

XXV SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

EN HOMENAJE AL PROF. DR. DR. H.C. JAVIER DE
VICENTE REMESAL. "PROBLEMAS DE DERECHO
PENAL GENERAL Y ESPECIAL"

Lunes 22 de julio de 2024

ÁREA DE DERECHO PENAL UNIV. DE VIGO / FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

RELACIÓN SOBRE EL DEBATE DE LA PONENCIA: «Reflexiones sobre el delito de malversación tras la reforma operada por la lo 14/2022», de la Prof.^a D.^a DEISY JANETH BARRIENTOS PÉREZ.

Lunes 22 de julio de 2024, 12:45 h.

Ponente: Prof.^a D.^a Deisy Janeth Barrientos Pérez

Moderador: Prof. Dr. D. Juan Antonio García Amado

Relator: Prof. D. José Antonio Martínez Rodríguez.

UniversidadeVigo



REFLEXIONES SOBRE EL DELITO DE MALVERSACIÓN TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LO 14/2022

Ponente: Prof.^a D.º Deisy Janeth Barrientos Pérez. Contratada Predoctoral de Derecho Penal. Universidad de León.

Moderador: Prof. Dr. D. Juan Antonio García Amado. Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de León.

Intervinientes en el debate: Profs. Dres. Diego-M. Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, José Zamyra Vega Gutiérrez, Enrique Peñaranda Ramos, Víctor Gómez Martín y Juan Antonio García Amado.

Relator: Prof. D. José Antonio Martínez Rodríguez. Contratado Predoctoral de Derecho Penal. Universidad de León.

La Prof.^a Deisy Janeth Barrientos Pérez desarrolla una excelente intervención que divide en los siguientes apartados: en un primer momento reflexiona acerca del bien jurídico protegido en el delito de malversación; prosigue con los cambios acaecidos en torno al art. 432 CP, entre los que destaca la variación de la conducta típica, que pasa de la sustracción a la apropiación, y donde hace especial hincapié en el ánimo de lucro y el propósito de enriquecimiento como puntos especialmente conflictivos; acto seguido pone énfasis en el art. 433 CP relativo al uso distinto del destinado para el patrimonio público y cierra su ponencia con cuestiones de extrema actualidad que ha traído a colación la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña.

Con todo ello, se presentan en la sala una serie de conclusiones que darán lugar al debate que aquí se recoge, destacando las siguientes:

- a) El art. 432 CP debe alojar la malversación en sentido amplio, incluyendo la apropiación ilícita.
- b) El ánimo de lucro se debe entender como un refuerzo del carácter doloso de la conducta.
- c) La amnistía no puede ser considerada como una directriz para entender el ánimo de lucro como ánimo de enriquecimiento.
- d) Algunas conductas de mera distracción no pueden incluirse en el art. 432 CP en tanto en cuanto no suponen una desviación definitiva, pero tampoco encajarían

en el art. 432 bis CP porque no son temporales, ni en el art. 433 CP por no suponer un daño o entorpecimiento grave.

- e) Lo dispuesto en la segunda parte del art. 433, esto es, la desviación del patrimonio a una finalidad lícita cuando con ello no se genere un daño o entorpecimiento grave, debería quedar relegado al ámbito del Derecho administrativo sancionador o disciplinario.

A continuación, el Prof. Dr. Juan Antonio García Amado agradece y felicita a la ponente por su exposición para dar paso a la primera intervención del debate, que corre a cargo del Prof. Dr. Diego-M. Luzón Peña. Solo se referirá a una cuestión y es la relación entre la malversación en la Ley de Amnistía y su tipificación en el CP. Aclara que la Ley de Amnistía no define o tipifica la malversación, sino que viene a señalar cuáles de las malversaciones existentes se amnistían y cuáles no. No obstante, indirectamente sí define o tipifica porque menciona que las que se hagan «sin este propósito» sí son amnistiables y las que no, no, lo que quiere decir que las no amnistiables sí son malversación. Por tanto y, en consecuencia, una Ley Orgánica, esto es, una norma de igual rango que el Código Penal, sí contribuye de esta manera a la interpretación de la malversación.

En relación con esto, la ponente se muestra de acuerdo con que con esta Ley Orgánica no se está tipificando malversación, pero aclara que la referencia que ella quiso hacer a la Ley de Amnistía es porque habla del propósito de enriquecimiento y la pregunta que ella se planteaba es si esta pretende aportar una directriz para entender el ánimo de lucro como ánimo de enriquecimiento. En este sentido, entiende que esto no es así, sino que solamente se restringe la aplicación de la gracia a unos supuestos de malversación en los que no concurrió ese requisito.

A continuación, interviene el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo, quien comenta que le plantea dudas la apreciación manifestada por la Prof.^a Barrientos Pérez acerca de que la eliminación de la redacción anterior y la vuelta a la redacción tradicional deja fuera del tipo de malversación algunas administraciones desleales del patrimonio público que para ella deberían ser penadas. En consecuencia, el Prof. Díaz y García Conlledo comenta que, si eso fuera así y hubiera que introducir un tipo de gestión desleal del patrimonio público en todo caso habría que hacerlo con límites, pero que quizás valdría con un tipo común al que se le sumase una infracción administrativa o disciplinaria. No obstante, reconoce que hay un problema que casi obliga a introducir

lo que propone la Prof.^a Barrientos Pérez, que es la reintroducción de la malversación por desviarla a otra función de la administración pública. Si se dijo que no era suficiente la lesividad para integrar un delito y que bastaba con el Derecho administrativo, ahora la dificultad radica en que, por mucho que se restrinja entre eso y el de apropiación, sí que las conductas de gestión desleal serían en algunos casos más graves que estas de destino a otra función pública y por lo tanto ahí casi habría obligación de aceptar esta propuesta.

Sobre esto la ponente es invitada a no responder, al ser el Prof. Díaz y García Conlledo el director de su tesis doctoral y ser la comunicación fluida entre ellos, por lo que se da paso a la intervención del homenajeadado en estas jornadas, el Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal. En un breve comentario resalta que el tema que se ha expuesto lo ha abordado al trabajar en el pasado sobre utilización ilegítima de vehículos de motor y que la cuestión en la que más se detuvo fue en la del bien jurídico protegido. En la mayoría de los casos se decía que este era la posesión o el derecho de uso, pero al no verse convencido por ninguna de esas opciones u otras similares se decantó por proponer que lo fuese la propiedad. Y este razonamiento viene dado, en parte, por la interpretación que se hace del ánimo de lucro identificándose como ánimo de disponer de la cosa para lo que sea en calidad de dueño de ella.

En su respuesta la Prof.^a Barrientos Pérez se muestra convencida de esta opción, comentando que está de acuerdo y destacando que de las posibles interpretaciones existentes en la actualidad esa es la menos problemática, matizando que no debe ser nada diferente para la malversación que para el ánimo de apropiación y que, nuevamente, lo identifica como un refuerzo del dolo, excluyendo sobre todo la concepción estricta del ánimo de lucro que restringe en exceso el tipo penal y con ello se desatiende la protección del bien jurídico protegido del patrimonio público.

Zanjada esta cuestión, interviene el Prof. Dr. José Zamyra Vega Gutiérrez, quien plantea una pregunta a la ponente sobre si considera que, al igual que en otros códigos penales latinoamericanos, en el Código Penal español podría tomarse en consideración la utilización de recursos humanos por parte de un ayuntamiento en relación con el delito de malversación. De ser esto así, ¿implicaría cambios sustanciales en los criterios relativos al bien jurídico protegido o a la lesividad?

A la pregunta efectuada la ponente aclara que la cabida de la utilización de recursos humanos o la mano de obra fue discutida en la regulación anterior porque se hacía referencia a los «caudales públicos o bienes públicos» y se discutía si la mano de obra

era algo de esto. La LO 14/2022, en el art. 433 ter que añade, plasma el objeto material del delito y parece admitir la mano de obra, por lo que se podría castigar al funcionario que desvía a otros trabajadores de lo público a sus fines privados. No obstante, sí destaca que le genera inquietud lo que recoge el inciso segundo cuando menciona que «el culpable no reintegrara los mismos elementos del patrimonio público», por cuanto es harto complejo reintegrar el capital humano. En todo caso, prosigue, en una interpretación amplia podría decirse que en estos casos no sería el reintegro de los mismos elementos, sino lo que económicamente la mano de obra reflejase y se pagase con dinero público.

Ya en penúltimo lugar interviene el Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos, quien aborda nuevamente la relación del ánimo de lucro y el propósito de enriquecimiento a colación de la LO 1/2024. Se muestra de acuerdo con que dicha norma no dice cómo se ha de interpretar el ánimo de lucro respecto de la malversación, pero no acepta de la misma manera que se interprete el propósito de enriquecimiento en sentido de ánimo de lucro (matizando, además, que si este se interpretase en sentido estricto no cabría amnistía). En consecuencia, el ánimo de apropiación parece ser más restrictivo y la intención es aumentar el patrimonio, por lo que cualquier interpretación que se desvíe de esto deja vacía de contenido la LO 1/2024. Se tenga una opinión u otra sobre la amnistía, continúa, esta ha querido cubrir dentro de su objeto casos de malversación realizados sin propósito de enriquecimiento personal que supongan un aumento del patrimonio privado y no un mero ahorro o evitación de gasto, destacando que esto es la clave y concluyendo que no conviene, por lo tanto, un concepto amplio que dejaría vacía la citada LO.

Para cerrar con este debate, y en una línea continuista con lo expuesto por el Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos, interviene el Prof. Dr. Víctor Gómez Martín, quien recuerda que existe una circular de la Fiscalía donde uno de los elementos es el concepto de ánimo de lucro y resulta sorprendente que en dicha circular se trabaje con un concepto más restrictivo que el empleado incluso por el Tribunal Supremo. Así, la Sala 2.^a del TS, por su parte, lo entendía como interés propio incluso al margen del contenido económico. La Fiscalía, en esa circular, aclara que el ánimo de lucro no es ánimo de realizar la conducta con cualquier tipo de interés del sujeto activo, sino que necesariamente ha de incorporar un contenido económico. Así, con la reforma del año 2015, por ejemplo, en el caso de los delitos contra la propiedad intelectual, se sustituye

en las cláusulas de personas jurídicas la expresión «en provecho de» por «en beneficio directo o indirecto», intercambiando también por esto el ánimo de lucro, sobre el que sí cree el citado profesor que tiene un contenido más amplio que el enriquecimiento propio.

Tras estas dos últimas participaciones, el Prof. Dr. Juan Antonio García Amado cierra el debate para ajustarse al tiempo estipulado y continuar con las jornadas, no sin antes felicitar nuevamente a la ponente por la magistral exposición desarrollada y al resto de intervinientes por sus breves pero excelentes comentarios.