

# LA MALVERSACIÓN DEL PATRIMONIO PÚBLICO A PARTIR DE LA REFORMA OPERADA POR LA LO 14/2022, DE 22 DE DICIEMBRE Y EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO NO JUSTIFICADO DE LA AUTORIDAD.

Antoni Pelegrín López

Fiscal delegado de la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo de Barcelona

- 1.- Introducción
- 2.- Aspectos preliminares
- 3.- Los delitos de malversación del patrimonio público
- 4.- Cuestiones procesales
- 5.- Conflictos de transitoriedad
- 6.- Especial referencia al delito de enriquecimiento no justificado de la autoridad

## Resumen

El presente trabajo tiene por objeto ofrecer un conocimiento básico del régimen actualmente vigente del delito de malversación del patrimonio público en el Código Penal, reformado en su totalidad por la LO 14/2022, de 22 de diciembre. Se pretende hacer en este trabajo algunas reflexiones acerca de la motivación de la reforma, los diversos tipos delictivos con inclusión del peculiar delito de enriquecimiento no justificado de la autoridad, las especialidades procesales y hacer referencia a los conflictos de transitoriedad del derecho originados por la vigente reforma con respecto a la regulación precedente. Con respecto a esto, es de especial relevancia comentar el Auto de 13 de febrero de 2023, dictado por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, que rechaza la aplicación retroactiva de los subtipos atenuados de malversación recogidos en la reforma introducida por la LO mencionada, con respecto a los condenados por el anterior delito de malversación en la causa *del procès*.

## 1).- Introducción

Si alguien piensa en los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración Pública muy probablemente el primero que pasará por la cabeza será el delito de malversación del patrimonio público debido a su gravedad y mayor repulsa. Éste ha sido considerado tradicionalmente como el delito que comete una autoridad o funcionario público cuando se apodera o distrae tales bienes con ánimo de lucro. Suele ser valorada por la sociedad como una de las infracciones penales más despreciables a cometer por un servidor público, junto al delito de cohecho, donde aquel recibe una cantidad o dádiva para hacer actos justos o injustos propios de su cargo.

A lo largo de los últimos años la corrupción política ha venido generando multitud de procedimientos penales en España y ha llegado a convertirse en una de las principales preocupaciones de la ciudadanía. Consciente de ello el legislador español, en consonancia con la legislación europea e internacional, trató de atajar el problema a través de la importante reforma realizada en dicho texto legal mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que también afectó al delito de malversación. No obstante, esa anterior regulación que fue objeto hace años de una ponencia oral y escrita realizada por quien suscribe y en este mismo curso y que tuvo una buena acogida en su propósito de atajar esa modalidad delictiva, ha sido reformada por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, denominada *de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*.

Con la aprobación de esta ley orgánica la regulación del delito de malversación ha sufrido una importante reforma con respecto a la regulación precedente, siendo uno de los aspectos más llamativos de ésta la supresión de la técnica legislativa que se había empleado en 2015, consistente en la referencia o remisión que se efectuaba en el anterior art. 432 a los delitos de apropiación indebida y administración desleal previstos, respectivamente, en los arts. 252 y 253, para tipificar dichas acciones cuando eran realizadas por la autoridad o el funcionario

público y afectaban al patrimonio público. Tal remisión, pues, ha desaparecido con esta reforma de 2022, como veremos.

La exposición de motivos de la LO 14/2022 justifica la promulgación de esta ley al considerar que con la reforma se pretende dar solución a la necesidad de aportar claridad, calidad y modernidad a algunos ámbitos de la legislación penal española y para armonizar nuestra legislación penal con los estándares claramente asentados en la doctrina y en la práctica jurídica de los países de la Unión Europea. España, se indica, forma parte de las instituciones europeas y comparte con ellas propósitos y tareas de coordinación en materia judicial y de seguridad, lo que obliga a que nuestro ordenamiento jurídico se encuentre en consonancia con la práctica europea. Se argumenta también en ese apartado de la ley que se quieren revisar ciertos tipos penales y penas por exigencias de la evolución social, la experiencia y el derecho comparado.

La normativa ahora vigente distingue tres niveles de malversación, que serán después comentados: la apropiación de fondos por parte del responsable público o que este consienta su apropiación por un tercero (art. 432), que integra la conducta más grave; el uso temporal de bienes públicos *sin animus rem sibi habendi*, esto es, sin intención de apropiárselos de modo definitivo (art. 432 bis) y el destino del patrimonio público a un fin distinto del que tenía previsto (art. 433).

Por último, cabe destacar que la reforma operada por esta ley orgánica supuso también la incorporación del delito de enriquecimiento ilícito de la autoridad o funcionario público del art. 438 bis del Código penal, al que nos referiremos en el apartado final al ser una figura novedosa en nuestro ordenamiento jurídico y que, en la práctica, podría guardar cierta conexión con la figura de malversación por apropiación o desvío.

Antes de entrar en la exposición detallada de los diversos tipos de malversación previstos en el Código, cabe hacer referencia a diversos aspectos clave necesarios para un mayor esclarecimiento de dichos delitos.

## **2).- Aspectos preliminares**

El bien jurídico protegido en el delito de malversación consiste, para algunos, en la obligación que tienen las autoridades y funcionarios públicos de actuar con fidelidad y lealtad en la custodia o administración de los bienes públicos. Para otros, consiste en el patrimonio público, entendido desde una perspectiva funcional, más que propiamente económica. Nuestro texto constitucional dispone en el art. 103, que *“la Administración Pública, así como las autoridades y funcionarios públicos que la integran, debe servir con objetividad los intereses generales, actuando en todo momento con sometimiento pleno a la ley”*. Asimismo, el art. 133.4 CE proclama que *“las Administraciones Públicas solo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes”*.

Sobre esta cuestión del bien jurídico, el Tribunal Supremo ha afirmado recientemente que lo que el derecho penal persigue mediante la tipificación de las conductas descritas en los arts. 432 a 434 CP es proteger el correcto ejercicio de la función pública y, más en concreto, la satisfacción del interés general en la gestión de los recursos públicos. Por lo que, tal y como han afirmado nuestros tribunales en reiteradas ocasiones, el bien jurídico protegido por el delito de malversación se identifica fundamentalmente con el patrimonio de la Administración pública, así como con el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de la Administración (SSTS797/2015; 1023/2022; 749/2022)

Teniendo en cuenta lo anterior, se halla tipificado en el Capítulo VII del Título XIX del Libro II del Código penal, título aquel que tiene como rúbrica *“Delitos contra la Administración Pública”* contemplándose en ese mismo título otros delitos cuya comisión afecta claramente a ese correcto funcionamiento de lo público, como el cohecho (arts. 419-427 bis), el tráfico de influencias (arts. 428-430), la prevaricación (arts. 404-406) o las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos (arts. 439 a 444)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Sobre la cuestión acerca de qué se trata de proteger mediante el delito de malversación, el Tribunal Supremo, en su sentencia 362/2018, de 18 de julio, afirmó lo siguiente: *“respecto al delito de malversación la jurisprudencia viene admitiendo (STS 238/2010, 17 de marzo, STS 228/2014) la naturaleza pluriofensiva de este delito, manifestada, de un lado, en el aspecto de la infidelidad del funcionario público que se plasma en la violación del deber jurídico de cuidado y custodia de los bienes que tiene a su cargo, con vulneración de la fe pública o la confianza en la correcta actuación administrativa, y de otra parte, en su dimensión patrimonial en cuanto atenta contra los intereses económicos del Estado o contra la Hacienda Pública (STS 687/99, de 10 de mayo). No constituye un delito contra la propiedad o el patrimonio, sino contra los deberes de fidelidad que tienen los funcionarios o sus particulares asimilados a ellos y se consume con la realidad dispositiva de los caudales”*

La reforma operada por la LO 14/2022 introduce una novedosa definición auténtica de patrimonio público en el artículo 433 ter al disponer que, *“a los solos efectos penales se entiende como tal, todo el conjunto de bienes y derechos de contenido económico-patrimonial pertenecientes a las administraciones públicas”*.

Con arreglo al principio de legalidad que rige la interpretación penal esta definición prevista en ese precepto podría llegarse a entender como que el legislador ha querido excluir de ese delito de la malversación los bienes y derechos pertenecientes a entes que, a pesar de integrarse en el sector público institucional, no son Administración Pública con arreglo a determinadas normas del derecho administrativo que referiremos a continuación. Esta interpretación impediría subsumir en la malversación, por ejemplo, la sustracción o desvío del patrimonio perteneciente a sociedades mercantiles de derecho privado vinculadas o dependientes de una Administración pública, o de fundaciones del sector público o de universidades públicas.

Por lo que se refiere a ese patrimonio de los entes del sector público que no constituyen Administración pública con arreglo al ordenamiento jurídico-administrativo, la doctrina y la jurisprudencia han admitido de forma prácticamente unánime su naturaleza pública y que, por lo tanto, puede erigirse como objeto material del delito de malversación. Basta, a tal efecto, con examinar el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 25 de mayo de 2017 sobre el carácter público o privado de los caudales de una sociedad mixta<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Con el propósito de intentar esclarecer cuándo estaremos ante patrimonio público y teniendo en cuenta el incremento de sociedades o entes que lo gestionan, el referido Acuerdo estableció ijar un criterio para determinar cuándo los actos de distracción, apropiación o administración desleal afectan a ese patrimonio público. Así se considera que tendrán ese carácter los bienes de cualquier clase que se integren en el patrimonio de sociedades mercantiles participadas por el Estado u otras Administraciones u organismos públicos, siempre que concurra alguno de estos supuestos:

- Si la sociedad mercantil está participada en su totalidad por las personas públicas referidas
- Si está participada mayoritariamente por las mismas
- Si la sociedad puede considerarse como pública, en atención a las circunstancias concretas que concurran en la misma, como por ejemplo, que el objeto de esa sociedad participada sea la prestación directa o indirecta de servicios públicos o cuando participen del sector público; o que esa sociedad mixta se encuentre sometida directa o indirectamente a órganos de control, fiscalización, inspección o intervención del Estado o de otras Administraciones Públicas; o bien que esa sociedad participada haya recibido subvenciones públicas en cuantía relevante para desarrollar su objeto social y actividad.

Por tanto, el concepto penal de Administración Pública manejado en el art. 433 bis del Código penal, que ofrece una interpretación auténtica de patrimonio público, es mucho más amplio que el concepto ofrecido por el derecho administrativo y, además, está basado fundamentalmente en la funcionalidad o destino público de los bienes. Tal y como afirma un sector de la doctrina, no se pueden importar de forma mecánica los conceptos que ofrece el ordenamiento jurídico-administrativo sin antes someterlos a los filtros de la interpretación penal. De ahí que sea posible dotar a los conceptos normativos incorporados en los tipos penales de un contenido parcialmente distinto del ofrecido por otros sectores del ordenamiento cuando ello resulte necesario para garantizar la funcionalidad de la norma penal y, especialmente, la tutela de los bienes jurídicos en juego.

Por ello se puede concluir que se considera patrimonio público con arreglo al art. 433 ter CP, tanto el patrimonio de las sociedades mercantiles públicas como el de los restantes entes que, pese a no constituir Administración Pública en un sentido estricto con arreglo a los arts. 2.3 LRJSP y el art. 2.3 LPACAP, forman parte del sector público, como las universidades públicas o fundaciones públicas (STS 1023/2022, de 26 de abril de 2023)<sup>3</sup>

Por otro lado, se debe hacer referencia también a la cuestión de quién se considera sujeto activo de los delitos de malversación. A los efectos de las previsiones de este Capítulo, el art. 435 bis dispone que “se entenderá por autoridad y funcionario público los determinados, solo a los efectos penales, en los artículos 24 y 427 del CP”.

El art. 24 CP establece que se considerará autoridad al que “*por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento europeo. Tendrán también la consideración de autoridad los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía europea.*

---

<sup>3</sup> Esta es la conclusión a la que llega la extensa y argumentada Consulta 3/2024, de 16 de mayo, sobre el concepto penal de patrimonio público del art. 433 ter del Código penal.

Y continúa manifestando *que, considerará **funcionario público** todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas*”

Asimismo, cabe hacer referencia también al art. 427 CP que extiende ese carácter de autoridad o funcionario para las modalidades de la malversación cuando aquellas sean realizadas por:

- Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección
- Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública
- Cualquier funcionario o agente de la UE o de una organización internacional pública
- Cualquier persona a la que se haya asignado y que esté ejerciendo una función de servicio público que consista en la gestión, en los estados miembros o en terceros países, de intereses financieros de la UE o en tomar decisiones sobre estos intereses.

Además, el art. 435 CP extiende también la posibilidad de tipificar como delito de malversación cualesquiera de las conductas descritas en los arts. 432 a 434 CP cuando el sujeto activo, a pesar de no reunir la referida condición de autoridad o funcionario, ostente deberes específicos sobre los siguientes bienes respecto de los cuales recae un especial interés público para su preservación:

- Fondos, rentas o efectos de las administraciones públicas;
- caudales o efectos públicos;

- bienes embargados, secuestrados o depositados por la autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares;
- la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores.

### **3).- Las modalidades de malversación del patrimonio público: (arts. 432 a 434 CP)**

Una vez expuestos aquellos elementos del tipo, imprescindibles para una mejor comprensión de las tres modalidades distintas de malversación:

#### **1. Apropiación**

##### **a) Tipo básico**

Se castiga ahora en el art. 432 núm. 1 del Código penal a: *“la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas”*.

Este delito se halla castigado con las penas de prisión de dos a seis años y la de inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de seis a diez años.

Cabe destacar que es posible la realización de este delito a través de la denominada comisión por omisión, que concurre cuando el autor tiene una posición de garante, pues debe evitar la comisión del resultado previsto en ese delito y nada hace para evitarlo, pudiendo hacerlo. Este art. 432.1 la prevé cuando dispone la expresión *“o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público...”*. Por tanto, se contempla expresamente la figura de la comisión por omisión en el delito de malversación, circunstancia ésta que ha de considerarse igualmente presente si nos remitimos a lo establecido en el art. 11 CP, que regula la comisión por omisión y que reserva para los delitos que consistan en la producción de un resultado.

Se elimina con la reforma de 2022, como se ha indicado, toda remisión a los delitos de administración desleal y apropiación indebida contenida en los arts. 252 y 253 del CP, respectivamente.

Este art. 432 CP recupera ahora en su tenor literal el ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto previsto en el tipo básico de malversación del CP de 1995. Esta circunstancia no es una novedad, pues la jurisprudencia entendía que la apropiación indebida del art. 253 CP -al que se remitía el derogado art. 432.2 (versión LO 1/2015)- exige la concurrencia de ese ánimo al responsable del delito (SSTS 1055/2022, de 24 de noviembre; de 20 de enero 899/2021). La Sala 2ª del Tribunal Supremo ha proclamado que, en tanto el delito de malversación constituye un delito de adjudicación de bienes que han sido confiados al autor, el ánimo de lucro no resulta diferente del “*animus rem sibi habendi*”, esto es, el ánimo de tener o disponer de la cosa como propia.

El tipo penal no requiere el enriquecimiento del autor, sino, en todo caso, la disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a estos. Y la introducción del elemento del “*ánimo de lucro*” no supone una novedad respecto a la construcción jurisprudencial de la malversación. Esta exigencia típica debe ser entendida como la intención de obtener cualquier tipo de beneficio, aprovechamiento o satisfacción, incluyendo la mera contemplación de los bienes.

Para incurrir en ese delito la autoridad o funcionario público que realiza los actos de apropiación de bienes o derechos del patrimonio público o que consiente que un tercero se adueñe de aquellos habrá de tener una especial relación con aquellos en virtud de su función pública, pues exige el tipo que la acción lesiva ha de recaer sobre bienes que ha de tener a su cargo debido a sus funciones o con ocasión del ejercicio de las mismas. Si no se diera esa vinculación se debería sancionar por el delito patrimonial común.

También es posible que extraños a la función pública puedan participar en ese delito de malversación cometida por la autoridad

o funcionario público, sea como inductores de su comisión o como cooperadores necesarios. De hecho, ese tercero al que se refiere el tipo y que se adueña de esos bienes del patrimonio público con la anuencia del responsable público deberá responder de ese modo.

Muchas veces el acto de disposición de la malversación se fundamentará en una resolución administrativa que será claramente contraria a derecho, de modo que fácilmente ese delito podrá concurrir con el delito de prevaricación previsto en el art. 404 del Código penal.

Cabe preguntarnos ahora qué sucede, a partir de la citada reforma de 2022, con aquellas conductas que hasta la fecha eran subsumidas en la modalidad de administración desleal del patrimonio público del derogado art. 432.1. Sobre esta cuestión el Decreto del Fiscal General del Estado de 25 de enero de 2023, dispuso textualmente: *“con anterioridad a la reforma operada por la LO 14/2022 todo delito de malversación en la modalidad de administración desleal del derogado art. 432.1 CP se encontraba en relación de concurso de normas con el delito de administración desleal del art. 252 CP, concurso a resolver en favor de la primera de las modalidades típicas con arreglo a la regla de especialidad (art. 8. 2º CP). En consecuencia, tras la desaparición de la referida figura de malversación, las conductas que eran incardinables en el derogado art. 432.1 CP, y que en la actualidad no encuentran encaje en los arts. 432 a 432 bis CP, serán consideradas punibles al amparo del art. 252 CP” (...)* *“Por consiguiente, como regla general, en los supuestos en que por efecto de la derogación del anterior art. 432.1 CP (versión LO 1/2015) la conducta pase a ser castigada conforme al art. 252 CP, se apreciará la agravante de prevalimiento del carácter público del art. 22.7º CP, así como la pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público del art. 56.3º CP. Igualmente se aplicará la pena del art. 250 CP cuando concurren alguna de las circunstancias previstas en este precepto”.*

Por consiguiente los actos de administración desleal del patrimonio público que no puedan incluirse en esa figura de la apropiación o distracción ni en las otras dos modalidades de malversación a las que nos referiremos a continuación ( uso privado temporal o destino a un fin público distinto) se deberán

sancionar por el delito común del art. 252 del Código penal con esas agravaciones.

## **b) Subtipos agravados**

Recoge para este supuesto de apropiación o distracción del patrimonio público el número 2 del art. 432 varios supuestos de agravación del siguiente modo:

- *Si en los hechos referidos hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:*
  - *Se hubiera causado un daño o entorpecimiento graves al servicio público,*
  - *El valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 50.000 euros*
  - *Las cosas malversadas fueran de valor artístico, cultural o científico*
  - *O si se tratase de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública*

Las penas a imponer en este caso serán las de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

- *Ahora bien, si el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 250.000€, la pena se impondrá en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado. Por tanto, se trata de un supuesto muy agravado de malversación.*

## **c) Subtipo atenuado**

Señala el art. 433 una pena inferior “*cuando el perjuicio causado o el valor del patrimonio público sea inferior a 4.000€*”.

En este caso la pena a imponer será la de prisión de uno a dos años, la de multa de tres meses y un día a doce meses y, en todo caso, la de inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años.

## **2. Uso privado**

### **a) Tipo básico**

Se introduce en esa reforma de 2022 un nuevo artículo, el art. 432 bis del Código penal, que sanciona a: *“la autoridad o funcionario público que, sin ánimo de apropiárselo, destinare a usos privados el patrimonio público puesto a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas”*

La pena a imponer al autor será la de prisión de seis meses a tres años y la de suspensión de empleo o cargo público de uno a cuatro años.

Este artículo rescata una modalidad típica que con anterioridad a la reforma de 2015 aparecía prevista en el art. 433 CP. Según se indica en la exposición de motivos de la LO 14/2022 *“en la misma línea de recuperar nuestro clásico sistema legal y a la vez de volver a compartir una regulación similar a la de Francia, Italia y Portugal, se reintroduce una modalidad atenuada de malversación consistente en el uso temporal de bienes o efectos públicos, como existía también antes de 2015 (...). El cambio se sitúa ahora en una actualización de la penalidad frente a esta clase de comportamientos”*.

El patrimonio público que se halla bajo la responsabilidad de la autoridad o del funcionario por razón de su cargo o con ocasión del mismo es usado por éste de manera particular, sin ánimo de quedárselo y por un periodo de tiempo limitado, que viene determinado entre el momento del acto inicial de utilización ilícita y los diez días siguientes a la incoación del procedimiento penal. Transcurrido ese plazo, si no se ha producido el reintegro de ese bien, los hechos se tipificarán conforme al siguiente subtipo agravado.

### **b) Subtipo agravado**

Se agrava la pena si el culpable *no reintegrara los mismos elementos del patrimonio público distraídos dentro del plazo de los diez días siguientes al de la incoación del proceso*. En este caso, las penas a imponer serán las previstas en el art. 432 CP.

### **3. Uso indebido**

Otro tipo penal al que hacer referencia dentro de los vigentes delitos de malversación es el ubicado en el art. 433 del Código Penal que castiga *a la autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores, diere al patrimonio público que administre una aplicación pública diferente de aquella a la que estuviere destinado.*

La pena será mayor o menor según:

- *Si resultare daño o entorpecimiento graves del servicio al que estuviere consignado, las penas serán la de prisión de uno a cuatro años y la de inhabilitación especial de empleo o cargo público de dos a seis años;*
- *En cambio, si no resultare dicho daño o entorpecimiento graves, la pena consistirá en las de inhabilitación de empleo o cargo público de uno a tres años y la de multa de tres a doce meses.*

Al introducir este nuevo tipo penal en la reforma de 2022 el legislador recupera el delito tipificado en el art. 397 del Código Penal de 1944. Tradicionalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia han interpretado dicho precepto en el sentido de que no exige la causación de un perjuicio patrimonial a las arcas públicas. El tipo penal tampoco exige de forma expresa o tácita que el responsable del delito obre con ánimo de lucro, bastando con que vulnere conscientemente la normativa que regula la ordenación del gasto público para apreciar el elemento objetivo del tipo (STSS 13 diciembre 1963; de 27 de enero de 1976)

Ello permite afirmar que el concreto bien jurídico protegido por el art. 433 CP no solo es el debido respeto del principio de legalidad que resulta exigible a las autoridades y funcionarios en el cumplimiento de la normativa administrativa reguladora de la ordenación del gasto público, sino también y de forma mediata el patrimonio público.

Es bastante corriente en la Administración pública el planteamiento de la necesidad de cambiar el destino público de una determinada partida presupuestaria o de un bien mueble o inmueble. Hemos de entender que tales cambios no se hallan impedidos por este tipo penal, sino que deberán quedar tipificados en este nuevo precepto aquellos cambios del destino público que se verifiquen sin seguir las normas administrativas de carácter fiscal y patrimonial, así como los procedimientos y trámites que admiten tal posibilidad.

No es subsumible en este tipo penal el destino del patrimonio público para la realización de un acto ilícito o delictivo público (así, un referéndum ilegal), aunque el autor de esa acción obre sin ánimo de lucro propio o ajeno. La realización de fines ilícitos resulta incompatible con el ejercicio de la función pública y, por consiguiente, con la efectiva realización de fines públicos. En este sentido, es importante hacer referencia al Auto del TS de 12 de enero de 2023 (causa especial núm. 20907/2017 *del procés*) que señala: *“en lo relativo al actual art. 433 del CP, su inviabilidad respecto de los hechos investigados resulta de lo inconciliable de entender que el patrimonio público se aplicó en este caso a una finalidad pública diferente de aquella a la que estaba destinado, pues no se trata de un supuesto en el que se produjera un trasvase presupuestario entre finalidades públicas legítimamente administradas, sino de la aplicación de los fondos públicos a sufragar la decisión personal de contravenir el ordenamiento jurídico y cometer un delito, por más que el sujeto activo tenga una actividad profesional pública”*

La introducción del art. 433 CP, manifiesta el FGE en el Decreto antes señalado, *“supone completar el marco típico de la malversación de caudales públicos de modo que su apreciación alternativa o subsidiaria podrá evitar situaciones de impunidad en aquellos casos en los que el patrimonio público no se haya destinado a un fin privado y se planteen dudas sobre alguno de los elementos del tipo en relación con la consumación delictiva”*.

#### **4. Falseamiento de contabilidad, de documentos o de información**

## a) Tipos básicos

Prevé el Código en **el art. 433 bis dos** modalidades delictivas. En primer lugar, castiga a *“la autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa y fuera de los supuestos previstos art. 390, falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos”*

Cabe recordar aquí el **art. 390 CP**, que castiga a *la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:*

*1º. Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.*

*2º. Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.*

*3º. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.*

*4º. Faltando a la verdad en la narración de los hechos.*

Por tanto, la definición del tipo que ahora se trata se realiza de forma negativa, para encuadrar cualquier otra falsedad referida a determinados documentos económicos y que, además, pueda causar un perjuicio económico.

En segundo lugar, el apartado segundo del art. 433 bis castiga a *la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior.*

Las penas a imponer en cualquiera de los dos casos son la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

## **b) Subtipo agravado**

Se agrava la pena *si se llegara a causar el perjuicio económico a la entidad*, siendo las penas a imponer las de prisión de uno a cuatro años, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

## **5. Suptipo atenuado común**

Finalmente, recoge el art. 434 CP una atenuación de la pena para todas las modalidades referidas de malversación, que será la inferior en uno o dos grados, *si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público antes del inicio del juicio oral, o hubiera colaborado activa y eficazmente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos.*

## **4).- Especialidades procesales de la Malversación**

Los delitos de malversación del patrimonio público contenidos en los arts. 432 a 434 CP son competencia, para su enjuiciamiento y fallo, del Tribunal de Jurado, tal y como se prevé por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, reguladora del Tribunal de Jurado, con las dificultades que supone que un órgano judicial formado por personas legas en derecho tenga que valorar en ocasiones hechos de gran complejidad técnica y jurídica que pueden estar vinculados con esas figuras delictivas.

Conforme a las reglas del art. 116 y ss. CP, resultando un perjuicio evaluable económicamente mediante la comisión de la malversación consideramos que el órgano judicial del orden penal tiene competencia para la determinación de esa suma y debería fijar la responsabilidad civil a favor de la Administración Pública perjudicada en caso de sentencia condenatoria, con independencia de que se contemple la competencia del Tribunal de Cuentas para la determinación de la responsabilidad contable prevista en su ley de funcionamiento.

También consideramos que la figura del delito continuado, como se aprecia en diferentes sentencias del Tribunal Supremo, es perfectamente aplicable en el delito de malversación cuando se den las circunstancias previstas en el art. 74 del CP, especialmente si los supuestos típicos se realizan en momentos distintos y no muy separados en el tiempo, siempre que su autor siga un plan preconcebido o aproveche idéntica ocasión para la comisión de esos actos.

**5).- Conflictos de derecho transitorio. Especial referencia al Auto núm. 20107/2023, de 13 de febrero dictado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en relación con el *procès*.**

La entrada en vigor de esta reforma penal de 2022 supuso el planteamiento de la posibilidad de la aplicación retroactiva de sus disposiciones en favor de los condenados en la sentencia denominada del *procès*, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 459/2019, de 14 de octubre. Aquellos fueron condenados por un delito de sedición del art. 544 y 545 num. 1 del Código penal en concurso ideal medial del art. 77 núm. 1 y 3 de dicho cuerpo legal con un delito de Malversación de patrimonio público en su modalidad de administración desleal del anterior art. 432 núm. 1 y 3 del referido Código con aplicación del tipo muy agravado al superar los 250.000 euros el perjuicio causado. Al margen de que el delito referido de revisión fue derogado por esa reforma penal de 2023, tal pretensión revisora fue denegada en cuanto al delito de malversación por el que fueron condenados por el Tribunal Supremo a través del citado Auto 20107/2023. En éste se consideró *“...los actos de deslealtad en la administración de fondos públicos, siempre que se derive un perjuicio para el Estado, siguen alojados en el art. 432 y no en el renovado art. 433 C. Esta doctrina es coincidente con el criterio de la Fiscalía General del Estado, tal y como expresa el Decreto de 25 de enero de 2023.”*

Entendió que en ese caso enjuiciado concurría el ánimo de lucro expresamente exigido ahora en ese art. 432, al entender que *“...el art. 432 incluye en su tipicidad tanto a quien se apropia de esos fondos como a quien, quebrantando su deber de lealtad a la Administración, decide darles una finalidad inequívocamente ilegal por cuanto el ánimo de lucro no puede obtenerse únicamente mediante su identificación con el propósito de enriquecimiento sino, en todo caso, la disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a éstos”*.

Por otra parte, en esa resolución también excluyó la posibilidad de aplicar el tipo más atenuado del art. 433 antes referido, basado en el destino del patrimonio público a un uso público distinto del previsto para el mismo, a los condenados por organizar aquel referéndum para una supuesta independencia. En ese Auto se dispone al respecto:

*“Los hechos declarados probados en nuestra sentencia nunca podrán recibir el tratamiento privilegiado que representa la aplicación del art. 433 del renovado CP. Aplicar los fondos públicos de la Generalitat para la financiación de una consulta popular que desbordaba el marco competencial de quienes la promovían, desarrollada después de reiterados requerimientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para evitarla, y en fin, orientada a un proceso secesionista que no llegó a tener virtualidad, nunca podrá considerarse <una aplicación pública diferente> de aquella a que estaban presupuestariamente adscritos esos fondos. Y, lo que es más evidente, nunca podrá entenderse que se trató de una actuación ausente de ánimo de lucro.*

*Debe confirmarse la tesis del instructor a la hora de seguir aplicando el art. 432 CP en la subsunción jurídica inicial a los hechos del auto de procesamiento en lugar de hacerlo a los subtipos atenuados tras la LO 4/2022”*

## **6.- Especial referencia al delito de enriquecimiento no justificado:**

En virtud de la mencionada reforma del Código penal de 2022 se introduce en el Código penal un nuevo artículo, el 438 bis, denominado delito de enriquecimiento no justificado de autoridad, incorrectamente llamado de enriquecimiento ilícito de cargo público, que se ubica en el Cap. VIII rubricado “*de los fraudes y exacciones ilegales*”, dentro del mismo Título XIX del Libro II correspondiente a los delitos contra la Administración pública.

Dispone el preámbulo de dicha Ley que este artículo supone la introducción por primera vez en el ordenamiento jurídico español de este delito y lo describe como una “*figura de vanguardia para la lucha contra la corrupción*” cuya introducción sigue diversas recomendaciones y tendencias internacionales y europeas. Allí se indica que, en los últimos años, países europeos como Portugal, Luxemburgo o Francia han introducido esta figura en sus legislaciones, por lo que la incorporación en el ordenamiento español supone también la

homologación con algunas legislaciones más avanzadas en el entorno europeo.

Es un precepto que ha sido muy criticado por distintas razones, tanto por la deficiente técnica legislativa empleada como porque puede llegar a ser considerado como un tipo penal de recogida, previsto por el legislador por si fallan otros preceptos penales, especialmente el blanqueo de capitales o el fraude fiscal, conductas éstas que pueden concurrir con este nuevo tipo penal.

El art. 438 bis queda redactado así:

*“La autoridad que, durante el desempeño de su función o cargo y hasta cinco años después de haber cesado en ellos, hubiera obtenido un incremento patrimonial o una cancelación de obligaciones o deudas por un valor superior a 250.000 euros respecto a sus ingresos acreditados, y se negara abiertamente a dar el debido cumplimiento a los requerimientos de los órganos competentes destinados a comprobar su justificación”*

Para incurrir en dicho tipo penal se requiere:

a).- Que el autor sea o haya sido autoridad, quedando fuera el funcionario público. Para saber a quién se refiere el tipo debemos acudir al referido artículo 24 del Código penal que realiza una interpretación auténtica de ese concepto junto con el de funcionario público, como hemos indicado. No se entiende muy bien por qué el legislador únicamente ha considerado que puede ser autor la autoridad y ha dejado fuera al funcionario público.

b).- Que el patrimonio de aquel haya experimentado un aumento patrimonial o una cancelación de las obligaciones que tuviera y que ascienda a más de 250.000 euros. Lo anterior deberá producirse durante el desempeño de ese cargo por parte de la autoridad o durante los cinco años posteriores a haber cesado en ese cargo público.

Aunque puede subyacer en la finalidad de este tipo penal, que trata de luchar contra la corrupción según se expone en el preámbulo de esa reforma penal, no se exige que ese ingreso o esa cancelación procedan de hechos delictivos, aunque siempre serán actos de carácter ilícito los que proporcionarán ese beneficio pues no se justificarán por el autor.

Muestra de ello es que se exige en ese precepto que el ingreso de ese importe o la cancelación de esas obligaciones por importe superior a los

250.000 euros no ha de tener una correspondencia o explicación en atención a los ingresos acreditados de la autoridad.

c).- Es necesario que esa autoridad no dé explicaciones razonables ( el tipo penal utiliza la peculiar expresión *se negara abiertamente*) sobre el origen lícito de esos importante ingresos o esa cancelación de obligaciones ante los requerimientos de justificación del origen por parte de las autoridades competentes, que debe considerarse, ante el silencio de ese precepto, que serán aquellas que habrán descubierto indicios de esos actos, como la Agencia Tributaria o el Servicio para la Prevención del Blanqueo de Capitales y que para la investigación de referido origen lícito tendrán que realizar esos requerimientos al sospechoso.

Esos ingresos o extinción de obligaciones no estarán justificados en atención a los rendimientos lícitos obtenidos previamente por la autoridad, de modo que al no dar una justificación sobre la procedencia lícita ante los anteriores requerimientos se comete este delito. Subyace, pues, una presunción *iuris et de iure* en ese caso de que tales importantes beneficios económicos de la autoridad se han obtenido de modo ilícito debido al ejercicio de su función pública.

Como menciona la exposición de motivos antes referida, la tipificación de este delito tradicionalmente ha generado controversia constitucional al ser considerado como un delito de sospecha, por su posible colisión con el derecho fundamental a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, algo que se evita con la vigente regulación que sigue el modelo de desobediencia adoptado por otros países como Portugal, siendo pues la clave la desatención de esos requerimientos previos solicitando la autoridad que se justifique el origen de ese relevante incremento patrimonial.

Por consiguiente, el fundamento de ese delito y que viene a amparar su constitucionalidad es que no se invierte con su redacción el principio de la carga de la prueba o la presunción de inocencia del investigado, sino que se configura como un delito de desobediencia especial, que pretende sancionar la desatención de ese requerimiento de justificación por la autoridad sospechosa y que ha obtenido ese incremento patrimonial tan relevante en ese periodo.

Juny de 2024

## **7º- Bibliografía**

- Decreto de la Fiscalía General del Estado de 25 de enero de 2023
- Consulta núm. 3/2024, de 16 de mayo, sobre el concepto penal de patrimonio público del art. 433 ter CP, de la Fiscalía General del Estado
- Auto núm. 20107/2023, de 13 de febrero, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo
- *“De la Reforma del Delito de Malversación de 2022”*. Daniel Arnaiz Boluda. Revista Aranzadi Editorial 2023, Número 6 (junio 2023).
- *“La controvertida incorporación del mal llamado delito de enriquecimiento ilícito en el art. 438 bis del Código penal”*. Daniel González Uriel. Revista Aranzadi Editorial 2023, Número 7 (julio 2023).
- *“Tratamiento patrimonial y comiso del enriquecimiento injustificado de autoridades públicas en el art. 438 bis del C.P. dex novo”*. Álvaro De Juan Garcia. Revista Aranzadi Editorial 2023, Número 10 (noviembre 2023).