

Mgter. Deisy Janeth Barrientos Pérez

Investigadora contratada predoctoral de D. Penal. Univ. de León, España. Procuradora Judicial,
Colombia. Socia de la FICP.

~Reflexiones sobre el delito de malversación tras la reforma operada por la LO 14/2022*~

I. BIEN JURÍDICO

A pesar de las diversas reformas que han afectado al delito de malversación, las posiciones doctrinales han cambiado poco en su empeño por averiguar la naturaleza de este delito y su razón de protección. Coincido con la postura mayoritaria en la doctrina que entiende al delito de malversación como un delito pluriofensivo. Esa pluriofensividad se proyecta sobre el patrimonio público y sobre el correcto funcionamiento de la Administración pública¹.

Entre los distintos conceptos de patrimonio —jurídico, económico, mixto y personal-funcional— considero que en el delito de malversación se alude a una combinación del criterio mixto y del personal o funcional. Resulta especialmente interesante el enfoque personal-funcional para la interpretación del patrimonio público, en tanto que la lesión ha de estar referida no solo a la disminución económica cuantificable, sino también a la alteración del patrimonio para cumplir los fines públicos legalmente prefijados para aquel². En este sentido, al no estar referido el perjuicio solo a una merma económica, podrá apreciarse el perjuicio en conductas idóneas para afectar funcionalmente al patrimonio, como sucede, entre otras, en aquellas conductas de

* Ponencia presentada en el XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho penal, en Homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. D. Javier de Vicente Remesal, Univ. de Vigo, 22 de julio de 2024.

¹ Resaltan la naturaleza pluriofensiva del delito de malversación, entre otros: MUÑOZ CONDE, DP. PE., 25.^a ed., 2023, 1017; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Lecciones, 8.^a ed., 2023, 401; RODRÍGUEZ DE LA RIVA, en: RPD 268 (2023), 130 s.; MORALES HERNÁNDEZ, en: RECPC 25-14 (2023), 5 ss; GONZÁLEZ CUSSAC, en: GONZÁLEZ CUSSAC (Coord.), DP.PE., 8.^a ed., 2023, 771; RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, en: RODRÍGUEZ RAMOS/RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA/RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, Comentarios CP, 7.^a ed., 2023, 1916; 1921; SÁNCHEZ LÁZARO/VIZUETA FERNÁNDEZ, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (Coords.), DP.PE., 3.^a ed., 2023, 796 coincide con la jurisprudencia y parte de la doctrina que considera que se protege el patrimonio público y su correcta gestión; NÚÑEZ CASTAÑO, en: RGDP 41 (2024), 21 s.

² Consecuente con esto, DE LA MATA BARRANCO, en: RAAP 11 (1997), 457 sostiene que, al poner el énfasis en la funcionalidad del patrimonio, se descarta que cualquier menoscabo económico pueda configurar el delito. Lo determinante no es el daño económico en sí, sino si se han cumplido o no los fines y el destino previstos para dicho patrimonio.

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Vigo, 2024.**

utilización temporal, como la prevista actualmente en el art. 432 *bis* CP que prevé la destinación a usos privados del patrimonio público, conducta con la que no se perjudica definitivamente el patrimonio sino solo de manera temporal; o en las conductas del art. 433 CP dedicado a la aplicación pública diferente del patrimonio del destino que tenía previsto, en tanto que no es necesario probar un perjuicio económico de la administración pero sí una alteración indebida de los fines de un activo patrimonial que repercute de manera negativa en el funcionamiento del servicio público³. En estos últimos casos, aunque no logre probarse una merma económica, no hay impedimento para no afirmar la afectación del bien jurídico, que se concreta al haberse separado el patrimonio de las finalidades específicas para las que fue destinado⁴.

Además de la lesión al bien jurídico del patrimonio público, en todas las modalidades del delito de malversación se evidencia también una afectación al correcto funcionamiento de la Administración pública⁵, especialmente en lo referente al principio de legalidad, la adecuada ejecución del gasto y el deber de servir a los intereses generales, que se ven desatendidos con la comisión del delito. Así, desde la entrada en vigor del actual CP, este delito ha sido consistentemente ubicado entre los que atentan contra la funcionalidad de la Administración Pública. Dicha funcionalidad se ve vulnerada no solo por el uso indebido del patrimonio público —cuyo fin último es la satisfacción de las necesidades o intereses sociales generales—, sino también porque las conductas de malversación conllevan una transgresión del principio de legalidad e imparcialidad, establecidos en el artículo 103.1 de la CE, que exige que la Administración sirva con objetividad a los intereses generales.

³ NIETO MARTÍN, en: GÓMEZ RIVERO (Dir.), DP. PE., t. II, 2023, 400.

⁴ DE LA MATA BARRANCO, en: RAAP 11 (1997), 457 s.

⁵ Algunos autores hallan en la *función pública* el bien jurídico categorial, así considera que la protección de la función pública no solo es la razón de ser de los delitos consagrados en el Tít. XIX, sino que además debería hacerse extensible ese razonamiento al Tít. XX del CP, RODRÍGUEZ PUERTA, Cohecho, 1999, 40; GONZÁLEZ CUSSAC, en: ORTS BERENGUER (Dir.), Delitos de los funcionarios, 1994, 61 s.; Prevaricación, 2.ª ed., 1997, 21-23; MIR PUIG, C., Delitos contra la Administración Pública, 2000, 20. Describe esta postura como posición mayoritaria en la doctrina MIR PUIG, C., Malversación, 2024, 121. Otros autores entienden que el ejercicio de la función pública es el rasgo característico de los delitos contra la Administración pública, así, GARCÍA ARÁN, en: RAAP 11 (1997), 358; HEDO IDOPE, en: RAAP 11 (1997), 372 s.; ROCA AGAPITO, Malversación, 1999, 67; VIZUETA FERNÁNDEZ, Delitos contra la administración pública, 2003, 183 «Sería más conveniente referirse a las *funciones públicas* con otras expresiones distintas a la de bien jurídico: característica genérica, rasgo común, elemento general, etc.»; VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, /MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, DP.PE., 3.ª ed., 2010; 697 ss.; ALONSO ÁLAMO, en: LH-Octavio de Toledo, 2016, 421 ss.; NICOLÁS JIMÉNEZ, en: ROMEO CASABONA/SOLA RECHE/BOLDOVA PASAMAR (Coords.), DP. PE., 3.ª ed., 2023, 759.

II. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA REFORMA OPERADA POR LA LO 14/2022

En el Preámbulo de la LO 14/2022 se señala que la regulación de la malversación en 2015 amplió el rango de conductas malversadoras desoyendo los informes del CGPJ y del CF que abogaban por mantener el modelo tradicional, modelo al que pretende volver esta reforma. Se construye el delito de malversación en «tres niveles: 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)».

La reforma del delito de malversación en 2022 se aleja de manera radical de esa apodíctica fórmula que el legislador de 2015 presentó como la revelación de lo que «en realidad»⁶ era la malversación y vuelve en el tiempo para presentar un estado de cosas similar al que había desde la vigencia del CP 1995 e incluso antes, en el CP 1973, al incluirse el delito de malversación consistente en la aplicación de bienes públicos a una finalidad pública diferente a la prevista inicialmente. En todo caso, no deja de llamar la atención que las razones para ese regreso a la regulación tradicional del delito de malversación no fueron fruto de un proceso deliberativo concienzudo, sino que, al contrario, fue fruto de prisas políticas para intervenir de manera indebida en la rebaja (o incluso exoneración) de pena a algunos condenados por este delito⁷.

En definitiva, la reciente reforma del delito de malversación es una muestra más de cómo el legislador en algunas ocasiones hace uso de las herramientas de creación del derecho para hacer calzar la ley con los intereses políticos de turno, incluso so pena del sacrificio de valores democráticos. En este panorama caótico pareciera que el recurso a la ley para la creación de tipos penales, su modificación o derogación, se aleja del proceso reflexivo que se espera sobre qué es lo que se pretende proteger.

Pese a las críticas recibidas por parte de la doctrina sobre la forma en la que se había

⁶ Así se afirmó en el Preámbulo de la LO 1/2015.

⁷ Así, entre otros, QUINTERO OLIVARES, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), MORALES PRATS (Coord.), SALAT PAISAL (Comp.), Comentarios al CP, t. II, 8.ª ed., 2024, 1432.

regulado el delito de malversación por el legislador de 2015⁸, lo cierto es que hoy existen voces discrepantes sobre el regreso al modelo tradicional. Por un lado, algunos consideran que la regulación actual representa un retroceso hacia un modelo decimonónico, superado con la reforma de 2015. Esta reforma respondía a la evidencia de que, en la actualidad, la malversación no se limita a la sustracción directa del patrimonio público, sino que incluye conductas más sofisticadas, como la contratación a sobreprecio, la adquisición de servicios innecesarios, inversiones irracionales o la falta de promoción en el cobro de créditos pertenecientes al patrimonio. Estas conductas, en la regulación de 2015, se encuadraban en el delito de administración desleal⁹ como una forma de malversación. Por otro lado, algunos argumentan que la normativa actual permite sancionar nuevas formas de malversación y señalan que, al igual que en 2015, sigue siendo discutible si conductas como la realización de negocios arriesgados, inversiones desacertadas o el despilfarro presupuestario deben ser castigadas penalmente¹⁰.

A continuación, mencionaré algunos de los cambios producidos tras la reforma.

1. Malversación por apropiación (art. 432 CP) tras la LO 14/2022

En los artículos 394 y 395 CP 1944 y 1973 estaban previstas las conductas de malversación que cifraban el injusto en la «sustracción» de caudales o efectos públicos, aunque la doctrina mayoritaria entendió, de manera acertada, que no se hacía referencia a una conducta de «sustracción» sino de «apropiación»¹¹. Esto, más que una aclaración conceptual responde a la idea de que un elemento imprescindible para conformar el tipo objetivo del delito de malversación es que el funcionario tenga el patrimonio público «a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas». En este orden de ideas, no habría una sustracción, sino una apropiación, por cuanto la

⁸ Así, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: MÁRQUEZ/LAPORTA/VEGA VEGA (Coords.), LH-Corcay Bidasolo, 2023; MARTELL PÉREZ-ALCALDE, Reforma penal de 2015, 2015; Martell Pérez-Alcalde, Cristobal, «El delito de malversación», en: Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.) Comentario a la reforma penal de 2015, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, 692.

⁹ JAÉN VALLEJO, en: CPC 139 (2023), 81.

¹⁰ NÚÑEZ CASTAÑO, en: RGDP 41 (2024), 16 s.

¹¹ SUÁREZ MONTES, en: RGLJ (1966), 17; DÍAZ PALOS, en: NEJ, t. XV (1974), 821; BUSTOS RAMÍREZ, Manual PE., 2.ª ed., 1991, 452; CUAREZMA TERÁN, en: PJ 24 (1991), 200; DE LA MATA/ETXEBARRIA, Malversación y lesión del patrimonio público, 1995, 23; HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, en: LL 2 (1996), 1453 s.; FEIJOO SÁNCHEZ, en: LL 2 (1997), 1686; ROCA AGAPITO, Malversación, 1999, 27, 170 s.; CASTRO MORENO, Malversación, 2001, 215 s.; ZÁRATE CONDE, en: ZÁRATE CONDE (Coord.), DP. PE., 3.ª ed., 2021, 745; ORTIZ DE URBINA GIMENO, en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.)/RAGUÉS I VALLÈS, (Coord.) Lecciones., 9.ª ed., 2023, 406.

sustracción implica sacar un bien del radio de disposición de otra persona. Los caudales o efectos públicos siempre están a cargo del funcionario que los custodia debido a las funciones que desempeña, de ahí que lo más acertado sea referirse a la apropiación como aquella conducta que supone disponer de una cosa como si se fuera dueño¹².

Con la reforma operada por la LO 14/2022 se cambia la conducta típica de «sustracción» por la de «apropiación» y, ante esto, creo que es válido preguntarse si con ello el legislador de 2022 quiso restringir los supuestos que pueden encajar en este delito para limitarlos solo a una apropiación en el sentido de disposición patrimonial para posterior incorporación al patrimonio propio o de tercero, o si el término «apropiación» sigue entendiéndose en el sentido amplio dado por la jurisprudencia y, en esa medida, lo único que pretendió el legislador fue corregir la imprecisión mantenida en el CP hasta la reforma introducida por la LO 1/2015¹³.

En cuanto a la primera cuestión —restringir el significado del término «apropiación»—, podría argumentarse que, más allá de lo expresado en el Preámbulo, la LO 14/2022 tuvo un objetivo político específico: beneficiar a los condenados en el conocido caso del *procés*. Parecía que el propósito era que, al revisar aquella sentencia bajo la nueva normativa, se interpretara la «apropiación» en un sentido limitado como la disposición para sí o para otro, o, en todo caso, como incorporación patrimonial con beneficio propio o de terceros. Con esta interpretación restrictiva, habría sido necesario que la judicatura, al revisar el caso tras la reforma, se enfocara en el tipo penal privilegiado del artículo 433 CP, cuyas penas son significativamente menores que las del artículo 432 CP. Sin embargo, como es sabido, esto no ocurrió, ya que la aplicación del tipo penal privilegiado está restringida a casos en los que los fondos se destinan a un fin lícito, mientras que en dicho caso se trataba de una destinación ilícita, tal y como se expuso en el ATS 2368/2023, 12-01.

¹² Cfr. SUÁREZ MONTES, en: RGLJ (1966), 17 s.; OLESA MUÑIDO, en: LH-Pérez-Vitoria, t. I, 1983, 649 ss.; ROCA AGAPITO, *Malversación*, 1999, 27. En todo caso, el término «sustracción» es correcto cuando se trata de la conducta realizada por un tercero —funcionario o particular— que no tiene el patrimonio público «a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas», situación específica en la que ahora se presenta nuevamente una incorrección terminológica.

¹³ ROMERO ABOLAFIO, en: CPC 138 (2022), 166 pone de presente que la conducta típica de «apropiarse» aparece en la redacción del art. 253 CP que, como bien se sabe, era una de las modalidades de malversación tras la reforma operada por la LO 1/2015, de ahí que entienda que el hecho de que con la LO 14/2022 se hable de «apropiación» confirma la intención de consolidar la presencia de esa conducta típica en contraposición al de sustracción previsto antes de la LO 1/2015 o, inclusive, en el CP 1973.

Sin embargo, entiendo que el cambio a esta nueva conducta típica de «apropiación» no significa que el legislador haya pretendido restringir los supuestos que pueden encajar en esta modalidad, sino solo corregir una imprecisión terminológica mantenida en el CP hasta la reforma de 2015. Considero que esto es así porque ya desde antes de 2015 la jurisprudencia y la doctrina le había otorgado un amplio espectro a lo que debía entenderse por la sustracción, conducta típica vigente para aquella época, pero que se entendía que hacía referencia a la apropiación.

Expresivo de lo anterior son varias decisiones judiciales emitidas tras la entrada en vigor de la LO 14/2022, que permiten concluir que se mantiene una interpretación amplia del concepto. En este sentido, es importante destacar que tanto la jurisprudencia como la doctrina, incluso antes de 2015, han interpretado el término «sustracción» en un sentido amplio, considerándolo sinónimo de «apropiación», y esta última ha sido entendida de manera igualmente extensiva. Al respecto se ha dicho que la «apropiación» «consiste en el comportamiento del sujeto que dispone de la cosa como si fuera dueño realizando sobre ella actos de dominio incompatibles con el título de su posesión. Este modo de proceder con la cosa *uti dominus* se manifiesta especialmente en los actos de consumición, enajenación, donación, especificación o destrucción de los bienes constitutivos de los caudales públicos»¹⁴, y también se ha entendido como «la 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»¹⁵. Inclusive se ha cobijado dentro de la conducta típica de apropiación también a la distracción, así «si una autoridad o funcionario público destina fondos públicos a una actividad delictiva o antijurídica -en nuestro caso, la celebración de un referéndum prohibido judicialmente- lo que existe, sencillamente, es una distracción de fondos públicos por parte de aquellos que son los encargados de definir su destino y que, al actuar de la manera expuesta se apropian de estos fondos»¹⁶.

En este orden de ideas, la conducta típica de «sustracción», que ya antes de 2015 se interpretaba como «apropiación», ha sido funcional para condenar por el art. 432 —como

¹⁴ SUÁREZ MONTES, en: RGLJ (1966), 18.

¹⁵ Sentencia 749/2022, 338, sentencia en el conocido Caso ERE de Andalucía.

¹⁶ ATS 20417/2023, 26-06, MP: Marchena Gómez.

conducta típica que no debe entenderse solo en sentido físico— tanto la conducta del funcionario que extrae dinero de las cuentas del ayuntamiento, como la del funcionario que, actuando para compensar favores, encarga informes innecesarios con cargo a los fondos públicos¹⁷.

Ahora bien, se sugiere, que también el que distrae se apropia porque dispone del patrimonio como si fuera propio. De este modo, en el art. 432 estarían las conductas de apropiación y distracción definitivas, mientras que en el art. 432 bis las conductas de distracción por uso transitorias (que serían castigadas con las penas previstas en el delito de malversación por apropiación del art. 432 CP en el caso de no reintegro de los mismos elementos distraídos) y en el art. 433 las conductas de distracción definitiva a finalidades públicas (lícitas).

2. Ánimo de lucro

El ánimo de lucro no ha sido siempre un elemento explícito en el delito de malversación. De hecho, no figuraba en el CP de 1944/73 ni en la reforma del delito introducida por la LO 1/2015. Este elemento fue incorporado por primera vez en el CP 1995 para la malversación por apropiación, contemplada en el art. 432, y para el art. 434, que regulaba la aplicación privada de bienes muebles o inmuebles. Posteriormente, la LO 14/2022 lo retomó, pero solo para la malversación por apropiación del art. 432.

Sobre este elemento subjetivo existen diversas interpretaciones:

Interpretación en sentido estricto: Entender el ánimo de lucro en un sentido estricto implica que este esté necesariamente vinculado a la obtención de alguna forma de ventaja o beneficio. Dicho beneficio tiene una connotación patrimonial y, por lo tanto, debe considerarse desde una perspectiva económica. Este enfoque estricto tiene dos dimensiones:

a) Interpretación económico-objetiva: Se da cuando la utilidad que reporta el delito se mira desde una perspectiva externa¹⁸. Bajo esta perspectiva se entiende el ánimo de

¹⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, en: SILVA SÁNCHEZ (Dir.)/RAGUÉS I VALLÈS, (Coord.) Lecciones., 9.ª ed., 2023, 407 citando las sentencias STS 479/2008, ponente Maza Martín; STS 402/2010, ponente Ramos Gancedo y la STS 580/2010, ponente Colmenero Menéndez de Lurca.

¹⁸ BAJO FERNÁNDEZ, en: ADPCP (1975), 369; ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Administración, 1997, 195; GARCÍA ARÁN, El delito de Hurto, 1998, 127; ROCA AGAPITO, en: QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS: Coords., El nuevo Derecho penal español. LH-Valle Muñiz, 2001, 1729.; MORALES HERNÁNDEZ, en: RECPC 25-14 (2023), 14.

lucro como «la ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico»¹⁹. Esta interpretación ha tenido gran acogida en la doctrina respecto del delito de malversación²⁰ y se caracteriza, sobre todo, por asimilar el ánimo de lucro al ánimo de apropiación o *animus rem sibi habendi*²¹. Por ello se ha manifestado que la expresión «ánimo de lucro» no dará lugar a su ubicación como un elemento diferente del dolo, sino que es una señal expresiva del carácter doloso del delito o que funge como refuerzo del dolo mismo²². Según algunos, esto implica que el ánimo de lucro excluye directamente el delito doloso eventual²³.

b) Interpretación económico-subjetiva: Si el provecho económico se juzga desde la perspectiva del autor, se está en el terreno de la definición del concepto económico subjetivo²⁴ del ánimo de lucro, que lo entiende como enriquecimiento o provecho económico²⁵. Esta perspectiva también ha sido trasladada al delito de malversación²⁶, y parece haber sido este el enfoque de quienes intervinieron en la elaboración de la LO

¹⁹ BAJO FERNÁNDEZ, en: ADPCP (1975), 369.

²⁰ ROCA AGAPITO, en: LL 10230 (2023), 15. Gran acogida en la jurisprudencia cuando estaba en vigor la formulación original del delito en el CP de 1995, entre otras: STS 94/2002, 02-02.

²¹ Así, recientemente, ATS 2368/2023, 12-01, 27.

²² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: EPB, 2002, 907.

²³ Entre otros: MORILLAS CUEVA, en: DP. PE., 2.ª ed., 2005, 919; MANZANARES SAMANIEGO, CP, t. II, PE., 2010, 1160. Sobre la tensión entre tipos que exigen algún tipo de intención o ánimo y el dolo directo de segundo grado, v. LUZÓN PEÑA, DP. PG., 3.ª ed., 2016, nm. 16/53. También en este sentido crítica a la sentencia en el caso conocido como ERE por haber condenado por el delito de malversación en dolo eventual pese a admitir que concurría ánimo de lucro: MARTÍN PALLÍN, "Caso ERE": una sentencia equivocada y un indulto justificado, en: <https://elpais.com/opinion/2022-11-09/caso-ere-una-sentencia-equivocada-y-un-indulto-justificado.html> (fecha de consulta: 16.08.23).

²⁴ DÍAZ PALOS, en: NEJ, 1950, 674, RODRÍGUEZ DEVESA, en: NEJ, t. XI, 1963, 205; ROCA AGAPITO, en: LH-Valle Muñiz, 2001, 1729; MORALES HERNÁNDEZ, en: RECPC 25-14 (2023), 14.

²⁵ En la jurisprudencia: lucro como enriquecimiento propio o ajeno: STS de 24 de febrero de 1993 o de 25 de enero de 2000. En la doctrina, entre otros: RODRÍGUEZ DEVESA, en: NEJ, t. XI, 1963, 230. Ánimo de lucro para el delito de administración desleal entendido en un sentido económico subjetivo, GÁLVEZ JIMÉNEZ, El delito de administración desleal (artículo 252 del Código penal) en el ámbito de las sociedades de capital) 2019, 284; GARCÍA ARÁN, Hurto, 1998, 131 s.

²⁶ STS 60/2023, 7-02.

14/2022²⁷ (así como por la defensa de algunos de los condenados en el caso conocido como el *procés*²⁸).

Por otro lado, está la **interpretación amplia**: Esta interpretación, que ha sido mayoritaria en la jurisprudencia en relación con los delitos patrimoniales²⁹ y el delito de malversación entre 1995 y 2015³⁰, sostiene que el ánimo de lucro debe entenderse en un sentido amplio. Según esta perspectiva, la intención del autor de obtener cualquier tipo de beneficio o ventaja se incluye en la definición del ánimo de lucro, no limitándose únicamente a términos económicos. De esta manera, se considera que el ánimo de lucro puede abarcar también utilidades o beneficios meramente contemplativos, así como beneficios altruistas de carácter político o social³¹, es decir, se entiende como *animus lucri facienti gratia*.

Ahora bien, aunque entiendo que el ánimo de lucro es un elemento prescindible para el delito de malversación³², lo cierto es que en la actualidad tal elemento se encuentra previsto en el tipo penal del art. 432 CP. De las interpretaciones antes mencionadas, considero que la menos problemática es aquella que asimila el ánimo de lucro con el *animus rem sibi habendi* y, por tanto, como un refuerzo del carácter doloso de la conducta.

Entiendo que el tema del ánimo de lucro es relevante porque no existe un criterio unánime en la jurisprudencia. Los mencionados criterios de interpretación del ánimo de lucro están siendo aplicados por los jueces según qué casos, lo cual genera una enorme inseguridad jurídica. Por otro lado, me parece altamente inconveniente tal elemento para el delito de malversación, pues dependiendo del criterio que se acoja se corre el riesgo de

²⁷ ROCA AGAPITO, en: LL 10230 (2023), 16.

²⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Malversación, sedición y desórdenes públicos tras la reforma, en: República (fecha de consulta: 22.08.23).

²⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: DP. económico y de la empresa, 2018, 208.

³⁰ Entre otras, STS 8421/1998, 29-07 Caso Marey, STS 749/2022, 13-09; STS 507/2020, 14-10; STS 277/2015, 3-06; STS 1514/2003, 17-11, STS 734/2022, 7-07; STS 624/2022, 23-06; STS 697/2022, 23-06; STS 569/2022, 19-05; STS 899/2021, 18-11. Se indica el año 2015 como fecha de referencia puesto que en ese año el delito de malversación fue modificado por medio de la LO 1/2015 y la malversación pasó de tener la estructura y contenido tradicionales para concebirse como formas de administración desleal y de apropiación indebida por parte de funcionario público sobre patrimonio público, sin la inclusión del ánimo de lucro para ninguna de sus modalidades.

³¹ SAP Burgos 38/2018, 29-01.

³² Entre otras razones, considero que exigir un elemento subjetivo adicional al dolo, especialmente si el ánimo de lucro se entiende como ánimo de enriquecimiento, disminuye la importancia del bien jurídico del patrimonio público y su correcta gestión.

reducir o de ampliar (arbitrariamente, si no hay un criterio único) las conductas que pueden encajar en el tipo penal de malversación por apropiación.

3. Ánimo de enriquecimiento en la nueva ley de amnistía

La LO 1/2024, de 11 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, dispuso en el art. 1, apartados a) y b), que serán amnistiables, entre otros, los actos tipificados como delitos de malversación que tuvieron lugar en aquella oportunidad con ocasión del proyecto político independentista, **siempre que no haya existido propósito de enriquecimiento**. A su vez, en el art. 2, apartado e), se prevé como exclusión a efectos de aplicación de la amnistía a los actos tipificados como delitos que afectaran a los intereses de la Unión Europea.

El 1 de julio de 2024, el TS mediante auto dispuso que los hechos calificados como constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos no han sido abarcados por la Ley de Amnistía puesto que se cumplen con las dos restricciones acabadas de mencionar. Interesa resaltar algunas cuestiones sobre el propósito de enriquecimiento.

a) Los condenados en el caso *procés* lo fueron por el delito de malversación como forma de administración desleal en los términos establecidos por la LO 1/2015. En aquel entonces no se exigía el ánimo de lucro como elemento expresamente plasmado del tipo penal (ni del tipo base de malversación, arts. 432.1, 432.2 CP, ni de los delitos remisorios, arts. 252 y 253 CP). En este sentido, ni en los supuestos fácticos de la sentencia condenatoria del *procés* (STS 459/2019) ni en los jurídicos, se hace referencia alguna al ánimo de lucro. Pero también es cierto que cuando se reforma el delito de malversación en 2022, los autos que se emitieron en revisión de la sentencia condenatoria dispusieron que se apreciaba un delito de malversación por apropiación del art. 432 CP y en aquellos se afirmó que «el ánimo de lucro no resultaba diferente del *animus rem sibi habendi*» y también como «cualquier beneficio, aprovechamiento o satisfacción»³³.

b) Entiendo que la ley de amnistía no está pretendiendo abrir una brecha para un nuevo entendimiento del ánimo de lucro solo en el sentido de «propósito de enriquecimiento», sino que está restringiendo la aplicación de la gracia a los casos en los que haya concurrido, para unos hechos muy concretos, tal propósito de enriquecimiento. Así lo ha indicado el TS cuando menciona, en el auto del pasado 1 de julio de 2024, que

³³ ATS 2368/2023, 12-01; ATS 20417/2023, 26-06.

«el legislador ha estimado necesario abrir un paréntesis a cien años de jurisprudencia y hacerlo para unos hechos y unos protagonistas muy concretos. Paréntesis que volverá a cerrarse para todos los demás ciudadanos que han sido condenados por un delito de la misma naturaleza»³⁴. De no entenderse de esta manera, y aplicar en lo sucesivo una interpretación estricta (concepción económica subjetiva) del ánimo de lucro se produciría el efecto poco conveniente de restringir en demasía la tipicidad del delito y, además, de convertir a un delito de apropiación a uno de enriquecimiento, con las consecuencias negativas que ello tiene de cara a la protección del bien jurídico patrimonio público. Entiendo y espero que así sea, esto es, que no haya en la ley de amnistía una suerte de mandato o directriz interpretativa para que, en lo que sigue, se restrinja el delito de malversación a los supuestos en los que el autor obre con el propósito de enriquecerse.

c) Al margen de lo anterior, considero que lo que no tiene asidero alguno son las razones que ha dado el TS para afirmar que en el caso de los condenados por el *procés* hubo propósito de enriquecimiento, esto es, porque no hubo empobrecimiento de los condenados que destinaron el patrimonio público para las labores materiales que conllevaba el proyecto independentista. Y es que no puede equipararse no empobrecimiento a propósito de enriquecimiento. Por el contrario, el propósito de enriquecimiento, como bien lo muestra el voto particular, solo tiene razón de ser si se lo analiza en el sentido de que la desviación del patrimonio hubiera tenido una intención de corrupción personal y de acrecentamiento patrimonial para sí o para un tercero³⁵, lo cual no se probó en ese caso.

4. El art. 433 CP tras la reforma operada por la LO 14/2022

La LO 14/2022 «revive» el precepto penal contemplado en el art. 397 del CP 1973 consistente en dar al patrimonio público una aplicación pública diferente. Esta modalidad de malversación tuvo como finalidad limitar las facultades discrecionales de los órganos administrativos en lo referido a la inversión de los fondos públicos³⁶. Sin embargo, debido al hecho de que en este caso la distracción tiene como fin la aplicación pública, fue cuestionado por algún sector de la doctrina y de la jurisprudencia, quienes aducían que

³⁴ ATS 1-07-2024, 34.

³⁵ ATS 1-07-2024, Voto particular por la Magistrada Ana María Ferrer García, p. 56 s.

³⁶ FERRER SAMA, CP, t. IV, 1956, 199.

tal modalidad reviste una menor gravedad³⁷ en comparación con las conductas malversadoras de apropiación o incluso con la de uso, dado que difícilmente puede evidenciarse allí un perjuicio real para la causa pública cuando muchas veces se ha comprobado que la desviación ha tenido lugar para la atención de servicios no satisfechos y necesitados de cumplimiento por la Administración, tanto así que en muchos casos en los que se había apreciado este delito se terminó absolviendo por la concurrencia de un estado de necesidad justificante³⁸.

En la actualidad, el art. 397 CP 1973 encuentra su reflejo en el art. 433 CP después de la modificación operada por la LO 14/2022 de ahí que, pese al escepticismo de algunos autores en la doctrina que veían este delito como una mera infracción administrativa que debía quedar relegada a otros ámbitos del Derecho distintos del DP, una de las razones³⁹ para su reintroducción puede ser el hecho de que hubo una resignificación social de esta conducta tal vez por la consideración de que aquella figura no debió en ningún momento ser suprimida del ordenamiento jurídico puesto que puede ser eficaz para la lucha contra la corrupción y que merece, en caso de ser realizada, no un reproche por el Derecho administrativo sancionador, sino más bien por el DP. Esto puede afirmarse, además, si se atiende a la mayor respuesta penal en términos de cantidad de pena imponible que se prevé ahora para este delito, que va de 1 a 4 años e inhabilitación especial de empleo o cargo público de 2 a 6 años en los casos en los que resultare daño o entorpecimiento graves del servicio al que el patrimonio estuviere consignado (delito grave, art. 33.2 CP) y de inhabilitación de empleo o cargo público de 1 a 3 años y multa de 3 a 12 meses en los casos en los que no resultare (delito menos grave, art. 33.3 CP), mientras que en el CP 1973 esta misma modalidad no comportaba penas de prisión.

Ahora bien, dada la similitud del actual art. 433 CP con el art. 397 CP 1973 es importante considerar que este último siempre se entendió que hacía referencia a la desviación de patrimonio público a finalidades lícitas y que las desviaciones ilícitas

³⁷ Entre otros, BLECUA FRAGA, ADPCP 1985, 747; QUERALT JIMÉNEZ, DP. PE, 1992, 457; RODRÍGUEZ DEVESA/ SERRANO GÓMEZ, DP. PE., 18.^a ed., 1995, 1187; ENTRENA FABRÉ, Malversación, 1999, 22 s.; CARRILLO RUIZ, Malversación, 2024, 37 s.

³⁸ ROCA AGAPITO, Malversación, 1999, 30.

³⁹ Aunque nada obsta para interpretar que la reincorporación de este delito obedeció también a las razones políticas que motivaron la reforma de la LO 14/2022, esto es, que se apreciara este tipo penal privilegiado del art. 433 CP en vez del art. 432 CP a los condenados del *procés* una vez se hiciera la revisión de la sentencia condenatoria emitida por la STS 459/2019.

corresponderían, en todo caso, a los supuestos de malversación por apropiación del art. 432 CP⁴⁰. La redacción del art. 433 CP permite concluir que su marco de aplicación se da cuando la destinación sea a una finalidad pública, esto implica que esté pensada para la satisfacción de intereses generales, acorde con lo previsto por el art. 103.1 CE. En esta medida, *destinación pública* se contrapone necesariamente a *destinación ilícita* y a destinación privada.

Entiendo, entonces, que en el art. 433 CP se dirige el patrimonio a una finalidad lícita, pero con el desvío de este de esa finalidad lícita se produce una irregularidad por apartar el patrimonio del destino inicialmente previsto para aquel.

En todo caso, para que sea una conducta delictiva ha de cumplir con el presupuesto de lesividad en el contexto de un DP entendido como la *ultima ratio*. En esa medida no cualquier tipo de desviación de patrimonio con respecto al destino inicialmente determinado para él será constitutivo del art. 433 CP, sino solo aquel que tenga la virtualidad de crear un daño o entorpecimiento graves al servicio público. Por esto me parece muy discutible valorar en términos positivos la intervención del DP en los supuestos en los que se realice el destino del patrimonio a otra finalidad pública y de ello no se derive daño o entorpecimiento graves al servicio público (como se prevé al final del art. 433 CP), no solo porque allí se estaría castigando solo el apartarse de las leyes de gasto, sino además porque no habría la lesividad suficiente para que justifique que se afirme que se ha cometido un delito. Esto último, por lo tanto, debería quedar relegado al Derecho administrativo sancionador.

5. Conclusiones

a) El art. 432 CP solo debe alojar conductas que supongan una apropiación en el sentido amplio del término (abarcando supuestos de *distracción ilícita*).

b) El ánimo de lucro no debe de ser entendido ni como ánimo de enriquecimiento ni tampoco como cualquier clase de beneficio o ventaja, sino como *animus rem sibi habendi*, esto es, un refuerzo de la condición dolosa de un delito que supone la apropiación o, en todo caso, como propuesta de *lege ferenda*, este elemento debería ser suprimido para el delito de malversación por apropiación.

⁴⁰ En este sentido, DE LA MATA BARRANCO, en: OLMEDO CARDENETE/CASTELLÓ NICÁS/JIMÉNEZ DÍAZ/BARQUÍN SANZ/ARÁNGUEZ SÁNCHEZ (Coords.), LH-Martínez Ruíz, 2022, 511.

**Actas del XXV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Vigo, 2024.**

c) La LO 1/2024 no trae ninguna directriz para entender en lo sucesivo el ánimo de lucro como ánimo o propósito de enriquecimiento.

d) Existen algunas conductas de distracción que no pueden encuadrarse en el art. 432 por cuanto no suponen una apropiación definitiva, tampoco en el art. 432 *bis* en cuanto no suponen un uso temporal, ni en el art. 433 por cuanto no supondrían un daño o entorpecimiento graves del servicio público. Estos casos, según afirma la FGE, podrían ser sancionados por el art. 252 CP con la circunstancia agravante del art. 22. 7.^a CP. Sin embargo, la remisión subsidiaria a este delito abre la puerta a que se castigue de manera desmedida por medio de un delito que está construido sobre derroteros privatistas.

e) La redacción de la última parte del art. 433 del Código Penal (cuando no resultare daño o entorpecimiento graves al servicio público) plantea el riesgo de sancionar conductas que deberían limitarse al ámbito administrativo. Resta ver cómo los tribunales aplicarán este precepto en la práctica, aunque me temo que los resultados no diferirán mucho de lo ocurrido bajo el art. 397 del CP 1973, donde se terminaba absolviendo a los acusados al apreciarse estados de necesidad justificante. Esto era frecuente en casos de uso indebido del patrimonio público, cuando, debido a una situación de urgencia, se destinaba dicho patrimonio a fines distintos a los previstos originalmente, pero siempre dentro del ámbito de otra finalidad pública. El castigo debería reservarse únicamente para aquellos casos en los que, sin concurrir una justificación válida, se cause un perjuicio o entorpecimiento graves a los servicios públicos.

* * * * *