

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANA**CALIDAD DEMOCRÁTICA**

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
ENERO A MAYO DE 2022ACTIVIDADES PREVISTAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

INFORME

LA EFICACIA DE LAS REFORMAS PENALES CONTRA LA CORRUPCIÓN
THE EFFECTIVENESS OF ANTI-CORRUPTION CRIMINAL LAW REFORMSpor **Margarita Valle Mariscal de Gante**

Profesora Contratada, Departamento Derecho Penal, Universidad Complutense de Madrid, Instituto Complutense de Ciencia de la Administración (ICCA)

Cómo citar este artículo / Citation:

Valle Mariscal de Gante, Margarita (2022):

La eficacia de las reformas penales contra la corrupción, en:
Cuadernos Manuel Giménez Abad, nr. 23.DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.CM22.0110>**RESUMEN**

La corrupción ocupa una posición relevante entre las preocupaciones de la ciudadanía. El legislador tiene la obligación de establecer y llevar a cabo estrategias para su prevención y combate, y entre ellas destaca la función del Derecho penal. Ahora bien, para afianzar la confianza del ciudadano en el sistema y al mismo tiempo lograr erradicar la lacra de las actuaciones abusivas en el marco de la gestión pública, es requisito indispensable que la actuación legislativa demuestre utilidad y eficacia. La propensión a los cambios legislativos penales en el marco de la lucha contra la corrupción de los últimos años permite cuestionarse tanto la utilidad como la eficacia de los mismos.

Palabras clave: corrupción, delitos contra la administración pública, malversación, gestión pública abusiva

ABSTRACT

Corruption occupies a relevant position among the concerns of citizens. The Legislator has the obligation to establish and carry out strategies for its prevention and combat, and among them the role of criminal law stands out. However, in order to strengthen citizen confidence in the system and at the same time eradicate the scourge of abusive actions within the framework of public management, it is an essential requirement that legislative action prove useful and effective. The propensity for criminal legislative changes in the framework of the fight against corruption in recent years allows us to question their usefulness and effectiveness.

Key words: corruption, crimes against public Administration, embezzlement, public wasteful management

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
ENERO A MAYO DE 2022****ACTIVIDADES PREVISTAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES****I. INTRODUCCIÓN**

En la actualidad la sociedad en su conjunto percibe que existe un grave problema derivado de determinadas actuaciones en el seno del sector público que presentan un carácter irregular. Las continuas encuestas y estadísticas que se publican al respecto nos muestran una ciudadanía que se encuentra incómoda ante determinados supuestos, que identifica que existen irregularidades en relación con la gestión pública. Asistimos, entre atónitos y enfadados, a numerosos escándalos que se hacen públicos casi a diario, el enjuiciamiento de determinados supuestos se prolonga durante periodos prácticamente “eternos” e incluso podemos llegar a tener la impresión (no sabemos si correcta o incorrecta) de que la respuesta que ofrece el sistema jurídico no es la adecuada. En cierta medida, los ciudadanos, frente a todos estos supuestos, colegimos que la gestión pública se ha dirigido, en muchas ocasiones, a la consecución del beneficio propio de cada gestor, obviando sus obligaciones de sometimiento a la ley, servicio orientado al interés público, objetividad e incluso eficacia. Esta circunstancia, sin duda, erosiona la confianza del ciudadano, no solo en los concretos gestores, sino en la estructura y organización del sistema: trasciende a la mera consideración de la gestión incorrecta para minar las bases de nuestro Estado de Derecho.

Como muestra de la forma en que las actuaciones incorrectas suponen un lastre que merma la confianza del ciudadano en la gestión pública, baste mirar los dos índices que, de manera más habitual, se ocupan de preguntar la opinión de la ciudadanía en relación con estos temas. Por un lado, el índice de Percepción de la Corrupción, elaborado y publicado por Transparencia Internacional, nos sitúa tradicionalmente en posiciones de cola en el contexto europeo: en los últimos años nuestro país ha ocupado el puesto 20 en la Unión Europea, sólo con ocho países por detrás, y hemos fluctuado entre los puestos 42 y 30 entre 180 países a nivel mundial- a pesar de la indudable mejora alcanzada a partir del ascenso de doce posiciones, el puesto 30 debe ser aún considerado como escaso e insuficiente para un país de las características del nuestro.

Por otro lado, las encuestas que, de manera periódica, publica el Centro de Investigaciones Sociológicas, permiten hacernos una idea de cuáles son las preocupaciones de los ciudadanos españoles y confirmar que, con el paréntesis producido por la pandemia del Covid-19 y sus efectos, la corrupción continúa siendo una de las circunstancias que generan mayor preocupación e intranquilidad en la ciudadanía (en relación con la última década, en 2012 la corrupción se percibía como el 5º problema que preocupaba a la sociedad española; esta posición fue aumentando hasta alcanzar en los años sucesivos el segundo puesto- solo por detrás del paro), situándose en la actualidad como el 14º motivo de preocupación, pero sufriendo un proceso de alza en la percepción a raíz de la gestión realizada en relación con las compras y adquisiciones llevadas a cabo durante la pandemia.

Por último, el Grupo de Estados Contra la Corrupción (GRECO) ha publicado recientemente (marzo 2022) su Informe de cumplimiento en relación con la quinta ronda de evaluación llevada a cabo en España en junio de 2019 (el GRECO lleva sometiendo a nuestro país a controles sobre el nivel de corrupción y de cumplimiento del Estado español desde 2001, año en el que se llevó a cabo la primera ronda de evaluación). En él se examina la puesta en práctica de cada recomendación contenida en el informe de evaluación y establece una valoración general del nivel de cumplimiento del Estado miembro respecto de estas recomendaciones. La evaluación por parte del GRECO del cumplimiento de las recomendaciones hechas a España ha sido muy deficiente. En el informe remitido en 2019 se realizaron 19 recomendaciones, de las cuales se consideran cumplidas parcialmente 7 de ellas, mientras que 12 se califican directamente como incumplidas.

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
ENERO A MAYO DE 2022****ACTIVIDADES PREVISTAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

La recepción de esta información por parte de la ciudadanía no hace sino ahondar en su propia percepción y provoca mayor desafección en relación con la gestión pública, con el compromiso ético de los gestores y de los políticos e incluso con las verdaderas intenciones del Estado de solventar estos problemas. Las constantes noticias sobre corrupción junto con las evaluaciones realizadas por organismos internacionales e independientes intensifican la impresión del ciudadano en relación con las actuaciones corruptas y con la posible ineficiencia del Estado a la hora de evitarlas.

En todo caso, y por centrar el objeto de inquietud, desasosiego y pesadumbre de la ciudadanía en relación con la corrupción, en España no preocupa la deshonestidad del servidor público con competencias subordinadas, sino la de quien, en la escala institucional, ocupa la cúspide y puede, en consecuencia, tomar decisiones trascendentes. Preocupa, la “gran corrupción”, aquella que se identifica con “actos cometidos en los niveles más altos del gobierno que involucran la distorsión de políticas o de funciones centrales del Estado, y que permiten a los líderes beneficiarse a expensas del bien común y contradice la esencia del Estado Social de Derecho, por tener como primer efecto el recorte de los programas públicos de inversión en obra civil, sanidad y educación” (Terradillos Basoco, 2019, 11).

A la vista de esta situación y percepción generalizada, se afaná el legislador en iniciar un proceso de cambio para atajar las conductas vinculadas con determinadas actuaciones irregulares. Así puso en marcha lo que vino en llamar “Plan de regeneración democrática” a finales de 2013 y que contemplaba una serie de medidas legislativas: L.O. 9/2013, Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno; L.O. 3/2015 de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos y Ley 3/2015 reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

Mediante estas reformas, el legislador buscaba hacer cierta la máxima que indica que la corrupción se previene, no se combate, y la mejor manera de hacerlo era a través de la regulación extrapenal. El desarrollo de una Ley de transparencia o de la Ley de financiación de partidos constituían actuaciones legislativas que buscaban atajar la corrupción en sus causas puesto que los beneficios de la prevención de la corrupción son mucho mayores que los de la represión (Del Moral García, 2016, 46). Es cierto, no obstante, que previo a todas estas normas debería haberse producido un cambio de paradigma y que se hubieran propiciado incluso medidas de carácter social, que hubieran contribuido a cambiar la percepción de la corrupción. Así, a todo el aparato legislativo aprobado por el legislador, debería haber acompañado una intensa batalla social, de tal manera que se hubieran recuperado o implementado ciertos valores sin los cuales las normas jurídicas, la reacción esporádica o intermitente de la justicia penal “degenerar[ían] en mera coartada de conciencias adormecidas a las que importa más el parecer que el ser” (Del Moral García, 2016, 47).

II. CORRUPCIÓN Y DERECHO PENAL

Si un cambio de percepción y valoración y una modificación en las políticas de transparencia y rendición de cuentas resultan imprescindibles para atajar los desmanes de la actuación incorrecta de los servidores públicos y de la propia Administración, también el Derecho penal se presenta como instrumento útil y necesario para prevenir y erradicar las conductas desviadas en cuanto a la gestión pública.

Ahora bien, el Derecho penal presenta un doble hándicap a la hora de intervenir en ese proceso de prevención y erradicación.

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
ENERO A MAYO DE 2022****ACTIVIDADES PREVISTAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

En primer lugar, porque el Derecho penal no debe representar un papel principal en la lucha contra la corrupción. Esta se combate a través de numerosos frentes y herramientas, de entre las cuales el Derecho penal sólo puede ocupar su lugar de *ultima ratio* y de intervención subsidiaria (Terradillos Basoco, 2017, 27).

Si se prioriza el uso del Derecho penal, nos encontramos con el segundo de los obstáculos. Su excesivo protagonismo por delante de otro tipo de reformas conduce a considerar poco exitosa la lucha contra la corrupción. El Derecho penal es una herramienta necesaria, podemos afirmar que imprescindible en la lucha contra los fenómenos de abuso y descontrol en el servicio público, pero no aisladamente. Así, el afán punitivista del legislador y su interés por incriminar más conductas y conminarlas con mayores penas en muchas ocasiones se revela como una estrategia errónea para combatir las actuaciones corruptas. Este error de planteamiento puede conducir a la conclusión de que el Derecho penal es ineficaz y, por tanto, haciendo que el mensaje que reciben los ciudadanos sea que la corrupción no genera costes, y que el beneficio potencial que se puede alcanzar violando la ley es muy elevado (Malem Seña, 2016, 33).

A pesar de estos riesgos, en los últimos años el interés mostrado por el legislador por aprobar reformas del Código penal que se ocuparan de atajar la corrupción ha sido notable.

De manera previa y para valorar de qué manera el legislador ha intervenido para adaptar las normas penales a un contexto de gestión pública incorrecta, resulta imprescindible identificar qué se entiende, desde el punto de vista penal, a partir del término “corrupción”.

No existe un concepto de corrupción que abarque todas las posibles modalidades y que al mismo tiempo resulte taxativo en su contenido. En sentido amplio, podríamos definir corrupción como la utilización incorrecta del poder que ha sido entregado por el Estado a una persona a título de administrador público para gestionarlo de acuerdo con los intereses generales, defraudando el gestor la confianza puesta en él por sus mandantes y desviando el ejercicio del poder para obtener un enriquecimiento personal (Nieto, 1997, 7). Esta definición acota el concepto a partir de sus sujetos -funcionarios y empleados públicos-, sus objetivos – supeditación de los objetivos públicos a intereses de otra naturaleza - y el marco en el que operan -actuación en el seno de las administraciones públicas- (Terradillos Basoco, 2017, 2).

El Código penal no contiene el concepto de delitos de corrupción como categoría autónoma e independiente, aunque sí coincide en la identificación de determinadas conductas que participan de los elementos que se acaban de reseñar (sujetos, objetivo y marco). Este sería el caso de los delitos contra la Administración pública, aunque resulta necesario indicar que, aunque dentro de esa denominación se engloban los delitos que, de manera habitual vinculamos con el concepto “corrupción” (malversación, tráfico de influencias, cohecho), no todos los delitos que pertenecen a esa categoría se catalogarán automáticamente como “delitos de corrupción” (este sería el caso de la desobediencia y denegación de auxilio o la infidelidad en la custodia de documentos, por ejemplo) o al mismo tiempo que nos encontraremos con otros delitos que, sin estar calificados como delitos contra la Administración pública, sí que se vinculan directamente con la idea de actuación corrupta (este sería el caso de la financiación ilegal de partidos, por ejemplo).

En este sentido, puesto que el Código penal no contempla la categoría de delitos de corrupción con el significado y contenido que habitualmente se asocia a determinadas prácticas, y que no puede considerarse como un término unívoco, será en el marco de los Delitos contra la Administración pública, como delitos con mayores semejanzas

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
ENERO A MAYO DE 2022****ACTIVIDADES PREVISTAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

con el concepto analizado, sobre los que llevaremos a cabo el análisis de las diferentes modificaciones legislativas.

En este contexto, por tanto, es donde el legislador penal ha volcado su afán renovador y regenerador a través de numerosas y variadas reformas que han posibilitado tanto la creación de nuevos delitos como la modificación de los ya existentes para intentar ofrecer respuestas satisfactorias para la tarea propuesta.

Ya en el año 2010, mediante la reforma del Código penal propiciada por la L.O. 5/2010 se produjo la primera de las grandes actuaciones en relación con este tema e iniciaba el legislador su proceloso camino en búsqueda de una eficiencia de la norma penal en la lucha contra la corrupción. Se modificaron los delitos de cohecho para proceder a su adaptación a los compromisos internacionales contraídos por nuestro país. Se realizó también una adaptación de las penas de los delitos contra la Administración pública, incluyéndose pena privativa de libertad para los delitos más graves que pudieran dar lugar a extradición (tráfico de influencias, cohecho, etc) y se reformó el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

Más adelante, en el año 2012, se aprobó la L.O. 7/2012 por la que se modificaba la L.O. 1/1995 de 23 de noviembre del Código penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la seguridad social. Mediante esta ley, y entre otras cuestiones, se introdujo la responsabilidad como personas jurídicas de partidos políticos y sindicatos (cuestión que se había obviado en la reforma del año 2010) y se incluyó dentro del articulado del Código el nuevo delito de falsedad contable pública (art. 433 bis CP), cuya finalidad era dotar de la máxima transparencia al sector público y garantizar la confianza en la veracidad de la información que refleja la situación económica de las administraciones y entidades públicas (nacía el delito con el objetivo de acabar con el problema generado por las llamadas “facturas en el cajón”, método por el cual, en época de crisis económica, se posponía el abono de las facturas de gastos ya pactados por la Administración a un ejercicio contable posterior a aquel en el que se comprometieron).

Insatisfecho con las reformas realizadas y confirmando que no se conseguía poner freno al número de casos de corrupción detectados y a la perniciosa sensación general de inactividad o inutilidad de las normas, retomó el legislador la reforma de los delitos contra la Administración pública en la reforma del Código penal producida a través de la L.O. 1/2015 (reforma de carácter ingente que afectó a numerosísimos delitos e instituciones generales del Derecho penal). En este sentido, modificó tanto los preceptos que se encargaban de tipificar los delitos cometidos por funcionarios o autoridades para, ya fuera agravar las penas, ya fuera introducir nuevas posibilidades delictivas hasta el momento no consideradas, corregir el tratamiento que, desde el punto de vista penal, recibían determinadas actuaciones de los gestores y servidores públicos.

En primer lugar, se revisaron las penas previstas para todos los delitos vinculados con la corrupción en el ámbito de la Administración pública, con el fin de elevar las condenas. Mediante la reforma de 2010 se habían incrementado principalmente las penas privativas de libertad y cinco años más tarde se llevó a cabo el aumento generalizado de las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público, estableciéndolas, además, como penas principales y no accesorias (este fue el caso de la prevaricación administrativa, infidelidad en la custodia de documentos y revelación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, en la malversación y fraudes y exacciones ilegales). De manera acumulativa y no alternativa a otras inhabilitaciones, para los delitos más graves se añadió la inhabilitación para el ejercicio del sufragio pasivo, bloqueando de esta forma la posibilidad de que el condenado pudiera presentarse como candidato a ningún cargo electo (así se procedió en relación con los delitos de cohecho, prevaricación o tráfico de influencias).

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
ENERO A MAYO DE 2022****ACTIVIDADES PREVISTAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

Se estableció, asimismo, una previsión especial en materia de libertad condicional, para habilitar su denegación cuando el penado hubiera eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado. Se supeditaba así la concesión de este beneficio al cumplimiento de las obligaciones de reparación derivadas de la actuación corrupta.

Por último, y como herramienta complementaria, se amplió el plazo de prescripción de los delitos en aquellos supuestos en los que la inhabilitación alcanzaba una duración de al menos diez años (prevaricación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y abusos en el ejercicio de su función).

Mediante esta batería de medidas, y no solo las llevadas a cabo por la reforma de la L.O. 1/2015, sino también las producidas mediante reformas anteriores, el legislador parecía dar a entender que la respuesta que el Derecho penal hasta entonces ofrecía frente a determinadas actuaciones de gestores públicos abusivas y lesivas de determinados bienes jurídicos resultaba en cierta medida inapropiada y, por tanto, era necesario modificarla. Ahora bien, las reformas producidas podían comportar un riesgo muy determinado y concreto, ya que el incremento de penas puede ser la forma menos costosa de luchar contra la corrupción, pero suele demostrarse como la más ineficaz (Del Moral García, 2016, 48-49). Incluso la tipificación ex novo de determinados delitos tampoco parece resultar efectiva, puesto que la creación de un nuevo delito no conlleva, por sí sola, el éxito en su erradicación y es común atribuir al Derecho penal sustantivo, con toda razón en este caso, eficacia escasa en la lucha contra la criminalidad (Terradillos Basoco, 2017, 19).

A través de todas estas reformas se lanzaba al electorado el mensaje de que algo se estaba haciendo; pero esto no solo podía resultar ser ineficiente sino que a veces podía conseguir arrastrar efectos perversos, tales como alcanzar resultados penológicos nada ponderados, con afectación del principio de proporcionalidad y con desequilibrios en todo el sistema de penas (Del Moral García, 2016, 49).

Admitiendo tanto la oportunidad como la utilidad de algunas de las reformas realizadas (este sería el caso de la inclusión de la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o incluso el condicionamiento de la concesión de la libertad condicional al abono de la responsabilidad civil), resulta conveniente cuestionarse la eficiencia de las mismas en relación con un delito concreto, para poder así testar si los mensajes de regeneración, transparencia y eficacia en la lucha contra la corrupción que emite el legislador, se corresponden con la realidad de lo llevado a cabo. En este sentido, las líneas que siguen a continuación se dedicarán a analizar determinadas reformas producidas en el seno de la malversación.

III. LA MALVERSACIÓN

A la vista de que los ejemplos habituales de conductas corruptas normalmente se identifican con el “enriquecimiento ilícito, directo o indirecto, del funcionario dirigido a desviar el funcionamiento de lo público” (Terradillos Basoco, 2019, 48), la malversación coincide en el imaginario popular con la corrupción propiamente dicha. Se trata de un delito que ha presentado una preponderancia notable en los últimos años por lo que su modificación, entendida en términos casi de “reconducción”, permitía al legislador utilizarla como referente de todo lo que el mismo se proponía en relación con la lucha contra la corrupción. Se buscaba así dar la impresión de una mayor severidad penal para los servidores públicos que manejan el dinero de todos (Sanz Mulas, 2017, 3), ofreciendo la imagen de que se había identificado el problema de gestión o de abuso en la gestión que tan perniciosas consecuencias había tenido. Así, las modificaciones

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
ENERO A MAYO DE 2022****ACTIVIDADES PREVISTAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

no sólo repercutían en la regulación del propio delito, sino que venían a representar una suerte de actuación ejemplificadora de lucha contra la corrupción.

Pergeñó así el legislador una modificación completa de estos delitos: transformó su fisonomía y su sistemática, varió la descripción del objeto material alcanzándose, incluso, una protección más radical de patrimonio público. Se corregía así el conservadurismo del que había pecado el Código penal de 1995 al regular la malversación como un supuesto típicamente apropiativo que resultaba inapropiado para el contexto actual (Rodríguez Fernández, 2021, 3).

En general, la reforma de este delito fue unánimemente aceptada, asumiendo que acabaría con el casuismo tan propio de la malversación y que permitiría castigar determinadas conductas perjudiciales para la gestión pública, tales como la venta de bienes públicos por debajo de su valor, venta de bienes inmuebles a infra precio, celebración de contratos sin contraprestación, las contrataciones a precios superiores a los reales, la creación de fondos ocultos de efectivo público sustraído al control de la administración con riesgo de pérdida, etc (Mir Puig, 2015, 215; Sanz Mulas, 2017, 11), actuaciones todas obviadas del seno de la malversación en la regulación previa y que provocaban graves perjuicios (Rodríguez Fernández, 2021).

No obstante, es necesario señalar tres aspectos de la reforma que resultan criticables y que, más allá de la loable intención del legislador de luchar contra la corrupción, nos obligan a discernir si la forma que se ha escogido para llevarlo a cabo ha sido la más adecuada. Para valorar, por tanto, si se corresponde el inicial impulso regenerador y corrector que mueve al legislador con el efecto realmente producido se analizará el alcance de la malversación como administración desleal de patrimonio público, la reforma de las penas asociadas al delito y la introducción del art. 434 CP como circunstancia atenuatoria de carácter especial.

1. Ampliación del concepto de malversación

Como se acaba de exponer, parecía necesario adaptar el delito de malversación a nuevas modalidades delictivas, que permitieran abordar de la forma más amplia las circunstancias a partir de las cuales el patrimonio público podía verse afectado.

La redacción tradicional del delito de malversación contenía tres modalidades típicas. Así este delito se construía a partir de la sustracción con incorporación al propio patrimonio, la aplicación a usos ajenos a la función pública, pero sin ánimo de apropiación y la aplicación privada con perjuicio para la cosa pública.

A través de estas descripciones típicas, sin embargo, se entendía que no se abarcaban las conductas responsables del gasto excesivo, de la gestión descontrolada y derrochadora. En este sentido, las modificaciones que se llevaron a cabo y que estaban relacionadas con la acción típica buscaban dar respuesta a la cuestión de si la mala gestión o la gestión desleal de fondos públicos era merecedora o no del reproche penal y de si resultaban o no ineficaces los demás medios de tutela y sanción con que cuenta un Estado de Derecho, tales como los mecanismos administrativos de control interno y los externos, con las correspondientes infracciones y sanciones disciplinarias. Se quería incluir dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de fondos públicos otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público (Exposición de motivos L.O. 1/2015), ampliando el elenco de conductas punibles para contener aquellas conductas responsables del derroche, el exceso y el descontrol en el gasto público.

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
ENERO A MAYO DE 2022****ACTIVIDADES PREVISTAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

Mediante la nueva regulación se perseguía proteger el patrimonio público capaz de satisfacer los intereses generales a través del gasto público lícito y correctamente ejecutado (De la Mata Barranco, 2019), por lo que las descripciones típicas del delito se modificaron para dar cabida únicamente a dos modalidades de actividades malversatorias: la apropiación indebida y la administración desleal de patrimonio público, constituyendo esta última posibilidad, la novedad con respecto a la regulación anterior.

Esta ampliación de la acción típica de la malversación tenía como objetivo proteger el patrimonio de la Administración en su carácter de soporte de las políticas públicas desarrolladas por ella para satisfacer los intereses generales (De la Mata Barranco, 2019), teniendo en cuenta que lo que se buscaba era castigar la disposición fraudulenta de los bienes en la que el perjuicio causado no se derivaba de la expropiación de la cosa al titular, ni el beneficio se producía a consecuencia de la incorporación de la cosa poseída al propio o ajeno patrimonio, sino de su utilización desleal en interés propio o ajeno, pero sin apropiación o expropiación del bien (Álvarez García, 2014, 40).

Esta nueva definición de malversación, no obstante, no solo generaba problemas desde el punto de vista de la adecuación de esa descripción típica a la gestión del patrimonio, sino además de cara a contener la regulación de esos supuestos hacia los que el legislador prioritariamente había orientado la reforma, puesto que se revelaba como incorrecta para contener el gasto excesivo, desproporcionado o derrochador, vistas las diferencias que se perciben entre la gestión del patrimonio público y el privado (Martell Pérez Alcalde, 2015, 696; Mir Puig, 2015, 216).

Aunque tanto la administración desleal en el ámbito privado como en el público se construyen sobre la infracción de facultades de administración producida por un exceso en su ejercicio y causando un perjuicio al patrimonio, esta estructura común resulta inapropiada para ámbitos tan heterogéneos como son el público y el privado (Quintero Olivares, 2016, 1421). Ni las facultades de administración, ni el perjuicio patrimonial, pueden interpretarse de la misma manera en el plano privado que en el plano público.

En cuanto a las facultades de gestión y disposición, mientras el delito de administración desleal se ocupa de la deslealtad de la confianza depositada por los socios de un sujeto en un consorcio, en la seguridad de que dicho sujeto hará lo mejor para la empresa, el funcionario público, aunque pueda tomar decisiones y gestionar el ingreso y el gasto público, no está dotado de facultades de gestión, sino sometido a un conjunto de numerosas y exhaustivas regulaciones jurídico-administrativas que condicionan las decisiones que ha de tomar, que habrán de estar orientadas hacia el servicio a los fines de la respectiva función o servicio público (Quintero Olivares, 2016, 1421). Así, podríamos afirmar que el funcionario no tiene realmente facultades de gestión, sino que su toma de decisiones está condicionada y marcada por el conjunto de la regulación (Sanz Mulas, 2017, 12), mientras que el administrador tiene una libertad de la que el funcionario carece, dado que su toma de decisión será más libre y siempre orientada al beneficio de la sociedad (Quintero Olivares, 2016, 1421).

Además de valorar la capacidad o no de gestión del funcionario, para que se cumpla el delito de administración desleal de patrimonio público es imprescindible, por exigencia típica, que se produzca un perjuicio patrimonial. La interpretación del término perjuicio será clave para poder calificar como malversatorias las conductas que preocupan al ciudadano y por las que muestra interés el legislador: conductas de gestión derrochadora y que merman las arcas públicas, no pudiendo atenderse otro tipo de prestación de servicios públicos.

Podría entenderse el perjuicio patrimonial al igual que en el delito de estafa, a través del denominado principio del saldo, que determina el daño patrimonial comparando

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
ENERO A MAYO DE 2022****ACTIVIDADES PREVISTAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

el valor del patrimonio antes y después de la realización del hecho típico. Así, debería entenderse por “perjuicio” cualquier menoscabo patrimonial verificado según el criterio del saldo total, esto es, la comparación entre el estado patrimonial anterior a la acción delictiva y el estado patrimonial posterior (Mir Puig, 2015, 219).

En principio, el perjuicio patrimonial en el ámbito público no puede ser interpretado como equivalente a que todo se ha gastado y por tanto hay un saldo menor al inicial, pues ese es el destino natural de lo presupuestado (Quintero Olivares, 2016, 1421). En el sector público lo importante es que el uso del patrimonio y la gestión del gasto se hayan orientado a unos fines razonables y conformes con el objetivo propuesto y aceptado. Al gestor público no se le exige que no dilapide los recursos, sino que los gaste adecuadamente, y el gasto adecuado no tiene nada que ver con el binomio beneficio- perjuicio (Quintero Olivares, 2016, 1421; Sanz Mulas, 2017,11 y 12).

Podría interpretarse el perjuicio desde una perspectiva funcional, de tal manera que el patrimonio se entenderá dañado cuando lo que se tiene no es lo que se tenía que tener, lo que todos a través de nuestros representantes electorales, habíamos decidido que se tuviera con la aprobación de cada presupuesto por más que en términos contables parezca tenerse lo mismo (De la Mata Barranco, 2016). De esta manera se insistiría en la idea de proteger el patrimonio público desde una perspectiva atenta a la satisfacción en todo momento de intereses generales vinculados al proceso de gasto lícito y correctamente ejecutado del patrimonio público (De la Mata Barranco, 2019). Un concepto funcional de patrimonio podría permitir tutelar el correcto control del gasto público y prohibir penalmente el endeudamiento desorbitado, las irregularidades en el gasto, la gestión discrecional injustificada y la inclusión de previsiones presupuestarias no asociadas a fines concretos. Ahora bien, ¿cómo podría valorarse la producción del perjuicio? Este se produce desde el mismo momento en que se lleva a cabo la disposición patrimonial, es decir, la decisión que permite entender atribuido un dominio dispositivo del que se carece. El perjuicio en relación con el patrimonio de las Administraciones públicas (que tiene como destino natural ser gastado), puede referirse no solo a la desaparición de activos en sí, sino también a la desaparición por destino a actividades sin cobertura legal (De la Mata Barranco, 2019). Se produciría un perjuicio para el patrimonio administrado no sólo cuando este se reduce, sino también cuando, de modo no autorizado, o contrario a sus intereses, no se incrementa o se frustra la consecución de un fin legítimamente conseguido (Castro Liñares, 2016, 162).

Ambas interpretaciones del término perjuicio resultan insatisfactorias desde el punto de vista de la administración desleal de patrimonio público.

Por un lado, resulta frecuente en la gestión de lo público que muchas veces las distintas administraciones gasten por encima de lo presupuestado. En determinados casos y debido a supuestos de emergencia, necesidades sobrevenidas, etc, puede ser necesario aplicar recursos no presupuestados. En ocasiones se precisa alterar el presupuesto en su cuantía y finalidad, a fin de paliar la insuficiencia del crédito de partidas presupuestarias concretas. No existe perjuicio patrimonial, sino una simple infracción de la legalidad presupuestaria, cuando se aplican los fondos públicos a otro fin también público. En estos casos existiría una irregularidad presupuestaria, pero no se podría hablar de perjuicio patrimonial (Sanz Mulas, 2017, 13). Esta aplicación del patrimonio público no podría considerarse malversadora, puesto que, desde el momento que cumple fines públicos lícitos, por mucho que generara perjuicio, no podría integrar el concepto de administración desleal.

Por otro lado, a pesar de que siguiéramos un concepto funcional de perjuicio, y atendiéramos a la posibilidad de calificar de perjuicio todo gasto que no estuviera orientado a la prestación de servicios públicos, nos encontraríamos ante la dificultad de tener que

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADONOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICONOVEDADES
PARLAMENTARIASACTUALIDAD
IBEROAMERICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
ENERO A MAYO DE 2022ACTIVIDADES PREVISTAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

valorar cada uno de los gastos, para poder determinar si el concepto por el que se lleva a cabo el gasto puede ser calificado o no, como prestación de servicio público. Esto supondría la fiscalización de todos los gastos realizados por las administraciones desde el punto de vista de su mayor o menor adecuación a la satisfacción de necesidades públicas. ¿A partir de qué momento podríamos entender que una aplicación de gasto no satisface necesidades públicas? Cuando se orientara únicamente a un gasto o inversión de carácter privado. Si el gasto, por excesivo, extravagante, inoportuno o derrochador que fuera, se orientara a la satisfacción de cualesquiera necesidades públicas, aun por delante de otras que pudieran parecer prioritarias, y no produjera un perjuicio patrimonial, no podríamos calificarlo como conducta malversatoria. En este sentido no puede afirmarse que en las conductas de despilfarro concurre un exceso típico en el ámbito del ejercicio de las facultades que se infringen. La oportunidad del gasto en el ejercicio de las facultades de administración no conllevan, necesariamente, la actuación fuera del ámbito de las facultades, sino el ejercicio desviado de las mismas.

Todo gasto que quede inmerso en el cumplimiento de finalidades públicas no debería nunca ser considerado típico, por mucho que genere déficits presupuestarios o disminución en el patrimonio del organismo correspondiente (Sanz Mulas, 2017, 13). Si se gasta según las normas de Derecho presupuestario no habría ningún atisbo de responsabilidad penal. El despilfarro presupuestado no ha de ser considerado delito y esta apreciación resulta correcta a la luz de la consideración del Derecho penal como *ultima ratio* del ordenamiento.

De esta manera no es posible sancionar en todo caso y sin ninguna matización más la alteración de destino presupuestario cuando el gasto se produce en actuaciones públicas, diferente es que dicho gasto sea manifiestamente ilegal, supuesto en el cual no puede entenderse que se está atendiendo “lo público” sino el interés particular de quien lo gestiona (De la Mata Barranco, 2019).

Según lo que se acaba de exponer, la regulación de la malversación tal y como se ha producido, no es capaz de contener los abusos reales en la administración por parte del funcionario. Podría considerarse atípica como administración desleal cualquier acción que no generara perjuicio patrimonial puesto que el gasto malversador solamente será aquel que no solo carece de cobertura presupuestaria, sino que además sea ajeno a cualquier explicación a los fines públicos (Quintero Olivares, 2016, 1422; Manzanares Samaniego, 2013, 6). Únicamente cabrá admitir la malversación cuando no pueda entenderse que se está atendiendo “lo público”, sino el exclusivo interés de quien ejecuta tal gasto sin el sustento normativo exigible (De la Mata Barranco, 2019).

Como se desprende del análisis realizado, resulta imposible calificar como administración desleal de patrimonio público la realización de gasto siempre que éste revierta en el ámbito público. La necesidad de que se produzca un perjuicio patrimonial unida al hecho de que la administración ha de producirse en el ámbito de la prestación de servicios públicos, puede llevarnos a no admitir como malversatorias conductas de despilfarro y abuso en la gestión siempre que se produzcan en el ámbito público, mientras que otras actuaciones más discutibles en relación con la actuación pública no podrán ser consideradas como administración desleal si no se ha producido un perjuicio patrimonial.

2. Modificación de las penas

Las penas actualmente impuestas en el delito de malversación son diferentes respecto de las contenidas en la norma anterior a la reforma, siendo que el saldo final entre las penas anteriores y las actuales muestra una clara tendencia a la baja, a pesar de la afirmación del legislador en la Exposición de Motivos, indicando que se producía un aumento de las penas “con el fin de elevar las condenas previstas en la actualidad” (Exposición de

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
ENERO A MAYO DE 2022****ACTIVIDADES PREVISTAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

Motivos, L.O. 1/2015). Se consideraba, al igual que en el resto de los delitos vinculados al heterogéneo concepto de corrupción, que las penas no resultaban adecuadas y que nuestro Código penal presentaba, por tanto, un déficit punitivo (Mir Puig, 2013, 216).

En primer lugar, en relación con la pena de prisión, podemos decir que el tipo básico de malversación pasó de tener una pena de tres a seis años de prisión a una pena de dos a seis años. Este cambio, a pesar de no afectar al límite máximo, si modifica el límite mínimo, de tal manera que, de ser una pena que no era posible suspender por superar el umbral de los dos años, se transformó en una pena suspendible si concurrían el resto de requisitos. Tal y como afirma Álvarez García (2014, 41) las penas no deberían en ningún caso descender de los tres años de prisión, de tal manera que el objetivo evidente fuera “la entrada en prisión de los funcionarios malversadores”, siendo aconsejable mantener la amenaza de pena privativa de libertad susceptible de cumplimiento efectivo (Terradillos Basoco, 2019, 11).

En relación con la pena de inhabilitación, en la redacción inicial del Código penal de 1995, la malversación se encontraba castigada con una pena de inhabilitación absoluta de seis a diez años, mientras que en la actualidad y tras la reforma, esta mantenía el mismo marco penal pero pasaba a ser inhabilitación especial. Las diferencias entre ambas clases de inhabilitación suponían verdaderamente una diferencia cuantitativa y cualitativa, aun cuando el marco penal fuera el mismo. El cambio podía deberse a un intento de homogeneizar las penas de los delitos contra la Administración pública, pero no dejaba de sorprender, que se cambiara una inhabilitación más intensa por una menos limitativa de derechos. Incluso, aun cuando se incluyera la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, la inhabilitación absoluta suponía mayores consecuencias punitivas.

En cuanto al tipo privilegiado contenido en el art. 433 CP cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes fuera inferior a 4000€, actualmente se encuentra prevista una pena de prisión de uno a dos años, multa de tres meses y un día a doce meses e inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo de uno a cinco años-. En la regulación anterior se establecía una pena de prisión de seis meses a tres años, multa entre dos y cuatro meses, y suspensión de empleo o cargo público hasta tres años. En este caso, aunque se aumentó la pena de multa y se cambió la suspensión por inhabilitación, en lo que se refiere a la pena de prisión se modificó el límite máximo de la pena, pasando de un máximo de tres a un máximo de dos años, lo cual, al igual que sucede con el tipo básico, resulta más beneficioso para los condenados por malversación.

Estas dos modificaciones de la pena son más beneficiosas para el reo, por lo que podrían ser aplicadas retroactivamente, de tal manera que se llegaran a aplicar a hechos cometidos con anterioridad a la aprobación de las mismas, generando cierta desmoralización y descontento social, a la vista de que supondría ir en contra de la explicitada intención del legislador de combatir la corrupción con mayor rigor que hasta ese momento (Manzanares Samaniego, 2013, 9).

3. Atenuación del Artículo 434 CP

Se introdujo por primera vez en sede de malversación una semi- excusa, atenuante o súper atenuación por razones político- criminales (Mir Puig, 2015, 226), que ofrece una reducción de pena de uno o dos grados para los supuestos en los que el sujeto lleve a cabo la reparación efectiva e íntegra del perjuicio causado al patrimonio público o se produzca la colaboración activa del autor con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos.. No podemos negar la utilidad de los objetivos que se propone el legislador mediante la inclusión de esta atenuación

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
ENERO A MAYO DE 2022****ACTIVIDADES PREVISTAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

(recuperación del patrimonio no invertido en la satisfacción de necesidades de carácter público y contribución al esclarecimiento de los hechos), pero es cuestionable no solo la conveniencia de dicho tipo penal, sino también la forma en la que se lleva a cabo y, de nuevo, la eficacia en relación con el objetivo propuesto.

En primer lugar, se trata de una rebaja de pena preceptiva de uno o dos grados de la pena establecida para el delito de malversación. Esto es, siempre que se aprecien dichas circunstancias, el Tribunal tendrá que aplicar la atenuación prevista en el artículo, con lo cual puede llegarse a una pena verdaderamente ridícula (en los casos del tipo básico de malversación nos podríamos encontrar con una pena de un año a dos años menos un día de prisión y tres años a seis años menos un día de inhabilitación especial y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en el supuesto de bajada de un grado, y con una pena de seis meses a un año menos un día de prisión y un año y seis meses a tres años menos un día de inhabilitación en el supuesto de minoración en dos grados). Los criterios para decidir cuándo ha de procederse a una rebaja de uno o dos grados, sin embargo, no aparecen explicitados en la redacción del precepto, lo cual puede contribuir a consolidar la idea de cierta arbitrariedad en la determinación de cuantos grados reducir.

En segundo lugar, no se exige ningún tipo de requisito temporal para la reparación del daño. El ordenamiento ya cuenta con una atenuante genérica de reparación del daño contenida en el artículo 21.5 del Código penal. Admitiendo que la descripción del artículo 434 se solapa con la contenida en el artículo 21.5, dado que comparten objetivo, la aplicación de esta última se condiciona a que la reparación se produzca antes del inicio del juicio oral (Mir Puig, 2013, 239). En este sentido, la previsión establecida en el artículo 434 ha sido valorada de manera especialmente negativa por la Fiscalía General del Estado que considera que se crea una atenuación más poderosa que la ya existente, pero con menos requisitos para su obtención (Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal, 293).

Del mismo modo, en relación con la colaboración, obtención de pruebas y esclarecimiento, no se indica que cualquiera de estas conductas tenga que ser efectivamente producida, por lo que podría aplicarse la atenuación siempre que el autor lo realizara con dicho propósito, sin necesidad de que efectivamente se produjera (Mir Puig, 2013, 239 y 240; El mismo, 2015, 1472).

Por último, resulta también reseñable que la rebaja de pena pudiera presentarse de manera acumulativa entre las varias circunstancias que se ofrecen para llevarla a cabo, con lo cual para acceder a los dos grados de rebaja, sólo se necesitaría llevar a cabo una de las dos conductas propuestas, pudiendo llegarse incluso a una rebaja mayor en el caso en el que se “escoja” de entre los diferentes motivos de atenuación para aplicar el art. 434 CP y por otro lado se apliquen las atenuantes genéricas basándose en otras conductas llevadas a cabo por el sujeto (Manzanares Samaniego, 2013, 8).

Resulta evidente que, con la inclusión de esta atenuación, se condiciona por completo el mensaje que quiere comunicar el legislador. Desde el punto de vista de la política criminal, conlleva una idea muy negativa, ofreciendo una imagen de debilidad de la Administración y una sensación de doble rasero con este tipo de delinquentes, que reciben un trato más obsequioso distinto al que reciben el resto de autores (Dopico Gómez- Aller, 2019, 63). Políticamente no resulta coherente con el mensaje de tolerancia cero que se quiere dar hacia este tipo de conductas corruptas (Roca Agapito, 2013, 927), empañando la imagen de lucha contra la corrupción de forma eficaz, y llegando a diluir o debilitar todos los esfuerzos realizados al efecto (Mir Puig, 2015, 229). Tal y como llegó a afirmar la Fiscalía General del Estado, la introducción de este artículo traslada una sensación de condescendencia con las funciones públicas muy pernicioso para la confianza de los

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
ENERO A MAYO DE 2022****ACTIVIDADES PREVISTAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

ciudadanos en el derecho (Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código penal, p. 293). Ítem más, al tratarse de una ley más favorable, es una cláusula que favorecerá tanto a malversadores futuros como a cualquier malversador pasado (Manzanares Samaniego, 2013, 8).

Finalmente, es necesario remarcar que la atenuante específica sólo piensa en la reparación del daño al erario público, pero no dice nada acerca del perjuicio que se haya podido causar a la prestación del servicio público. Lo único que cuenta es que se reintegre el dinero malversado, sin ningún tipo de mención a cómo ha de llevarse a cabo el servicio público no prestado u obviado. Para esta finalidad reintegradora ya está previsto el decomiso y la responsabilidad civil (Roca Agapito, 2013, 927).

IV. CONCLUSIONES

Partiendo de la base de que todos los esfuerzos del legislador para acabar con la corrupción son y han de ser bienvenidos, no es menos cierto que la corrección, efectividad y eficiencia de dichos esfuerzos ha de ser una prioridad en toda actuación legislativa.

Es evidente que el Derecho penal no puede y no ha de ser la herramienta prioritaria para acabar con la corrupción. Preferir los instrumentos de los que dispone el Estado que pueden asegurarnos una mayor eficacia en la prevención junto con una menor lesividad (véanse las leyes que favorecen y fomentan la transparencia de las administraciones públicas, por ejemplo), no se muestra como la mejor estrategia a la hora de conseguir erradicar la lacra de unas actuaciones que socavan tanto los cimientos del Estado de derecho como la confianza de los ciudadanos en la estructura y funcionamiento del mismo.

Ahora bien, el Derecho penal, utilizado correctamente juega y cumple un papel preponderante en la lucha contra la corrupción. Mediante las reformas penales el legislador busca trasladar un mensaje de tolerancia cero con la corrupción, presentar un afán regenerador y mostrar un ímpetu en la lucha contra la gestión incorrecta. Sin embargo, de lo expuesto en este trabajo, podemos concluir que las reformas centradas en el aumento de las penas (ya sean de prisión o de inhabilitación) se muestran ineficientes, ya que la aptitud desincentivadora no se encuentra en el número de años, sino en la capacidad de ser descubierto y de no eludir la sanción.

La intención del legislador a la hora de regular la malversación como administración desleal de patrimonio público resulta evidente, aunque pareciera que esta nueva modalidad malversatoria antes que ampliar el número de supuestos a los que sería aplicable ha restringido los mismos, debido a la acumulación de requisitos para poder apreciar su tipicidad. Se producen gastos incorrectos en el seno de las administraciones, sí. Se producen abusos presupuestarios, sí. Se ha producido muchísimo despilfarro, sin duda. La reforma de la malversación ayuda a controlar y acabar con dichas prácticas: difícilmente.

En cuanto a la modificación de las penas, y sin entrar a valorar si los cambios a nivel penológico que se llevaron a cabo en la malversación son o no oportunos o correctos, sí podemos afirmar que la reducción de las penas privativas de libertad no se compadece con el mensaje de incremento de la penalidad y de mayor criminalización de las conductas malversatorias por el que abogaba el legislador en la justificación de la reforma. El legislador, de nuevo, ofrece un determinado mensaje destinado a convencer a los ciudadanos de su ímpetu en la lucha contra la corrupción, viéndose modificado dicho mensaje en la regulación concreta en cuanto a percepción general y contradicción con los mensajes (en muchos casos propagandísticos).

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
ENERO A MAYO DE 2022****ACTIVIDADES PREVISTAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES**

Adicionalmente la inclusión de la cláusula atenuatoria del artículo 434 CP, patrimonializa en exceso el delito de malversación, de tal manera que parece priorizar la recuperación del patrimonio desviado o apropiado. Esto, que sin duda es un objetivo importante, de nuevo se contradice con el mensaje ofrecido por el legislador ya que resulta difícilmente conciliable con la política de “mano dura”. Las rebajas de pena de hasta dos grados, aplicables no solo a la pena privativa de libertad, sino también a las penas privativas de derechos, provocan que los ciudadanos puedan asistir asombrados a la posibilidad de que políticos condenados por malversación y debido a la aplicación de esta flexible súper atenuación en el corto plazo pudieran volver a presentarse a unas elecciones o ser nombrados para cualquier cargo público.

La alteración de los marcos penales, la sustitución de la pena de inhabilitación absoluta por la inhabilitación especial y para el derecho de sufragio pasivo, la modificación de la conducta activa de administración desleal y la introducción de la cláusula atenuatoria del artículo 434 CP, parecen contradecir de manera directa los objetivos que el legislador persigue mediante su reforma. En este sentido, las modificaciones del Código penal presentan una eficacia mucho menor que la inicialmente perseguida. Todas las reformas aparentemente buscan poner freno a las conductas que desde la propia Administración se llevan a cabo, queriendo atajar las conductas de carácter corrupto y limitando el excesivo y descontrolado despilfarro y descontrol en la gestión público, pero posteriormente se revelan como ineficaces e inútiles por su propia configuración típica y su estructura.

De esta manera, la ineficacia de las reformas penales confunde a la sociedad, nos hace dudar de la utilidad real del ordenamiento jurídico-penal e incluso de la verdadera intención legislativa en cuanto al combate contra la corrupción. El legislador ha intentado convencernos de la intensidad con la que afronta el problema de la corrupción, pero ni resulta posible castigar los desmanes en la gestión que condujeron a las distintas crisis económicas, ni las penas serán más graves ni tampoco serán ejemplarizantes, pues todo puede “casi” olvidarse” mediante determinadas acciones de reparación o pseudo colaboración.

Así, la ineficiencia o inutilidad de la regulación penal conduce, de manera inexorable, al desánimo, descreimiento y desconfianza de la ciudadanía.

PORTADA**SUMARIO****PRESENTACIÓN****ÁREAS DE ESTUDIO****NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO****NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO****NOVEDADES
PARLAMENTARIAS****ACTUALIDAD
IBEROAMERICANA****CALIDAD DEMOCRÁTICA****AGENDA****ACTIVIDADES REALIZADAS
ENERO A MAYO DE 2022****ACTIVIDADES PREVISTAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2022****CRÉDITOS****INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES****LISTA DE EVALUADORES****BIBLIOGRAFÍA**

- **ÁLVAREZ GARCÍA**, Francisco Javier (2014): “La nueva reforma penal de 2013”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 6, marzo- agosto 2014, pp. 16-71.
- **CASTRO LIÑARES**, David (2016): “Análisis de los elementos definitorios del ilícito penal de malversación. Un estudio con base en la venta de inmuebles públicos por parte del Instituto de Vivienda de Madrid”, en **Puente Aba** (Dir.), **Souto García** (Coord.), *Corrupción y fraudes a consumidores: perspectivas y casos actuales*, Comares, Granada, pp. 149-171.
- **DE LA MATA BARRANCO**, Norberto (2019): “Administración desleal del patrimonio público”, en <https://almacenederecho.org/administracion-desleal-del-patrimonio-publico>.
- **DE LA MATA BARRANCO**, Norberto (2016): “La gestión irregular del presupuesto público y la malversación”, en <https://almacenederecho.org/la-gestion-irregular-del-presupuesto-publico-y-la-malversacion>.
- **DEL MORAL GARCÍA**, Antonio (2016): “Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104-II. Enero- abril 2016, Guipúzcoa, pp. 43-75.
- **DOPICO GÓMEZ-ALLER**, Jacobo (2019): “La superatenuación por “regulación tadía” y la compra de impunidad. Motivos para una derogación”, en **Demetrio Crespo** y **Sanz Díaz- Palacios** (dirs.), *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*, Atelier, Barcelona, pp. 43-63.
- **MALEM SEÑA**, Jorge Francisco (2016): “La corrupción. Algunas consideraciones conceptuales y contextuales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104-II. Enero- abril 2016, Guipúzcoa, pp. 25-41.
- **MANZANARES SAMANIEGO**, José Luis, (2013): “La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, nº 8104, Sección Doctrina, 13 junio 2013, Wolters Kluwer.
- **MARTELL PÉREZ ALCALDE**, Cristóbal (2015): “El delito de malversación”, en **Quintero Olivares** (Dir.), *Comentario a la-697 reforma penal de 2015*, 1ª ed. Aranzadi, Navarra, pp. 691.
- **MIR PUIG**, Carlos (2013): “Sobre la reforma de los delitos de malversación en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 2013”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 2013, p. 205-250.
- **MIR PUIG**, Carlos (2015): “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*, 2015, pp. 185-236.
- **NIETO**, Alejandro (1997): *Corrupción en la España democrática*. Ariel. Barcelona.
- **QUINTERO OLIVARES**, Gonzalo (2016): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Aranzadi, Madrid.
- **ROCA AGAPITO**, Luis (2013): “Delitos de malversación: arts. 432 y ss.”, en **Álvarez García**, **Dopico Gómez**, **Díez Ripollés** (Coords.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 921-928.
- **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ**, Ignacio (2021): “La malversación como administración desleal de patrimonio público: nuevas perspectivas jurisprudenciales en la lucha contra la corrupción (con especial atención al Caso del Procés)”, *Diario La Ley*, nº 9963, Sección Tribuna, 1 diciembre 2021, Wolters Kluwer.

PORTADA

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ÁREAS DE ESTUDIO

NOVEDADES DEL
FEDERALISMO COMPARADO

NOVEDADES DEL
ESTADO AUTONÓMICO

NOVEDADES
PARLAMENTARIAS

ACTUALIDAD
IBEROAMÉRICANA

CALIDAD DEMOCRÁTICA

AGENDA

ACTIVIDADES REALIZADAS
ENERO A MAYO DE 2022

ACTIVIDADES PREVISTAS
JUNIO A DICIEMBRE DE 2022

CRÉDITOS

INSTRUCCIONES PARA
LOS AUTORES

LISTA DE EVALUADORES

- SANZ MULAS, Nieves (2017): “Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales,” *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 19-05.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M. (2019): “Apuntes político-criminales en torno a la corrupción pública como delincuencia socioeconómica organizada. El caso español”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol 15, nº 93, julio-diciembre 2019, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia, pp. 11-49.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M. (2017): “Corrupción política: consideraciones político-criminales”, *Revista de Estudios penales y de la Seguridad*, nº 1, pp. 1-31. ■