.</b> 1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se <u>apropiare</u> o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se <u>apropie</u> del <u>patrimonio público</u> que tenga a su cargo por razón de sus funciones o <u>con ocasión de las mismas</u>, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. 2. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos que se refieren en el apartado anterior hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes: a) se hubiera causado un daño o entorpecimiento graves al servicio público, b) el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 50.000 euros, c) las cosas malversadas fueran de valor artístico, histórico, cultural o científico; o si se tratase de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública. Si el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. 3. Los hechos a que se refiere el presente artículo serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor del patrimonio público sea inferior a 4.000 euros.</p>	<p><b>Artículo 432</b> 1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, <u>sustrajere</u> o consintiere que un tercero, con igual ánimo, <u>sustraiga</u> los <u>caudales o efectos públicos</u> que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años. 2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública. 3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años.</p>
<p><b>Artículo 432 bis.</b> La autoridad o funcionario público que, sin ánimo de apropiárselo, destinare a <u>usos privados</u> 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. <b>Artículo 433.</b> La autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores, diere al patrimonio público que administrare una <u>aplicación pública diferente de aquélla a la que estuviere destinado</u>, 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.</p>	<p><b>Artículo 433</b> La autoridad o funcionario público que destinare a <u>usos ajenos a la función pública</u> los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior. <b>Artículo 434.</b> La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una <u>aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración</u> o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.</p>
<p><b>Artículo 434.</b> 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</p>	

Regulación tras LO 14/2022	Regulación previa a LO 1/2015
delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados.	

Hecha la anterior contraposición, es hora de analizar los nuevos tipos penales del delito de malversación. A tal efecto, el Preámbulo de la norma describe tres modalidades diversas: *“el texto distingue claramente entre tres niveles de malversación: la apropiación de fondos por parte del autor o que éste consienta su apropiación por terceras personas (artículo 432), que integra la conducta más grave y contiene diversas agravaciones; el uso temporal de bienes públicos sin animus rem sibi habendi y con su posterior reintegro (artículo 432 bis) y un desvío presupuestario o gastos de difícil justificación (artículo 433)”*. Continúa el legislador, analizando la distinción entre las modalidades apropiatorias y el nuevo delito de desviación presupuestaria: *“la apropiación de caudales públicos queda castigada como en la actualidad, mientras que los desvíos presupuestarios tendrán una pena más leve, (...). 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. 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. (...) Ahora bien, existía debate acerca de la caracterización de lo que es un uso público, esto es, si además de las conductas de estricta desviación presupuestaria también incluía alcanzar finalidades discutibles por su legalidad o por su propia consideración de públicas”*.

Efectivamente, como puede comprobarse la nueva sistemática modula la entidad penal de la sanción según el destino final dado a los fondos sustraídos a su legítimo uso, distinguiendo la apropiación por el autor o por un tercero, el destino a fines privados (que se equipara punitivamente a la apropiación si el autor no procede al reintegro) y la aplicación a finalidad pública distinta (que no exige para su aplicación el reembolso).

Este nuevo modelo, centrado en el destino final del objeto material, abona el carácter pluriofensivo del delito de malversación, que ya no se concibe legalmente en términos exclusivamente patrimoniales, recuperando, como veremos, figuras del derogado Texto refundido del Código penal de 1973, en el que este carácter dual era más marcado.

### 3.2.1 La malversación apropiatoria

Este esquema preside también la redacción del nuevo artículo 432 CP, que recupera la redacción original del precepto, sustituyendo el verbo típico *sustraer* por *apropiar*, lo que constituye un claro refuerzo de la naturaleza apropiatoria del ilícito diseñado<sup>29</sup>.

Al respecto, conviene recordar que la inclusión del ánimo de lucro en el tipo de la malversación fue una innovación del Código penal de 1995<sup>30</sup> y que este elemento subjetivo ha

<sup>29</sup> Énfasis, acaso, innecesario, puesto que la jurisprudencia tiene declarado rotundamente que la expresión *sustraer* de la versión original del artículo 432 CP aludía a una acción de apropiación. Al respecto, se muestra tajante la STS 948/2022, de 13 de diciembre: *“Sustraer ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro (...), equivalente a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios (...). 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 extrayéndolos del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga”*.

sido entendido de una manera amplia por la jurisprudencia, como recuerda la STS 749/2022, de 13 de septiembre (*caso ERE*), citada por el Decreto del Fiscal General del Estado de 25 de enero de 2023 (en adelante, DFGE): “*se han propuesto distintas interpretaciones, una más estricta limitándolo al provecho patrimonial, y otra más amplia, en la que se incluye toda clase de ventaja, patrimonial o espiritual (animus lucri faciendi gratia), criterio este último que hemos acogido de forma reiterada, señalando que en la malversación no se exige el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial (STS 507/2020, de 14 de octubre) y que el ánimo de lucro concurre aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero (STS 277/2015, de 3 de junio). Esta Sala, por tanto, ha ido flexibilizando de forma progresiva el concepto de ánimo de lucro de modo que en la actualidad alcanza a cualquier aprovechamiento o satisfacción, aunque no tenga significado económico, (...)*”. De esta manera, el ánimo de lucro no se agota con el enriquecimiento personal del sujeto activo.

Por otra parte, la amplitud que este concepto confiere al tipo del artículo 432 CP, puede suponer cierta complicación añadida en el supuesto de la comisión por omisión, ya que expresamente sanciona consentir que un tercero con igual ánimo se apropie de patrimonio público, modalidad que podría concurrir parcialmente con la aplicación pública distinta del artículo 433 CP.

El precepto también designa un objeto material diverso al previsto originalmente, al referirse al patrimonio público en lugar de a los caudales o efectos públicos<sup>31</sup>, innovación de la LO 1/2015 que se conserva, al tiempo que se introduce también una definición auténtica acerca de qué ha de entenderse por patrimonio público en el artículo 433 ter: “*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*”. De este modo, el Código penal incluye un concepto de patrimonio de carácter marcadamente económico<sup>32</sup>.

La reforma también recupera la relación funcional entre el sujeto activo y el objeto material, puesto que ha de tenerlo “*a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de ellas*”, mención que incluye la jurisprudencia flexibilizadora original de la relación típica (SSTS 222/2022, de 9 de marzo<sup>33</sup> o 211/2006, de 2 de marzo).

Por lo que hace a las modalidades agravadas y atenuadas, la reforma mantiene las introducidas por la LO 1/2015, al tiempo que recupera una agravación derogada por esta norma, contemplando mayor pena “*si las cosas malversadas fueran de valor artístico, histórico, cultural o científico; o si se tratare de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública*”. Igualmente, la cláusula premial del artículo 434 CP incluye como elemento temporal explícito,

<sup>30</sup> ROCA AGAPITO, L., “Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado”, *Diario La Ley*, número 10230, Sección doctrina, 16.2.2023.

<sup>31</sup> Vid. supra. nota al pie 15.

<sup>32</sup> Pese a estar ubicado en el Capítulo VII del Título XIX, atendiendo a su redacción, el precepto parece querer establecer una definición con vocación de aplicación general, interpretación que se refuerza atendiendo al Preámbulo, que explica que el 433 ter “*contiene una definición, a los efectos penales, de patrimonio público con idéntica funcionalidad a la desempeñada por los artículos 24 y 25*”. Sobre las diversas concepciones del patrimonio a efectos jurídico-penales, puede verse DOPICO ALLER, J., “Tema 5. Estafas y otros fraudes en el ámbito empresarial”, en *Derecho penal económico y de la empresa*, AA. VV., Dykinson, Madrid, 2018, p. 196-200. Finalmente, con el concepto propuesto se muestra crítico ROCA AGAPITO, por considerarlo “*superfluo, insuficiente y confuso*”; en ROCA AGAPITO, L., *op. cit.*, 2023.

<sup>33</sup> Vid. supra. nota al pie 17.

en el caso de la reparación, que esta se produzca con anterioridad al inicio del juicio oral, de modo concordante con el artículo 21.5<sup>a</sup> CP.

### 3.2.2 La malversación por uso privado

Debemos abordar ya las modalidades sin apropiación de la malversación. El Código penal de 1995 incluía dos tipos en esta línea: el destino a usos ajenos a la función pública de caudales o efectos públicos, considerada la malversación por distracción (433 CP), y la aplicación privada de bienes muebles o inmuebles de la Administración (434 CP). Fruto del nuevo objeto material unitario, esta distinción carece ya de sentido, y, en su lugar, la LO 14/2022 prevé dos tipos según el destino o aplicación del patrimonio público, distinguiendo entre *usos privados* (432 bis CP) y *aplicación pública diferente de aquella a la que estuviere destinado* (433 CP).

En este sentido, el nuevo delito del artículo 432 bis CP supone la fusión de los dos tipos de malversación previstos en los artículos 433 y 434 CP originales. La distinción con el tipo del artículo 432 CP se sitúa esencialmente en el elemento subjetivo concurrente en la distracción, ya que en el caso del artículo 432 bis CP (original 433 CP), el autor carece de ánimo de apropiación definitivo, lo que se pone de manifiesto mediante el reintegro en el plazo de diez días desde la incoación del proceso. Ahora bien, el elemento determinante de la aplicación de uno u otro precepto se encuentra en el ánimo de apropiación, de tal manera que, si concurre este (y puede ello acreditarse), la restitución no permitirá la aplicación del artículo 432 bis CP, pero sí la atenuante de reparación del daño (21.5<sup>a</sup> y 434 CP)<sup>34</sup>.

Dentro de la modalidad de distracción, sin ánimo apropiatorio, en caso de faltar la devolución, el 432 bis CP prevé una penalidad análoga al del artículo 432 CP. Apuntaba ROCA AGAPITO, respecto a la regulación originaria, que esta agravación no encuentra fácil explicación, si bien debe hallarse en razones de tipo utilitario, a fin de promover la restitución. Puede situarse también su fundamento en la existencia de un posible ánimo apropiatorio, presunción criticada desde algún sector doctrinal<sup>35</sup>. Con todo, la naturaleza jurídica de este reintegro no resulta pacífica, existiendo posturas que lo presentan como un elemento del tipo y otras que lo consideran una excusa semiabsolutoria<sup>36</sup>.

### 3.2.3 El delito de desviación presupuestaria

#### a) Consideraciones previas

Lo anterior nos lleva al delito de desviación presupuestaria del artículo 433 CP, como es definido en el Preámbulo de la norma. Se trata de un elemento esencial de la reforma, ya que sobre este tipo pivotan las intenciones del legislador de acometer una mejora técnica del delito de malversación, mediante el cual *“se corri(jan) la inseguridad y la desproporción introducidas en la reforma de 2015 igualando el reproche a hechos con un*

<sup>34</sup> En sentido contrario, un sector doctrinal minoritario da prioridad al hecho objetivo de la restitución como integrante del tipo del artículo 433 CP; en SOLAZ SOLAZ, E., *op. cit.*, 2008, p. 23.

<sup>35</sup> ROCA AGAPITO, L., *op. cit.*, 2013, p. 530.

<sup>36</sup> Al respecto, puede verse LANDERA LURI, M., *Excusas absolutorias basadas en conductas positivas posconsumativas. Acciones contractuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 200-211.

*desvalor nítidamente diferente, como hacen otros países europeos con una tradición jurídica similar a la española*” (Preámbulo, VI).

La mencionada inseguridad criticada por el Preámbulo alude a las deficiencias en cuanto a taxatividad del delito de administración desleal del artículo 252 CP anteriormente comentadas<sup>37</sup>, al que se remitía el anterior artículo 432.1 CP. En el ámbito de los fondos públicos, cuyo diseño y ejecución están confiadas a las Administraciones Públicas al más alto nivel, y sometidas a la rigurosa normativa presupuestaria, la amplitud del tipo penal planteaba el debate acerca de la sanción penal del despilfarro o malgasto público, aspectos marcados por la ausencia de ánimo apropiatorio.

En esta línea, apuntaba SANZ MULAS, que en *“una legislación del gasto público tan profusa y exhaustiva, (que) la infracción de facultades de administración resulta sencilla y hasta habitual, por lo que el tipo del art. 432.1 puede presentar una vocación expansiva alarmante, dado que la conducta típica no se encuentra limitada por la gravedad o flagrancia. Es más, cuando es el propio administrador público quien fija la dirección, funcionalidad y finalidad del gasto, puede resultar complicado, democráticamente hablando, un control externo y ex post acerca de la adecuación del gasto a los fines perseguidos. (...)”*. Dada la naturaleza política del gasto público, continuaba la autora considerando *“peligroso que sea el juez quien “por su propio imperio”, y tras constatar infracción por leve que sea en la ejecución presupuestaria, reinterprete la función que el gasto está llamado a cumplir en esa concreta política, declarando la concurrencia de perjuicio típico por desviación de fines conforme al concepto personal o funcional de patrimonio”*<sup>38</sup>.

Al respecto, la jurisprudencia tradicional, recaída en aplicación del artículo 432 CP original, había rechazado apreciar delito en la aplicación de fondos públicos a otras finalidades, con infracción de la normativa presupuestaria (STS 1398/1998, de 13 de noviembre, 537/2002, de 5 de abril<sup>39</sup> y, más recientemente, STS 914/2012, de 29 de noviembre<sup>40</sup>).

b) Antecedentes históricos: el artículo 397 del Texto refundido de 1973

Sentado el debate previo sobre la incriminación de la aplicación pública diversa o irregular de fondos públicos, debemos adentrarnos en el estudio del delito de desviación presupuestaria.

En primer lugar, llama la atención que el legislador omita toda referencia al claro antecedente de este tipo, ubicado en el artículo 397 del Texto refundido del Código penal de 1973, que castigaba al *“funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados”*. Como podemos ver, salvando la diversa referencia al objeto material, la conducta típica se describe en idénticos términos.

Este tipo penal se incluye por vez primera en el Código penal de 1848, y la doctrina sitúa su fundamento y explicación en la concepción decimonónica de la división de poderes, que proclamaba *“la supremacía del legislativo sobre el ejecutivo en cuanto al control de*

<sup>37</sup> Vid. supra. 1.2.

<sup>38</sup> SANZ MULAS, op. cit., 2017, p. 13-15.

<sup>39</sup> SANZ MUELAS, op. cit., 2017, p. 13.

<sup>40</sup> GARROCHO SALCEDO, A. op. cit., 2014, p. 274.

*los ingresos y gastos de la Hacienda Pública; por ello, se otorga la máxima importancia al presupuesto, definido como la expresión cifrada de los ingresos y gastos públicos*<sup>41</sup>.

El bien jurídico protegido por el tipo se encontraba en el cumplimiento de la normativa reguladora del gasto público, y, al no exigir enriquecimiento del autor ni perjuicio a las arcas públicas, el aspecto patrimonial quedaba desdibujado. Al respecto, DE LA MATA BARRANCO y ETXEBARRÍA ZARRABEITIA consideraban que este tipo penal “*presta especial atención al aspecto puramente funcional*”<sup>42</sup> del gasto público. Los autores apuntan que la doctrina había prestado escasa atención al precepto, posiblemente ante la ausencia de una previsión semejante en el Derecho comparado dentro de nuestro ámbito cultural<sup>43</sup>; al respecto, en Italia un tipo análogo fue descartado durante el trámite parlamentario de la reforma de 1990 por parte de la Ley 86/1990, de 26 de abril<sup>44</sup>.

De estas ideas era partícipe la jurisprudencia, de la que es buena muestra la STS de 13 de diciembre de 1963 (ROJ 1042/1963), que explicaba que “*esta figura penal, llamada malversación impropia, descansa precisamente en ese supuesto de no existencia de lucro ni aprovechamiento privado de los fondos públicos, sino de su aplicación a un fin público diferente de aquel al que estuviesen destinados; castigándose, por tanto, en ese artículo no la deslealtad del funcionario en relación con los caudales administrados, sino la deslealtad a la ordenanza o norma reguladora de su aplicación, diríase que es la sanción a la rebeldía de quien no se somete a lo ordenado por el organismo titular del patrimonio público el darle aplicación distinta de la fijada en los presupuestos, quitando a éstos su fuerza vinculante para la vida económica de la Corporación o entidad de que se trate; rebeldía a la que la ley ha dado contenido penal para evitar que el funcionario que administra fondos públicos se arroge funciones propias del organismo rector, que es a éste, y no a aquél, a quien incumbe determinar el bien público a que se deben aplicar los caudales*”.

Apunta ZABALEGUI MUÑOZ cierto debate doctrinal sobre el ilícito, puesto que algún sector entendía que carecía de la entidad para justificar la intervención penal, considerando más adecuada la sanción disciplinaria, frente a otros autores, que defendían la tipificación de esta conducta. Posteriormente, la jurisprudencia reforzó el fundamento culpabilístico del ilícito, exigiendo la concurrencia de dolo o imprudencia, frente a la objetiva redacción original<sup>45</sup>. En tal situación, era posible y habitual la invocación del estado de necesidad, llegando la jurisprudencia a excluir el ilícito ante la justificación práctica invocada por los acusados (SSTS de 24 de febrero de 1992<sup>46</sup> y de 9 de julio de 1991<sup>47</sup>)<sup>48</sup>. Tampoco faltaron propuestas

---

<sup>41</sup> BLECUA FRAGA, R., “La aplicación pública de caudales a diferente destino, como delito de malversación. (Estudio del artículo 397 del Código penal)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985, p. 749-750.

<sup>42</sup> DE LA MATA BARRANCO, N. J., y ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., *Malversación y lesión del patrimonio público: apropiación, dirección y desviación, por funcionario, de caudales públicos*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 38.

<sup>43</sup> DE LA MATA BARRANCO, N. J., y ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., op. cit., 1995, p. 30-31.

<sup>44</sup> DE LA MATA BARRANCO, N. J., y ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., op. cit., 1995, p. 42.

<sup>45</sup> ZABALEGUI MUÑOZ, M. C., “La malversación de caudales públicos”, *Cuadernos de Derecho judicial*, 4/1994, CGPJ, Madrid, 1994, p. 15-16.

<sup>46</sup> Esta resolución casa la previa condena de la Audiencia Provincial, pues, pese a constatar la realización del tipo: “*se aprecia con total claridad la inexistencia de ese elemento subjetivo de lo ilícito en cuanto los propios hechos probados (a los que obligatoriamente nos ceñimos) nos ponen de manifiesto de manera concreta e indubitada que esa distracción*”

de interpretación restrictivas como la defendida por MIR PUIG, quien postulaba que se acotase el precepto a los supuestos de aplicación definitiva, excluyendo las distracciones transitorias o con posibilidad de reembolso<sup>49</sup>.

Atendiendo las dudas doctrinales sobre el precepto, este fue excluido del Código penal de 1995, lo que fue interpretado por la doctrina mayoritaria como una despenalización<sup>50</sup>, tras la que se ve hoy resucitado por la LO 14/2022<sup>51</sup>.

c) El nuevo tipo: dificultades interpretativas

La primera complicación en su estudio surge con la valoración del concepto *aplicación pública diferente a la prevista*. Sin duda, el patrimonio desviado debe mantenerse en el ámbito funcional de la Administración pública, cumpliendo las finalidades de esta. Al respecto, GONZÁLEZ CUSSAC recuerda que la jurisprudencia tradicional contraponía la aplicación puramente privada a la pública, que podría apreciarse siempre que se atendiesen las finalidades públicas; sin embargo, más recientemente la jurisprudencia ha encuadrado en el artículo 432 CP los supuestos de gastos ilícitos. Al hilo de ello, el DFGE recuerda que si el gasto tiene por finalidad la comisión de un hecho delictivo, nunca podrá apreciarse que estamos ante una aplicación pública<sup>52</sup>. En todo caso, el anterior autor recuerda que el tradicional 397 CP no ha estado en vigor simultáneamente con el actual 432 CP, y que la coordinación entre ambos puede ser problemática<sup>53</sup>.

Al respecto, el artículo 433 CP se inicia dejando clara su relación de subsidiariedad (artículo 8.2 CP) con los preceptos anteriores (mención que no incluía el artículo 397 original), de tal manera que la aplicación del precepto exige que no se aprecie ni ánimo de lucro<sup>54</sup> en el autor ni en tercero respecto del cual, la autoridad o funcionario público deba proteger el patrimonio público.

Ya decíamos anteriormente que la delimitación entre este tipo privilegiado y la modalidad omisiva de apropiación puede ser especialmente conflictiva, dado que en estos casos el tercero sí actúa en todo caso con ánimo de lucro. Podría suceder así en la ejecución de pagos a terceros como contratistas, en los que existe cierta ajenidad, aun cuando su

---

*o desviación de las subvenciones se llevó a cabo con la mejor de las intenciones, ante la acuciante necesidad de suministrar agua al pueblo, cuya carencia estaba afectando incluso al propio consumo humano”.*

<sup>47</sup> CUAREZMA TERÁN, S., “La naturaleza del artículo 397 CP y la distinción con el peculado propio (comentario a la STS, Sala 2ª, de 9 de julio de 1991)”, *Poder Judicial*, 24, CGPJ, Madrid, 1991, p. 197-202.

<sup>48</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y siguientes)”, *Comentarios a la Ley orgánica 14/2022*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 155.

<sup>49</sup> MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación de caudales públicos: función, contenido y alcance*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 49.

<sup>50</sup> En sentido contrario, POLAINO NAVARRETE consideraba que el artículo 433 del Código penal de 1995, sustituía al artículo 397 del Texto refundido de 1973; ENTRENA FABRÉ, R., *El delito de malversación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

<sup>51</sup> CASTRO MORENO, A., “Nuevo delito de malversación resucitado”, *La Razón*, 31.12.2022.

<sup>52</sup> DFGE, p. 23,

<sup>53</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *op. cit.* 2023, p. 155-160.

<sup>54</sup> Conforme a la concepción amplia que maneja la jurisprudencia; vid. supra. 2.2.1.

prestación pueda valorarse como un servicio público. No podemos olvidar el protagonismo que tienen dentro del fenómeno criminal de la corrupción en la Administración Pública los procedimientos de contratación administrativa, concesión o subvención, cuya adjudicación es el objetivo de gran parte de los entramados criminales en este campo, dinámica que es bastante más habitual que la burda apropiación o distracción sin apariencia lícita<sup>55</sup>.

En estos supuestos en que la dinámica comisiva concurre con una atención parcial de los fines públicos, que actúa como justificante de la apropiación, la jurisprudencia pone el foco en la tramitación administrativa. Al respecto, puede verse la STS 729/2022, de 13 de septiembre (*caso ERE*), en cuyo Fundamento de Derecho 34 se concluye: “(l)a aplicación de fondos a fines ajenos a la función pública con incumplimiento absoluto de las normas sobre gestión y control, constituye una disposición definitiva de caudales públicos en favor de tercero que colma las exigencias típicas tanto del entonces vigente artículo 432 CP, como del tipo actualmente vigente”<sup>56</sup>.

Por otra parte, GONZÁLEZ CUSSAC recuerda que la doctrina tradicional consideraba también incardinable en el artículo 397 del Texto refundido, aquellos supuestos en que pudiera apreciarse una aplicación pública diferente para obtener un lucro indirecto<sup>57</sup>.

En estos casos, dada la relación de subsidiariedad expresa, resulta claro que sería de aplicación el artículo 432 CP, pues, pese a la posible utilidad pública que esté teniendo la prestación del tercero, resulta indudable que este se está apropiando de patrimonio público con ella. De este modo, la existencia de un lucro particular a causa de la distinta aplicación pública podría desplazar la aplicación del artículo 433 CP. Y dicho enriquecimiento podría darse tanto en particulares (empresas o particulares en los procedimientos antedichos) como en funcionarios públicos (supuestos de gestión directa de un servicio público), lo que acota el ámbito de aplicación del precepto.

La sanción de esta ilegalidad presupuestaria presenta además ciertas complicaciones probatorias relacionadas con la acreditación del desvío de fondos de una partida a otra, dada la complejidad de la ejecución presupuestaria: durante la vida de un presupuesto, es posible que se produzca un exceso de gasto dentro de una partida, algo que la Administración podría atender mediante la emisión de deuda pública sin necesidad de acudir a otras partidas; simultáneamente, podría dejar de ejecutarse una partida por idéntico motivo, de tal modo que entre ambos hechos no exista conexión clara. En este supuesto, la priorización de un gasto frente al otro que deja de ejecutarse no parece tener encaje en el tipo penal, ya que no se ha producido un *desvío* como tal. Una interpretación contraria elevaría al rango de delito cualquier defecto durante la ejecución de un presupuesto, cuando pueda apreciarse el sobre coste en otra partida, lo que supondría una clara quiebra del principio de intervención mínima o *ultima ratio*.

En consecuencia, parece razonable concluir que el tipo solamente podrá ser aplicado en supuestos en que una partida presupuestaria, nítidamente separada y diferenciada, en términos naturales y jurídicos, se destine a otros fines. Por ejemplo, que las cantidades que integran el presupuesto de un ministerio determinado, depositadas en una concreta

---

<sup>55</sup> Sobre la casuística del tipo penal, puede verse [MACÍAS ESPEJO, B., \*El Delito de malversación como forma de corrupción política. Estudio dogmático y casuística jurisprudencia\*, Aranzadi, Navarra, 2020.](#)

<sup>56</sup> Al respecto, vid. *infra*. 3.2.

<sup>57</sup> [GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., \*op. cit.\*, 2023, p. 155.](#)

cuenta corriente, se dediquen a los fines de otro ministerio. Sin esa distinción física, dada la unidad del patrimonio público, será difícil deslindar el desvío típico de las incidencias habidas durante la ejecución presupuestaria. En este sentido, en la jurisprudencia previa al Código penal de 1995 presenta cierto protagonismo la figura de la subvención recibida por ayuntamientos, transferencia de marcada naturaleza finalista, respecto de la cual es más fácil detectar la desviación, cuando no se dedica el importe recibido al objeto de la convocatoria (SSTS de 8 de febrero de 1994, 12 de enero de 1993 y de 24 de febrero de 1992).

Concluido el estudio de las dificultades interpretativas que plantea el precepto, podemos afirmar que nos encontramos ante un tipo penal de dudosa necesidad y que podría comprometer el principio de intervención mínima, habida cuenta de la suficiencia de la responsabilidad contable, siendo difícil deslindar su contenido de injusto con respecto de la malversación apropiatoria en comisión por omisión. Así pues, desde la perspectiva de la política criminal y el Derecho penal, es difícil entender esta decisión del legislador, que parece atender a casos notorios resueltos en los últimos años.

#### **4. LA EFICACIA RETROACTIVA DE LA REFORMA: ESPECIAL REFERENCIA AL PROCÉS Y AL CASO DE LOS ERE**

Concluido el estudio del delito de malversación antes y después de la LO 14/2022, debemos examinar la posible aplicación retroactiva de la nueva regulación. Conviene recordar que ya en algunas de las enmiendas presentadas durante la tramitación de la reforma, se aludía expresamente a concretos procesos penales en los cuales había recaído sentencia condenatoria por el delito de malversación, referencias que se repitieron en múltiples ocasiones durante el debate parlamentario<sup>58</sup>. Atendiendo a este contexto político, cabría considerar que el objetivo último de la reforma sea enmendar dichos fallos judiciales, motivo por el cual, merece la pena estudiar esta posibilidad.

Debemos partir de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras que sean favorables al reo, con arreglo al artículo 2.2 CP: *“tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena”*. Esta eficacia se deriva también de los artículos 9.3 y 14 de la Constitución, que protegen la seguridad jurídica y el principio de igualdad.

La revisión de condenas es objeto de expresa regulación en las disposiciones transitorias de las leyes que introducen reformas en el Código penal, especialmente, cuando a resultas de estas, puedan resultar marcos penales menores en los tipos modificados. En el caso de la LO 14/2022, la Disposición Transitoria 2ª reproduce esencialmente las reglas de la Disposición Transitoria 5ª del Código penal<sup>59</sup>, ordenando a los jueces y tribunales la revisión de penas *“aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial”*, esto es, sin que en la revisión quepa hacer un nuevo ejercicio de determinación judicial de la pena, debiendo el tribunal limitarse a valorar si la condena previa cabe dentro de la nueva norma (STS 290/2013, de 16 de abril)<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, XIV legislatura, Sección plenaria 226, celebrada el jueves 15 de diciembre de 2022. Accesible online en: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-234.PDF#page=3](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/DS/PL/DSCD-14-PL-234.PDF#page=3) (último acceso el 13.1.2023).

<sup>59</sup> El apartado 4 de dicha DT 2ª alude al supuesto de indulto parcial, previsión que encuentra su paralelo en la DT 6ª del Código penal de 1995, y que atiende al caso de los condenados en la causa especial 20907/2017, cuyas penas privativas de libertad fueron indultadas.

Hechas las anteriores consideraciones, debemos abordar la posible incidencia que la LO 14/2022 pueda tener con respecto de las personas condenadas o acusadas<sup>61</sup> por el delito de malversación previamente a su entrada en vigor. Se trata de una ardua tarea, habida cuenta de la sucesión en el tiempo de hasta tres normas penales diversas, a saber, la redacción original, la efectuada por LO 1/2015 y la introducida por LO 14/2022. Tamaña labor excede con mucho del contenido de estas líneas, así que nos limitaremos a ofrecer una serie de pautas, atendiendo a la comparación normativa estudiada. Sobre la cuestión, el Fiscal General del Estado dictó el 25 de enero de 2023 un Decreto (ya mencionado anteriormente), estudiando la incidencia de la reforma del delito de malversación, para ofrecer pautas a los integrantes del Ministerio Fiscal a fin de asegurar la unidad de actuación del cuerpo en los incidentes de revisión. A él nos referiremos a lo largo de este texto.

En el caso de la malversación tradicionalmente regulada en el artículo 432 CP, como hemos analizado, la nueva regulación no ofrece especial innovación con respecto al régimen del año 1995, adoptando las penas ya incluidas en la LO 1/2015, cuyo mínimo en el tipo básico resulta inferior (dos años de prisión frente a tres años). En el caso del tipo atenuado, es el límite máximo el que se recorta. Sin embargo, esta revisión ya habría tenido efecto por mor da LO 1/2015 siendo en este aspecto la nueva regulación continuista, de modo que no cabría revisión distinta a la ya producida.

Mayor enjundia presenta dilucidar si algún hecho objeto de condena pudiese considerarse hoy destipificado, frente al supuesto de sucesión modificativa de leyes penales<sup>62</sup>.

Difícilmente puede apreciarse esto entre la nueva normativa y la previa a 2015, habida cuenta de su gran similitud típica. No obstante, las condenas conforme a los artículos 432, 252 y 253 CP, vigentes bajo la LO 1/2015, sí permitirán plantear la cuestión, dada la amplitud del tipo penal, con las críticas antedichas. La labor revisora habrá de centrarse en tales casos en si existió apropiación, activa o en comisión por omisión, por parte de los penados. En caso negativo, deberá plantearse si el hecho se encuentra sancionado en los nuevos artículos 432 bis y 433 CP, y si la pena impuesta en su día cabe en sus márgenes.

Sobre esta cuestión, el DFGE descarta que pueda considerarse la destipificación de ningún hecho, ya que sostiene que en los supuestos de administración desleal del artículo 432.1 CP según la redacción dada por la LO 1/2015, que no sean reconducibles a la modalidad apropiativa del nuevo artículo 432.1 CP, podrán calificarse los hechos subsidiariamente con arreglo al artículo 252 CP, con la agravante de prevalimiento del cargo público, con la pena accesoria de inhabilitación<sup>63</sup>. De este modo, propone un concurso de normas entre los

<sup>60</sup> Pese a la inclusión de esta normativa transitoria, el Preámbulo de la ley (IX, *in fine*) reflexiona sobre su ociosidad, considerando que *“aun cuando no se estableciera régimen transitorio en esta ley, se llegaría a las mismas conclusiones por aplicación del artículo 2.2 del Código Penal y de la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. No obstante, la diversidad de interpretaciones realizadas en recientes reformas que afectan al Código Penal aconseja su introducción expresa”*. Alude el legislador a la polémica sobre la revisión de condenas a raíz de la entrada en vigor de la Ley orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, de 6 de septiembre, debatiéndose si ante la ausencia de un régimen transitorio expreso era posible la aplicación analógica de la normativa incluida en el Código penal de 1995 para regular su entrada en vigor, posibilidad desechada por la jurisprudencia mayoritaria, con la desaprobación pública del Gobierno.

<sup>61</sup> La eficacia retroactiva de las nuevas normas penales respecto de personas que no han sido condenadas por resolución firme es más amplia, en la medida en que esta puede plantearse durante la tramitación de los correspondientes recursos, como así prevé la DT 3ª de la LO 14/2022, aspecto comentado por el DFGE (6-7).

<sup>62</sup> Sobre la distinción puede verse GONZÁLEZ TAPIA, M. I., “Régimen transitorio de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal”, *Estudios sobre el Código penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, AA. VV., dir. MORILLAS CUEVA, L., Dykinson, Madrid, 2015, p. 4-6.

artículos reguladores de la malversación y de la administración desleal, a fin de evitar lagunas de punibilidad<sup>64</sup>.

Con relación a la modalidad de malversación por distracción del artículo 433 CP según la redacción original, habida cuenta de la imposición de una pena de multa, no cabría revisión, ya que la pena prevista en el artículo 432 bis CP es más grave, al contemplar en todo caso la pena privativa de libertad<sup>65</sup>.

Finalmente, en el caso de una condena por aplicación del artículo 434 CP original, el nuevo artículo 432 bis CP sí contempla una pena de prisión con un mínimo inferior (6 meses frente a 1 año) y suspensión de empleo o cargo público en lugar de inhabilitación especial. Por ello, este es el único caso en el que sí parece más viable la revisión, atendiendo a las reglas generales, esto es, si las penas impuestas en su día no cupiesen hoy en los nuevos marcos penales.

En resumen, la posibilidad de revisión se muestra muy limitada y acotada, salvando los supuestos en los que se haya aplicado la redacción de la LO 1/2015, donde la amplitud de los tipos penales de remisión puede permitir apreciar situaciones de destipificación o notables rebajas punitivas, de encajar la conducta en las modalidades de distracción o desviación presupuestaria actuales. Con todo, a esta opción a la que se ha mostrado contrario el DFGE, que defiende la aplicación subsidiaria del tipo del artículo 252 CP.

#### 4.1 El caso del Procés

Sentadas las pautas generales sobre la revisión de penas derivada de la reforma del delito de malversación, debemos centrar la atención en algunos de los casos más relevantes, que fueron citados durante la tramitación parlamentaria de la reforma. Comenzaremos analizando la posible revisión de la STS 459/2019, de 14 de octubre, que condenó a diversos líderes políticos y sociales por los hechos del otoño de 2017 acaecidos en Catalunya, como autores, entre otros, de un delito de malversación.

Conforme a lo dicho, tratándose de una condena por aplicación de los artículos 432 y 252 CP, bajo la redacción dada por LO 1/2015, el debate se centra en si la conducta tiene encaje en los nuevos tipos, esto es, si existió un ánimo apropiatorio, una aplicación privada de los fondos o una aplicación pública diferente.

Al respecto, la STS 459/2019 reconoce que la conducta delictiva no consistió en un apoderamiento por parte de los acusados, sino en la concertación de compromisos de pago con terceros para posibilitar el referéndum del 1 de octubre de 2017 (Hecho Probado 13), siendo irrelevante que algunos de estos no llegasen a abonarse (Fundamento de Derecho B, apartado 5). A continuación, sin llegar a cuantificar el importe, concreta las siguientes partidas (Fundamento de Derecho C, apartados 2.1.4 a 2.1.19): Centro de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información (CTTI), contratista de diseño gráfico, inclusión de anuncios, activación de registros de inscripción para no residentes, campañas publicitarias, envíos postales a los integrantes de las mesas, sobres, gastos de las Delegaciones exteriores de Catalunya y visitas de expertos y observadores.

<sup>63</sup> DFGE, p. 12-17.

<sup>64</sup> ROCA AGAPITO se muestra crítico con la solución ofrecida por el DFGE, pues al proponer la aplicación preferente de los artículos 432 CP y siguientes, puede producirse “algún privilegio punitivo injustificado”; ROCA AGAPITO, L. op. cit., 2023.

<sup>65</sup> En este mismo sentido se pronuncia el DFGE, p. 20.

La cuestión es si dichos gastos tienen hoy encaje en el nuevo artículo 433 CP<sup>66</sup>.

Afloran aquí las dificultades interpretativas que hemos comentado al analizar dicho precepto. La primera de ellas estriba en si tales gastos, destinados a la organización y promoción del referéndum, supusieron una aplicación *pública* de este patrimonio<sup>67</sup>. De entrada, cabría señalar que el Hecho Probado 13.2 de la STS 459/2019, de 14 de octubre, considera acreditado que los gastos analizados eran ajenos a cualquier "*fin público lícito*", coetilla final que puede no ser inmune a los efectos de la reforma.

Considerando los gastos del referéndum una aplicación pública, podríamos citar el ATSJ, Catalunya, Sala Civil y Penal, de 15 de noviembre de 2016 (Recurso de apelación 4/2016). Esta resolución excluye la existencia de un delito de malversación con relación a los gastos de preparación del proceso de participación ciudadana desarrollado en Catalunya el 9 de noviembre de 2014, atendiendo a la falta de un destino particular.

Merece la pena reproducir literalmente el Fundamento Jurídico quinto del auto: "*dicho gasto público no puede servir de base al delito de malversación de caudales públicos por el que se formuló acusación y no lo puede hacer por cuanto al financiarse con fondos públicos los gastos generados por la preparación, organización y desarrollo de la consulta del 9 de noviembre, los caudales o efectos públicos no se emplearon en usos particulares, ya de las personas a las que la acusación popular atribuye la autoría del delito, ya de terceros. Como bien apunta el Ministerio Público, la actividad financiada con los caudales públicos objetivamente no era en sí misma, por su propia naturaleza, "ajena a la función pública". Por función pública puede entenderse la actividad que realiza el Estado u otros Entes públicos por ponerlas la ley a su cargo o por prever al menos en ella su realización, pudiendo ejecutarla tales Entes de manera directa o indirecta mediante la participación de particulares a través de contratación para obras y servicios públicos. De ello deriva algo que, pese a ser obvio, no puede dejar de resaltarse: que unos caudales o fondos públicos terminen en poder de particulares como consecuencia de contratos que hayan suscrito con Entes públicos no supone que se haya dado a los mismos un uso particular. (...).*"

*Que el TC suspendiera mediante providencia de 4 de noviembre de 2014 los actos impugnados por el Gobierno del Estado, así como las restantes actuaciones de preparación de la consulta fijada para el 9 N ó vinculadas a ella y, presuntamente, pese a dicha suspensión, se continuase con su desarrollo, prestándose servicios y realizándose trabajos en el periodo en que se había suspendido cautelarmente tal consulta, no determina que se diera a los caudales un destino "ajeno a la función pública".*"

---

<sup>66</sup> La voluntad de los autores de las enmiendas que han dado lugar a esta reforma penal puede intuirse, a la vista del debate parlamentario (vid. supra. nota al pie 58). No obstante, la interpretación de la ley es una tarea más ardua y compleja que no puede limitarse a escudriñar la voluntad de las personas físicas que integraron los órganos constitucionales encargadas de su redacción. No solo el carácter plural y concurrente de dichas asambleas lo impide, sino la autonomía y permanencia de las leyes emanadas de estas que han de integrarse de modo coherente en el ordenamiento jurídico. Es por ello, que la voluntad manifiesta de los grupos impulsores de la reforma no puede erigirse como argumento absoluto en esta discusión, debiendo atender al resultado de su obra, esto es, a la redacción de los nuevos tipos penales.

<sup>67</sup> No podemos ignorar que en los últimos años ha existido un intenso debate jurídico-político sobre la configuración territorial del Estado español, la posibilidad del ejercicio del derecho de autodeterminación de Catalunya, así como sobre la calificación jurídica de los hechos de 2017, y sobre el propio desarrollo del proceso penal que concluyó con la sentencia cuya posible revisión analizamos. Lamentablemente, el juicio sobre esta última cuestión no es impermeable a las opiniones sobre las anteriores polémicas, siendo posible que estas ejerzan cierta influencia sobre aquel. Lejos de querer posicionarnos rotundamente, el objetivo de estas líneas es reflexionar sobre la difícil labor hermenéutica que plantea esta reforma.

La resolución continúa señalando en el Fundamento Jurídico sexto que hasta el dictado de esta última resolución del Tribunal Constitucional, el gasto comprometido no tenía tacha alguna de ilegalidad desde la perspectiva formal o presupuestaria. Igualmente, descarta que pueda apreciarse el delito de malversación en comisión por omisión, por la apropiación de terceros, atendiendo al fin último público de los fondos. Finalmente, el destino público es definido en términos ciertamente amplios, siendo cualquier actividad desarrollada por las Administraciones Públicas.

Con todo, es debatible que quepa trasladar automáticamente esta doctrina a la revisión de las penas impuestas por la STS 459/2019. Por una parte, pese a la semejanza, los hechos del otoño de 2017 no son absolutamente coincidentes con los enjuiciados con relación a la consulta de 2014. En efecto, no podemos olvidar la incidencia que tiene el delito de sedición objeto de condena<sup>68</sup>, con el que la malversación mantiene una relación medial, a juicio del Tribunal Supremo (Fundamento de Derecho B, apartado 5.4). Definida la malversación, por el tribunal llamado a la revisión, como medio para la comisión de otro ilícito, resulta difícil que concluya que dicho gasto ha sido aplicado a un fin público.

La tramitación jurídico-presupuestaria también resulta diversa, ya que, en el año 2014, la suspensión por parte del Tribunal Constitucional se produjo con posterioridad a la realización de ciertos convenios y al nacimiento de varias deudas (Fundamento Jurídico sexto, ATSJ Catalunya de 15 de noviembre de 2016). En el caso de la STS 459/2019, de 14 de octubre, la resolución hace constar la suspensión de las partidas presupuestarias correspondientes, previstas en la Ley de presupuestos generales de Catalunya, por parte del Tribunal Constitucional, mediante providencia fechada el 4 de abril de 2017, momento anterior a la concertación de los compromisos presupuestarios enjuiciados, que la Sala sitúa a partir del 6 de septiembre de 2017, cuando se aprueba la normativa que ampara el referéndum.

## La respuesta del Tribunal Supremo

Durante la revisión de este trabajo, la cuestión quedó zanjada por el Tribunal Supremo en el incidente abierto en la ejecutoria de la causa especial 20907/2017, por ATS de 13 de febrero de 2023.

Antes de analizar la respuesta de la Sala, merece la pena examinar las posiciones de las diversas partes en la causa. Las defensas de los condenados interesaron la absolución, aduciendo que, conforme a la nueva redacción dada por la LO 14/2022 a los tipos penales que habían sido aplicados, las conductas enjuiciadas quedaban destipificadas<sup>69</sup>.

En sentido contrario, el Ministerio Fiscal solicitó mantener las penas impuestas en su día a los condenados por sedición y malversación en concurso medial, rebajando solamente las de aquellos que hubiesen sido condenados en exclusiva por el delito de sedición, con arreglo al nuevo delito de desórdenes públicos agravados. Por lo que respecta a la malversación, el Ministerio público entendía que la finalidad de los gastos enjuiciados había sido la comisión de un hecho delictivo, y, aun cuando no se hubiese dado una integración en el patrimonio de

<sup>68</sup> El ATS de 13 de febrero de 2023 considera que la derogación del artículo 544 CP por la LO 14/2022 comporta la destipificación parcial de los hechos objeto de condena, que no tienen encaje en el nuevo tipo agravado de desórdenes públicos del artículo 557.2 CP.

<sup>69</sup> <https://www.rtve.es/noticias/20230124/junqueras-pide-supremo-absuelva-delitos-sedicion-malversacion/2417447.shtml> (último acceso el 25.3.2023).

los condenados, estos habían obtenido una ventaja económica con su acción, lo que satisfacía las exigencias del tipo del artículo 432 CP<sup>70</sup>.

En una posición intermedia se posicionó la Abogacía del Estado, que entendía que procedía rebajar las penas, en todo caso. Esta acusación sí proponía la aplicación del artículo 433 CP, habida cuenta de que no se había acreditado un ánimo de lucro ni la obtención de un beneficio patrimonial directo<sup>71,72</sup>.

Tras escuchar los argumentos de cada una de las partes, el Tribunal Supremo resolvió, en lo que respecta al delito de malversación, que el relato de hechos seguía teniendo encaje en la modalidad apropiatoria típica del artículo 432.1 CP, tras la LO 14/2022, descartando la calificación con arreglo a los artículos 432 bis o 433 CP.

Por una parte, dada la falta de devolución de las cantidades defraudadas, resultaba imposible la aplicación del artículo 432 bis CP, respecto del cual, la Sala recordó sus dificultades aplicativas que ya habían sido examinadas por la jurisprudencia previa a la reforma de la LO 1/2015, destacando que el elemento esencial de tal artículo se encontraba en el elemento subjetivo, antes que en el hecho objetivo de la devolución (FD 4.4.1).

En cuanto al artículo 433 CP, el ATS de 13 de febrero de 2023 comienza recordando las críticas doctrinales al predemocrático artículo 397 del Texto refundido de 1973, entendiendo que la trascendencia extrapenal de la desviación presupuestaria era más respetuosa con el principio de intervención mínima (FD 4.4.2). Ya en cuanto a su aplicación, la Sala afirma que la doctrina jurisprudencial rechaza que se pueda excluir el ánimo de lucro por el hecho de que la dinámica comisiva de la malversación atendiese parcialmente alguna función pública (FD 4.4.3). Finalmente, descarta que los gastos realizados en una consulta popular realizada sin habilitación competencial y contra las órdenes de diversos órganos jurisdiccionales, en el contexto de un proceso secesionista, estén destinados a una aplicación pública diferente, carente de ánimo de lucro; en palabras del auto *“el artículo 432 CP incluye en su tipicidad tanto a quien se apropia de esos fondos como a quien, quebrantando su deber de lealtad en la administración, decide darles una finalidad inequívocamente ilegal”*. Continúa la resolución rechazando que pueda identificarse el ánimo de lucro exclusivamente con la intención de enriquecerse o que pueda incardinarse cualquier administración pública desleal sin apropiación en el tipo del artículo 433 CP, pues ello supondría una incoherencia con los tipos que tutelan esta conducta respecto del patrimonio privado (252 CP) (FD 4.4.4).

Por todo ello, el Tribunal Supremo concluyó que podía mantenerse la condena impuesta en su día con arreglo al nuevo artículo 432 CP, descartando la revisión de las penas de inhabilitación impuestas conforme a este.

---

<sup>70</sup> <https://www.rtve.es/noticias/20230125/fiscales-proces-piden-mantener-13-anos-inhabilitacion-junqueras/2417602.shtml> (último acceso el 25.3.2023).

<sup>71</sup> <https://www.rtve.es/noticias/20230126/abogacia-estado-pide-supremo-rebaje-inhabilitacion-oriol-junqueras/2417806.shtml> (último acceso el 25.3.2023).

<sup>72</sup> A juicio de ROCA AGAPITO, las posiciones de cada una de las partes reflejan diversas concepciones del ánimo de lucro, distinguiendo entre una concepción amplia (como la defendida en el DFGE), una concepción económica-objetiva que lo equipara al ánimo de apropiación (valorada por el instructor en el ATS de 12 de enero de 2023), y una concepción económica subjetiva, que exigiría un enriquecimiento personal (presente en las alegaciones de defensas y Abogacía del Estado); ROCA AGAPITO, L., *op. cit.*, 2023.

## 4.2 El caso de los ERE

El segundo de los asuntos citados durante la tramitación parlamentaria de la reforma es el resuelto por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 1ª, en su sentencia 490/2019, de 19 de noviembre, confirmada sustancialmente por la reciente STS 749/2022, de 13 de septiembre. Dichas resoluciones enjuiciaban el sistema de ayudas creado por responsables políticos y altos funcionarios de la Junta de Andalucía para financiar la contratación de pólizas de rentas en favor de los trabajadores de ciertas empresas. Para lograr un sistema más ágil se encomendó al IFA (Instituto de Fomento de Andalucía) la gestión de estos programas, eludiendo la fiscalización del gasto, la necesidad de establecer bases reguladoras de estas ayudas, lo que derivó en un sistema carente de publicidad y sin libre competencia, marcado por numerosas irregularidades. En fin, se articuló un sistema para repartir ayudas eludiendo el control de legalidad de la subvención.

Los hechos fueron calificados con arreglo al artículo 432 CP, en su modalidad omisiva, en la versión previa a la LO 1/2015, atendiendo a la fecha de comisión. Por consiguiente, con arreglo a lo razonado previamente, el margen de revisión es sumamente estrecho, habida cuenta de la identidad entre la nueva redacción y la original. Ahora bien, no habiendo apropiación por parte de los acusados, y atendiendo a la realización de gastos en favor de terceros mediante un irregular sistema de subvenciones, cabría debatir si estos dispendios constituían una *aplicación pública diferente*, en los términos del nuevo artículo 433 CP, lo que obligaría a la revisión de las condenas.

Tal cuestión ha sido ya valorada por las resoluciones citadas, al hilo de las alegaciones vertidas por las defensas que consideraban que la desviación presupuestaria enjuiciada era atípica en la redacción original del Código penal de 1995, que no incluía el tipo del artículo 397 del Texto refundido de 1973. En esencia, la STS 749/2022, de 13 de septiembre descarta esta tesis en los Fundamentos de Derecho 33 y 34, afirmando que: *“no puede afirmarse siquiera que las ayudas concedidas cumplieran un fin público porque se concedieron, no ya al margen de todo control, sino al margen de cualquier criterio mínimamente objetivo y reglado y de forma absolutamente arbitraria”* (F.D. 33.3).

Esta idea se desarrolla en el siguiente razonamiento: *“el tipo se realiza, por tanto, cuando el caudal público aparta definitivamente del patrimonio público desviándolos de las necesidades del servicio. En este caso, hubo ese apartamiento definitivo y, según hemos dicho en el fundamento jurídico anterior, los pagos realizados no cumplieron una finalidad pública. Fueron el resultado de decisiones arbitrarias que realizaron las autoridades responsables, disponiendo del dinero público como si fuera propio.*

*Se utilizaron los fondos públicos para el pago de subvenciones extraordinarias sin que conste su justificación; se concedieron ayudas que nada tenían que ver con la habilitación presupuestaria; no consta resolución administrativa motivada de concesión; no consta documentación que acredite el más mínimo cumplimiento de las normas sobre subvenciones; se incumplieron de forma absoluta todos los presupuestos y controles establecidos en la ley; no hubo bases reguladoras, ni un criterio mínimamente objetivo o reglado que determinara la concesión; en ocasiones, se autorizaron sin determinar siquiera el objeto de la ayuda, sin comprobar si las empresas beneficiarias tenían necesidad de las ayudas en todo o en parte y sin comprobar si cumplían los distintos requisitos establecidos en la ley; no hubo tramitación de expediente administrativo y no hubo control posterior sobre el destino de las ayudas y por último, se incumplieron todas las normas sobre libre competencia y publicidad. (...).*

*Es cierto que parte de esos pagos fueron destinados al pago de ayudas sociolaborales y que, de haberse cumplido las exigencias legales y reglamentarias, se trataría de pagos realizados*

*para el cumplimiento de fines públicos, pero la finalidad pública y la licitud viene condicionada al cumplimiento de las exigencias legales y en este caso el incumplimiento de esas exigencias fue absoluto dando lugar a un total descontrol del manejo de los fondos públicos*

*Por tanto, hubo apropiación por terceros y la disposición de los bienes en favor de éstos fue definitiva, con la correlativa despatrimonialización de los caudales públicos” (F.D. 34).*

Como vemos, la Sala descarta la posible apreciación de una aplicación pública diferente atendiendo a la absoluta irregularidad del procedimiento de concesión, que convirtió la ayuda sociolaboral en una entrega caprichosa de la autoridad pública, que, pese a la semejanza con la legítima política pública que la inspira, no puede equipararse a esta a efectos penales, dada la absoluta inobservancia de sus formas de concesión, desnaturalizándose completamente.

A la vista de esta contundente respuesta por parte del Tribunal Supremo, podemos concluir con notable seguridad que no procede la revisión de las condenas impuestas tras la aprobación de la LO 14/2022<sup>73</sup>.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Finalizado el estudio de la nueva regulación del delito de malversación, podemos apreciar en la reforma un claro cambio de tendencia, frente a la LO 1/2015 que supuso en su día una notable evolución. Debemos lamentar que esta contrarreforma carezca del necesario peso, pues su tramitación apenas ha dado oportunidad al debate sobre su necesidad, premisas y fines, lo que denota una política criminal y legislativa errática.

Ahora bien, afortunadamente, pese a su intempestivo proceder, el legislador ha huido de aventuras con respecto al delito de malversación<sup>74</sup> y ha recuperado sustancialmente tipos pretéritos, retornando al sistema original del Código penal de 1995, al que ha añadido algún elemento de la normativa preconstitucional, sin apenas cambios. Se reinstaura así un modelo punitivo que, al menos, ha gozado de vigencia y ha podido mostrar su viabilidad. Gracias a esta experiencia, el operador jurídico dispone de sólidos criterios doctrinales y jurisprudenciales ya asentados, al enfrentarse a las dificultades de la nueva normativa.

La sucesión de las LO 1/2015 y LO 14/2022 analizadas permite apreciar además el *espíritu de los tiempos (Zeitgeist)* que las ha inspirado. En efecto, la primera de las normas fue proyectada en el apogeo de la crisis económica, durante la cual, emergió una clara conciencia social contra la corrupción pública. Ello animó al legislador a incluir unos tipos penales especialmente amplios y abiertos (singularmente el artículo 252 CP), muy criticados doctrinalmente, incrementando particularmente la penalidad en el caso de la malversación<sup>75</sup>.

Por su parte, la contrarreforma de la LO 14/2022 estudiada deshace la mayor parte de estas innovaciones, recuperando la normativa original como decimos. El transcurso del

---

<sup>73</sup> Durante el proceso de revisión del presente artículo, ha trascendido el AAP Sevilla, Sección 1ª, de 15 de marzo de 2023, que se pronuncia también en este sentido [https://www.diariodesevilla.es/juzgado\\_de\\_guardia/actualidad/Audiencia-rechaza-revision-condenas-ERE-reforma-malversacion\\_0\\_1774923732.html](https://www.diariodesevilla.es/juzgado_de_guardia/actualidad/Audiencia-rechaza-revision-condenas-ERE-reforma-malversacion_0_1774923732.html) (último acceso el 26.3.2023).

<sup>74</sup> Opinión distinta merece el nuevo delito de enriquecimiento ilícito (438 bis CP), con el que el legislador dice completar la normativa penal contra la corrupción en la Administración Pública, pues la constitucionalidad de este tipo en nuestro contexto comparado resulta más que cuestionable. Al respecto puede verse, BLANCO CORDERO, I., “De nuevo sobre el delito de enriquecimiento ilícito”, *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, AA. VV., coord. VALIENTE IVAÑEZ, V., y RAMÍREZ MARTÍN, G., Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p. 1017-1023.

<sup>75</sup> Apunta QUERALT JIMÉNEZ el carácter simbólico que puede presentar la regulación de la malversación bajo la LO 1/2015; QUERALT JIMÉNEZ, op. cit., 2015, p. 848.

tiempo y el fragor del debate político, con exacerbados hitos en los últimos años, han orillado la atención de la opinión pública respecto de la corrupción, percibiéndose hoy una mayor tolerancia, siempre que se comparta ideario con los implicados.

Desde una perspectiva técnica, la reforma supone una oportunidad perdida. Nadie duda de la oportunidad o conveniencia de revisar la amplitud del tipo de administración desleal (privada y pública, artículos 252 y 432.1 CP), pero, el urgente retorno a la regulación original supone cerrar en falso el debate, renunciando a analizar críticamente la nueva normativa a fin de introducir las mejoras que sean precisas. Cabe recordar que los problemas de seguridad jurídica denunciados por la LO 14/2022 respecto del delito de malversación, son ignorados completamente en cuanto al tipo del artículo 252 CP, que sigue comprometiendo los principios de taxatividad y legalidad penal.

No podemos concluir sin advertir el objetivo último de la reforma, que se sitúa lejos de la política criminal: la crisis constitucional y territorial desatada el año 2017 en Catalunya, enjuiciada en vía penal. Vaya por delante que se trata de una problemática colosal, de largo recorrido, ante la que el Gobierno tiene la potestad y el deber de ensayar diversos enfoques, en su función de dirección política del Estado, dentro de los cuales, se encuentra también la vía del diálogo y la reconciliación.

Sin embargo, no consideramos que el afán de reubicar la crisis en el terreno político, lejos de los tribunales, pueda lograrse reformando el Código penal. Pese a ser obvio, debemos recordar que la ley es una norma de aplicación general que no puede atender en su redacción a un supuesto concreto o específico, sino a la realidad social que pretende regular, amplia, plural y diversa.

La reforma del delito de malversación introducida por LO 14/2022 pretende lograr ambos objetivos: incluir una penalidad específica para un supuesto que se considera desproporcionadamente penado sin generar lagunas de punibilidad o rebajar la sanción de la corrupción. Ambos objetivos son difícilmente conciliables, si bien el legislador acomete la tarea con relativa seguridad, al recuperar artículos previgentes que sabe solventes.

Sin embargo, a la vista del ATS de 13 de febrero de 2023, podemos concluir que las aspiraciones de los impulsores de la reforma no se han visto enteramente satisfechas durante el proceso de revisión llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales, lo que puede conducir a un nuevo enfrentamiento dialéctico con estos, profundizando la crisis constitucional que se quería afrontar. En fin, es evidente que la finalidad última de la reforma de este delito no se ha alcanzado completamente.

Fracasado tal propósito, la nueva regulación presenta como bondad el regresar a modelos de contrastada eficacia, con ciertas mejoras técnicas, si bien es más que cuestionable la efectividad y ámbito del delito de desviación patrimonial. En cualquier caso, este retorno supone una renuncia al estudio y debate debido a la cuestión, y un rechazo a la evolución legislativa, dogmática y político-criminal.

## Bibliografía

- AA. VV., *Tratado de Derecho penal español. Parte especial. III. Delitos contra la Administraciones pública y de justicia*, (dir. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- AA. VV., *Estudios sobre el Código penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, (dir. MORILLAS CUEVA, L.), Dykinson, Madrid, 2015.

- AA. VV., *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* (coord. VALIENTE IVAÑEZ, V., y RAMÍREZ MARTÍN, G.), Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022.
- AA. VV., *Derecho Penal. Parte Especial*, (coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Tirant lo Blanch, 7ª edición, Valencia, 2022.
- AA. VV., *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código penal*, (coord. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- BLECUA FRAGA, R., “La aplicación pública de caudales a diferente destino, como delito de malversación. (Estudio del artículo 397 del Código penal)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, BOE, 1985.
- CASTRO MORENO, A., “Malversación, administración desleal y apropiación indebida”, *Cuadernos digitales de formación*, 46-2015, CGPJ, Madrid, 2015.
- CASTRO MORENO, A., “Nuevo delito de malversación resucitado”, *La Razón*, 31.12.2022.
- CUAREZMA TERÁN, S., “La naturaleza del artículo 397 CP y la distinción con el peculado propio (comentario a la STS, Sala 2ª, de 9 de julio de 1991)”, *Poder Judicial*, 24, CGPJ, Madrid, 1991. Accesible online en: <http://www.sergiocuarezma.com/publicaciones/275-la-naturaleza-del-articulo-397-cp-y-la-distincion-en-el-peculado-propio.html> (último acceso 13.1.2023).
- ENTRENA FABRÉ, R., *El delito de malversación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GARROCHO SALCEDO, A., “Los delitos de malversación”, *Eunomia, revista en cultura de la legalidad*, número 6, 2014. Accesible online en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2215> (último acceso 13.1.2023).
- LANDERA LURI, M., *Excusas absolutorias basadas en conductas positivas posconsumativas. Acciones contratípicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., y GRANADOS PÉREZ, C., *Contestaciones al programa de derecho penal parte especial para acceso a las carreras judicial y fiscal*, Tirant lo Blanch, 6ª edición, Valencia, 2015.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J., y ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., *Malversación y lesión del patrimonio público: apropiación, dirección y desviación, por funcionario, de caudales públicos*, Bosch, Barcelona, 1995.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., y NIETO MARTÍN, A., *Derecho penal económico y de la empresa*, Dykinson, Madrid, 2018.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J., “El delito de malversación: la administración desleal del patrimonio público”, *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 26, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. Accesible online en: <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/372> (último acceso el 13.1.2023). <https://doi.org/10.36151/td.2019.018>.
- MACÍAS ESPEJO, B., *El Delito de malversación como forma de corrupción política. Estudio dogmático y casuística jurisprudencia*, Aranzadi, Navarra, 2020.
- MIR PUIG, C., “La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, BOE, 2015.

- MORALES GARCÍA, O., *Los delitos de malversación de caudales públicos: función, contenido y alcance*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 1999.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch, 24ª edición, Valencia, 2022.
- OLIVEROS ROSSELLÓ, J., “La malversación en el Código penal de 1995”, *Cuadernos de derecho judicial*, 30-1996, CGPJ, Madrid, 1996.
- QUERALT JIMÉNEZ, J., *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015.
- ROCA AGAPITO, L., “Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado”, *Diario La Ley*, número 10230, Sección doctrina, 16.2.2023.
- RODRÍGUEZ COLLAO, L., “La desviación de fondos públicos. aspectos dogmáticos y político-criminales”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, volumen 2, número XXVII, *Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile*, 2006. Accesible online en: <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/629/0> (último acceso el 15.9.2023).
- ROMERO ABOLAFIO, J.J., “El delito de malversación en clave de integridad pública: situación actual y perspectivas de reforma”, *Cuadernos de Política Criminal*, 138, 2022.
- SANZ MULAS, N., “Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017. Accesible online en <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-05.pdf> (último acceso el 13.1.2023).
- SOLAZ SOLAZ, E., “El delito de malversación”, *Cuadernos digitales de formación*, 50-2008, CGPJ, Madrid, 2008.
- ZABALEGUI MUÑOZ, M. C., “La malversación de caudales públicos”, *Cuadernos de Derecho judicial*, 4/1994, CGPJ, Madrid, 1994.