

El delito de malversación de fondos públicos: Consideraciones dogmáticas y político- criminales

The crime of embezzlement of public funds Dogmatic and political-criminal considerations

Raúl Pariona Arana*

Resumen:

El presente artículo desarrolla un breve recuento de la evolución del delito de Malversación de Fondos Públicos en el Perú, así como la regulación en otros países. Por último, se comenta ampliamente sobre el bien jurídico, los elementos subjetivos, objetivos del tipo y los grados de participación del delito mencionado.

Abstract:

This article develops a brief account of the evolution of the crime of Embezzlement of Public Funds in Peru, as well as regulation in other countries. Finally, it comments widely on the legal right, the subjective elements, objectives of the type and the degrees of participation of the aforementioned crime.

Palabras claves:

Delito de Malversación de Fondos Públicos – Delito de peculado – Bien jurídico protegido – Correcto funcionamiento de la administración pública – Tipicidad subjetiva – Tipicidad objetiva

Keywords:

Misuse of Public Fund Embezzlement - Offense of embezzlement - Protected legal right - Correct operation of the public administration - Subjective typicality - Objective impartiality

Sumario:

1. Introducción – 2. Consideraciones generales – 3. Bien jurídico – 4. Sujetos – 5. Tipicidad objetiva – 6. Tipicidad subjetiva – 7. Tentativa y consumación – 8. Autoría y participación – 9. Concurso de delitos – 10. Penas – 11. Reflexiones finales – 12. Bibliografía

* Abogado. Doctor y Magíster en Derecho por la Universidad de Múnich de Alemania. Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad de San Martín de Porres y en la Universidad ESAN. Socio del Estudio Pariona Abogados (www.rpa.pe).

1. Introducción

El Estado constitucional moderno tiene como cometido fundamental garantizar la vida en libertad y dignidad de sus ciudadanos, posibilitando condiciones de vida que aseguren condiciones básicas de seguridad, salud y educación. Para ello, los recursos económicos del Estado deben ser debidamente asignados y su ejecución, debidamente planificada. Los funcionarios encargados de la ejecución, administradores de los recursos, deben realizar sus mejores esfuerzos para una ejecución eficiente y siempre conforme a lo planificado. El principio central es no dejar a la "arbitrariedad", buena o mala, de los funcionarios competentes la aplicación de los recursos, sino que esta debe obedecer a la planificación previa de los órganos competentes.

En este marco, la malversación de fondos constituye un ilícito penal previsto en el artículo 389° del Código Penal que reprime conductas que afectan gravemente el funcionamiento de la administración pública y la prestación de los servicios públicos a los ciudadanos. Malversar fondos públicos significa darle un fin distinto al que estaban destinados, afectando de manera grave y permanente los servicios públicos básicos.

En las páginas siguientes, se hace un recorrido del desarrollo legislativo que ha tenido el tipo penal de malversación, observando la legislación de otros países y planteando, como tema central, algunas consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la estructura del tipo penal.

2. Consideraciones generales

2.1. Desarrollo legislativo

El Código Penal del 1924 ya regulaba en su artículo 348° el delito de malversación de fondos con el siguiente tenor: *El funcionario público que teniendo a su cargo caudales, efectos o bienes del Estado, les diere una aplicación pública distinta de la señalada por las leyes, será reprimido con inhabilitación, conforme a los incisos 1° y 3° del artículo 27°, por tiempo no mayor de un año y multa de la renta de tres a treinta días, o con una de estas penas.*

El Código Penal de 1991 mantuvo el delito en el artículo 389° bajo la siguiente descripción típica: *El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra, una aplicación diferente de aquella a la que están destinados, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si resulta dañado o entorpecido el servicio respectivo, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años.* En el año 1993 se introdujo en el tipo una circunstancia agravante, a través de la Ley N° 26198, que prescribía: *"(...) Constituye circunstancia agravante, si el dinero o bienes que administra estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años"*.

Luego, el 7 de julio de 1999 se emite la Ley N° 27151 que modifica e incorpora al texto legal el término "aplicación definitiva", quedando redactado así: *"El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres años ni mayor de ocho años"*.

El delito de malversación de fondos fue modificado nuevamente mediante la Ley N° 30111, publicado el 26 de noviembre de 2013, estableciéndose la siguiente estructura típica que se mantiene hasta la actualidad: *"El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco días-multa"*.

Finalmente, el 22 de octubre de 2016, se publicó el Decreto Legislativo N 1243¹ que incorporó en su artículo 2, la pena de inhabilitación, quedando el texto legal de la siguiente forma: *"El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de*

1 Decreto legislativo que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal a fin de establecer y ampliar el plazo de duración de la pena de inhabilitación principal, e incorporar la inhabilitación perpetua para los delitos cometidos contra la administración pública, y crea el registro único de condenados inhabilitados.

uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

El proyecto de nuevo Código Penal (2016), no plantea modificaciones respecto a la tipicidad del delito de malversación de fondos, aunque sí en relación a sus consecuencias jurídicas. En efecto, se propone una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años, en su modalidad simple; y, no menor de cinco ni mayor de diez años, en su modalidad agravada².

2.2. El delito en el derecho comparado

En la legislación comparada se observa que diversos países han optado por incorporar en su legislación interna el delito de malversación de fondos.

En la legislación de **Argentina**, el artículo 260° del Código penal sanciona con inhabilitación especial de un mes a tres años al funcionario público que diera a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Adicionalmente, se sanciona con multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída, siempre que se demuestre que el delito generó daño o entorpecimiento del servicio al que estuvieron destinados.

En la Legislación de **Colombia**, el delito de malversación de fondos se regula en el artículo 398° de su Código Penal. La norma colombiana sanciona con prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término al *"servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores"*.

De igual forma, en la legislación de **Costa Rica** se contempla el delito de malversación de fondos en el artículo 356° de su Código Penal. La norma sanciona con prisión de uno a ocho años al *"funcionario público, los particulares y los gerentes, administradores o apoderados de las personas jurídicas privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios que den a los caudales, bienes, servicios o fondos que administran, custodien o exploten por cualquier título o modalidad de gestión, una aplicación diferente de aquella a la que estén destinados"*. Se incorpora además una circunstancia agravante que incrementa la pena por encima de un tercio si se produce daño o entorpecimiento del servicio.

Asimismo, la legislación de **España** regula el delito de malversación en su artículo 432 donde se señala que: *"1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252³ sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. 2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253⁴ sobre el patrimonio público. 3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años*

2 El texto legal del delito de malversación de fondos que dicho documento plantea es ubicado en el art. 569 del proyecto de Nuevo Código Penal, siendo su tenor literal integral el siguiente: "El funcionario o servidor público que da a los caudales o efectos públicos que administra una aplicación pública definitiva y diferente de aquella a los que están legalmente destinados, afectando el servicio o la función encomendada, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años, inhabilitación conforme a los literales a, b y n del artículo 38 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Si los caudales o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad es no menor de cinco ni mayor de diez años, inhabilitación conforme a los literales a, b y n del artículo 38 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa".

3 De la administración desleal. Artículo 252. "1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. 2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses."

4 De la apropiación indebida. Artículo 253. "1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido. 2. Si la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses."

si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes: a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros. Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.” Corresponde precisar que esta redacción fue incorporada al Código Penal español en el año 2015, antes de ello, la regulación de este delito, era muy similar a la del Código Penal Peruano y se encontraba regulado en el artículo 433 que a la letra decía: “La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.” Observamos que la modificación del Código Penal español, ha remitido el tipo de malversación a una modalidad base prescrita en los delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico (artículos 252 y 253 del CPE); de lo que debe comprenderse que, en un primer momento, la administración de bienes, no se encuentra reducida al patrimonio público, ni la comisión del delito, es exclusiva de los funcionarios. A diferencia del Código Penal peruano, actualmente el delito de malversación en el ordenamiento español, es un delito de infracción del deber especial impropio.

Como se aprecia, existe una serie de diferencias en cuanto a los diseños del delito de malversación de fondos en la legislación comparada, diferencias que se advierten en cuanto a los sujetos activos, la vinculación funcional con el cargo, el ánimo, el perjuicio, entre otras características de tipicidad.

Teniendo como punto de referencia la legislación peruana, destacan las siguientes diferencias: 1) En cuanto al tipo penal argentino a diferencia del peruano, no requiere afectación al servicio o a la función encomendada para la configuración del tipo base, aunque sí considera dicho elemento como circunstancia agravante. Asimismo, se observa que carece de la circunstancia agravante correspondiente a la malversación de dinero o bienes a ser empleado en programas sociales. 2) En lo que respecta al tipo penal colombiano a diferencia del peruano, admite taxativamente relación funcional de tenencia o custodia y por razón u ocasión de funciones; se sanciona otras modalidades como sucede con el compromiso de sumas superiores a las fijadas en el presupuesto respectivo; y, por último, no se requiere afectación al servicio o a la función encomendada para la configuración del delito. 3) En relación al tipo costarricense a diferencia del peruano, comprende un catálogo extenso de sujetos activos; admite relaciones de custodia o explotación por cualquier modalidad de gestión ya sea por razón o con ocasión de funciones; y, por último, no se requiere afectación al servicio o a la función encomendada para la configuración del delito. 4) Por último, en cuanto al tipo español a diferencia del peruano, es un delito de infracción del deber especial impropio.

3. Bien jurídico protegido

El bien jurídico tutelado por el tipo penal del delito de malversación de fondos del artículo 389° del Código Penal, de manera general, es el correcto funcionamiento de la administración pública. Se protege, de forma específica, la adecuada administración y aplicación de los fondos públicos. Además, se protege la racional organización y utilización de los recursos presupuestales destinados para la prestación de bienes y servicios públicos establecidos por ley.

De igual forma, la Corte Suprema ha señalado que “en el delito de malversación de fondos el bien jurídico protegido es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización o empleo del dinero y bienes públicos; se trata en suma de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio”^{5 6}.

En la doctrina nacional se ha señalado que la incorporación de este delito al Código Penal tiene la finalidad de preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos o el principio de ‘legalidad presupuestal’ entendido como la disciplina y racionalidad funcional del servicio⁷, o, como criterio rector en las asignaciones y disposiciones de los dineros y bienes públicos⁸. En igual sentido, se precisa que “el objeto de tutela tiene que ver esencialmente con la marcha ordenada del gasto público, en el sentido de procurar que la ejecución del patrimonio estatal alcance los fines propuestos por la Administración, la cual, puede

5 Ejecutoria Suprema del Expediente N° 3630-2001 – Ucayali, de fecha 23 de enero de 2003.

6 En el mismo sentido Ramiro Salinas Siccha, Delitos contra la Administración Pública, 5ª Edición (Iustitia, Lima, 2019), 502.

7 Manuel Abanto Vásquez, Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano (Lima: Palestra, 2003), 381.

8 Fidel Rojas Vargas, Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, (Lima: Nomos y Thesis 2016), 265.

verse afectada cuando se da un destino distinto a dichos fondos, lo que no necesariamente es así, es por ello que el legislador sujeta la punición de la conducta a la afectación del servicio público o de la función encomendada⁹.

4. Sujetos

4.1. Sujeto activo

El sujeto activo del delito de malversación de fondos es el funcionario o servidor público. No solo se exige que el agente ostente una calidad especial para administrar dinero o bienes, sino que también, posea facultades para disponer de ellos con fines de destino oficial; estamos frente a un delito especial propio¹⁰ y de infracción del deber por lo que es condición necesaria que el sujeto activo, mantenga un vínculo funcional y normativo con los bienes que se encuentra administrando; asimismo, se requiere que los deberes especiales, permitan al agente disponer de los bienes bajo su custodia, esto es, darles una aplicación definitiva diferente.

En la doctrina *Donna* ha señalado que “la ley no solamente requiere que se trate de un funcionario público sino que exista una relación especial entre el funcionario y los caudales o efectos. Para que se den los extremos del tipo penal de malversación, el funcionario debe ser administrador de aquéllos. Esto significa que el funcionario debe tener el manejo y disposición de los bienes para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos¹¹. En ese sentido, si bien es cierto que el tipo no precisa taxativamente de vinculación funcional por razón del cargo, la misma debe exigirse a efectos de limitar la aplicación del tipo y de hacerlo congruente con el resto de delitos de peculado. Aunque se advierte la existencia de jurisprudencia que prescinde de la vinculación funcional por razón del cargo, en base a una interpretación gramatical del tipo.

En la jurisprudencia se ha afirmado que la nota característica de este injusto penal –a diferencia del delito de peculado que es más restringido– radica en la amplitud de comportamientos ilícitos en que pueden incurrir los funcionarios o servidores públicos, pues la infracción de los ámbitos de competencia institucional no solo se da por razón o función del cargo, sino también por delegación de funciones o por mandato de autoridad competente¹².

4.2. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito de malversación de fondos es únicamente el Estado. El comportamiento ilegal del agente afecta al Estado, en la medida que un miembro y “representante” de la Administración es quien (contrariamente a lo esperado) infringe la Ley, afectando el principio de legalidad presupuestal de la administración pública.

El grado de afectación al correcto funcionamiento de la administración pública es importante, puesto que debilita la institución de la administración pública, así como el cumplimiento de su rol constitucional que se ve entorpecido debido al rechazo de los ciudadanos que genera la comisión de este delito. Esta anomia es perjudicial para la institucionalidad y la convivencia de una sociedad regida por leyes.

5. Tipicidad Objetiva

El tipo penal de malversación de fondos contiene una modalidad delictiva. El *dar* una aplicación definitiva diferente al dinero o bienes que el funcionario o servidor público administra. En ese sentido, se exige competencia específica del funcionario o servidor público con el objeto material del delito. Asimismo, se exige que el servicio prestado o la función encomendada resulten afectados.

La Corte Suprema ha precisado que, “para sancionar penalmente por malversación de fondos, resulta necesario que se acredite en autos con prueba objetiva la concurrencia de lo siguiente: a) existencia legal de una

9 Alonso Peña Cabrera Freyre, Derecho Penal Parte Especial, tomo V (Lima: Idemsa, 2010), 382.

10 “En los delitos especiales “impropios” -según la definición tradicional-, la cualidad solamente equivale a un elemento adicional que agrava (o eventualmente atenúa), el injusto ya existente en un delito común, de tal manera que si el sujeto activo no tuviera la cualidad exigida por el tipo especial, siempre podrá serle de aplicación el tipo penal común (...). En cambio, en los delitos especiales “propios”, la cualidad del autor fundamenta el injusto penal; por lo tanto no existe un tipo penal común similar que pueda aplicarse al sujeto en el caso que este no reuniera la cualidad exigida en el tipo especial.” *Abanto Vásquez*, Manuel: Dogmática Penal delitos económicos y delitos contra la administración pública, Grijley, Lima, 2014, p. 379

11 Edgardo *Donna*, Delitos contra la Administración Pública, 2. Edición (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2008), 302.

12 Ejecutoria Superior del Expediente N° 18-2012-4, Lima

partida presupuestal; b) aplicación diferente, esto es, destinar indebidamente los fondos públicos asignados a dicha partida; y, c) afectación del servicio para lo cual estaba destinada la partida afectada¹³.

5.1. Administración de dinero o bienes (objeto material del delito)

El objeto material del delito comprende al dinero y a los bienes que son administrados por el funcionario o servidor público pero que los utiliza para fines distintos a lo presupuestado. El término dinero no conlleva los problemas de interpretación que sí podrían existir en la delimitación del término “bienes”; no obstante, consideramos que el tipo penal hace referencia a “bienes” de inminente connotación económica, esto es, que puedan ser cuantificados respecto a un valor económico determinado; debido a ello, de malversarse bienes con valores económicos ínfimos o no cuantificables, por más que estos pertenezcan a la Administración Pública, por el principio de lesividad, la conducta no puede ser relevante para el Derecho Penal.

Se ha señalado en la doctrina nacional que el concepto “bienes” es muy amplio pues usualmente incluye objetos que no necesariamente tienen valor económico. Pero en el contexto del delito de malversación esta interpretación del concepto sería demasiado extensa: podría llevar teóricamente a situaciones absurdas de afirmar la malversación en caso de “aplicación pública distinta” de bienes sin valor económico; por ejemplo, en vez de hacer que los empleados trabajen en la solución de un asunto público, lo hagan en otro. Asimismo, el carácter público de los bienes implica que dichos bienes deben formar parte o estar destinados a formar parte del patrimonio de la administración pública, aunque en este último caso, ella no pueda disponer aún de ellos¹⁴.

Según afirma *Abanto Vásquez*, los bienes susceptibles de ser malversados deben ser muebles o inmuebles, con valores económicos, pertenecientes o dirigidos a pertenecer a la Administración Pública¹⁵. Otra exigencia del objeto material del delito radica en que debe tener asignada una partida presupuestal. Para *Rojas Vargas*, el “dinero o bienes que no tengan asignados una partida presupuestal de origen o derivada hace difícil objetivamente configurar malversación. De esa manera se tiene que es un presupuesto del delito que los bienes o dinero hayan tenido un destino establecido previamente, pues de no ser así el acto de disposición oficial distinto que realiza el sujeto público será atípico de malversación de fondos, ingresando al ámbito de su decisión discrecional. En sentido estricto, de no tener el dinero o bienes una partida presupuestal asignada se configurará un supuesto de tentativa inidónea por defecto material del objeto”¹⁶.

Conforme lo ha señalado la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema, el delito de la malversación de fondos se acredita “cuando el funcionario o servidor público infringe los deberes de garantía que tiene respecto al objeto material del delito -relación funcional jurídica- dando a los bienes una aplicación distinta a la que está destinado, situación que implica un desvío del destino legal de los recursos estatales, cuando el funcionario decide que el dinero sea empleado para un servicio distinto al presupuestado”¹⁷.

5.2. Aplicación definitiva diferente

En el tipo penal se exige que la aplicación diferente realizada por el funcionario o servidor público sobre el dinero o bienes que tiene a su cuidado deba ser de “carácter definitivo”; es decir, que posteriormente no pueda ser reintegrando al destino originario y legal para el cual fue presupuestado. Pero esta interpretación desconoce el hecho de que la malversación se consuma ya con el desvío de los bienes (el reproche se dirige precisamente a esa conducta). El posterior reintegro solo podría constituir una atenuante.

En efecto, permitir la atipicidad de la conducta por el reintegro posterior de los bienes desviados llevaría por lo demás a una neutralización del efecto preventivo-general del tipo penal, ya que, se buscaría por parte del funcionario o servidor público, eludir responsabilidad penal con el simple hecho de reintegrar los bienes desviados o utilizados para fines distintos (malversados). De esa manera, solo quedaría como interpretación razonable entender que la aplicación definitiva se refiere al carácter de los bienes. Así, no existiría malversación en un grupo de casos de “aplicación temporal” cuando ella se refiera al “uso de bienes” sin disminuir su cantidad o calidad para el servicio originario; y solamente quedaría como típica la aplicación pública distinta que implique el consumo o la disminución de idoneidad de los bienes para el destino público inicial. De esta manera, la modalidad de uso de bienes que por su naturaleza incluyera la devolución de los bienes a la función pública original sin que estos sufran merma alguna, se vería beneficiada con la impunidad. Por otro lado, también sería atípica la utilización de maquinaria para realizar otra obra pública

13 Recurso de Nulidad N° 134-2011 - Moquegua, de fecha 21 de marzo de 2012.

14 Manuel Abanto Vásquez, 2003, 385.

15 Manuel Abanto Vásquez, 2003, 385.

16 Fidel Rojas Vargas, Delitos contra la Administración Pública, 4. Edición (Lima: Grijley, 2007), 552.

17 Recurso de Nulidad N°2095-2011-Ica

distinta de la señalada, por más que esto afecte al servicio, pues la acción no tenía carácter definitivo. No obstante, sí sería típica la conducta que implica aplicar el dinero recibido a otra obra pública distinta de la encomendada, por más que se piense cubrir el vacío presupuestario con dinero público de la próxima remesa que sí estaba destinado para la obra ejecutada; aquí solamente se excluiría la tipicidad si no hubiera perjuicio para la administración pública¹⁸.

En la doctrina se considera que “la definitividad de la aplicación diferente del dinero o bienes públicos, que marca ya la consumación del delito, hace alusión a la imposibilidad de regreso de los mismos a la partida o rubro de destino asignado. Están fuera de la adjetivación típico-temporal, por lo tanto, las desviaciones de fondos que sean susceptibles de retorno o devolución luego de superado el factor o causa que lo motivó.”¹⁹

De igual forma, la jurisprudencia ha determinado que, el desvío del presupuesto debe estar acreditado en relación a la existencia de una partida presupuestal conforme a ley. Así, se ha precisado que:

“En lo que respecta al delito de malversación de fondos no se acreditó que los procesados hayan desviado los fondos de dinero de la caja chica de la entidad edil, a una utilidad definitiva distinta a la destinada, puesto que los consumos considerados excesivos se encontraban contemplados para gastos propios de las actividades administrativas de la referida entidad edil. Aunado al hecho de no haberse probado que la desviación de fondos que se les imputa haya generado un perjuicio económico, por cuanto los mismos estaban presupuestados para dichos fines, es decir, que existía una partida destinada”²⁰.

Así mismo, debemos precisar que, el destino diferente al que hace alusión el tipo penal debe ser dentro de la esfera de las actividades del Estado, tal como se describe en la Ejecutoria Suprema siguiente:

“[E]l delito de malversación de fondos se configura cuando servidor o funcionario público da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a la que estaban destinados, y esta aplicación diferente, empleo o inversión distinta de fondos, bienes, o efectos, tiene que realizarse, necesariamente, en alguno de los proyectos oficiales o públicos del Estado”²¹.

La aplicación diferente definitiva, como elemento del tipo penal permite a su vez diferenciar el delito de malversación del delito de peculado. Así la Corte Suprema ha señalado en diversos pronunciamientos que:

“[L]os tipos penales de malversación de fondos y peculado contienen situaciones e imputación contradictorias entre sí que no podrían ser aplicables al mismo hecho concreto, toda vez que si, por un lado, el titular del ejercicio de la acción pública considera que los encausados se habrían apropiado para sí o para terceros el dinero de las arcas municipales (lo que constituiría el delito de peculado), no se podría pretender al mismo tiempo, como lo ha hecho el Fiscal, que exista un desvío de fondos hacia un fin distinto no presupuestado (supuesto del delito de malversación de fondos), pues si hubo apropiación no podría haber al mismo tiempo desviación, en efecto, la primera conducta excluye a la segunda toda vez que el delito de malversación de fondos no existe apropiación de dinero por parte del sujeto activo ni de terceros, por el contrario, la función pública se cumple, solo que en una forma no debida”²².

Finalmente, se determina que la utilidad a la cual van designados los fondos, debe estar establecida mediante la normativa correspondiente, como es de observarse en la Ejecutoria Suprema siguiente:

“El delito de malversación de fondos, previsto y penado en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, sanciona a todo aquel funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a las que están destinadas, afectando el servicio o a función encomendada: siendo exigible para la configuración de este ilícito, a que los caudales o efectos tengan un destino asignado por ley, el reglamento o la orden emanada de autoridad competente”²³.

5.3. Afectación al servicio o la función encomendada

La incorporación del elemento “afectación al servicio o la función encomendada” como parte del tipo penal se dio mediante la Ley 27151, de fecha 07 de julio de 1999. Mediante esta reforma legislativa se limitó el ámbito del comportamiento punible, a aquellos casos de malversación donde se producía una real y efectiva afectación del servicio o función pública. En ese sentido, la norma exige para la configuración del

18 Manuel Abanto Vásquez, 2003, 383.

19 Fidel Rojas Vargas, 2007, 554.

20 Recurso de Nulidad N° 2932-2013-Piura

21 Recurso de Nulidad N° 199-2004-Cusco, de fecha 24 de febrero de 2005.

22 Recurso de Nulidad N° 334-2011- Junín, quinto considerando, de fecha 1 de marzo de 2012

23 Recurso de Nulidad N° 2116-2011- Junín, de fecha 24 de julio de 2012.

delito que exista un resultado o consecuencia delictiva producto de la conducta del agente que genere la afectación del servicio o la función encomendada.

La jurisprudencia ha señalado la importancia del resultado perjudicial para el Estado como determinante de la configuración del delito en comento. Así lo ha señalado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, estableciendo que:

“Este delito exige en primer lugar, un cambio de destino; en segundo lugar que este cambio sea definitivo, lo que se expresa en función al propio carácter de los bienes desviados; y, en tercer lugar como resultado típico, que con dicha conducta se dañe el servicio o la función encomendada, esto es, que ponga en peligro la ejecución del servicio o la función pública, se perjudiquen los plazos o se incrementen los costos, o decrezca la calidad del servicio que presta”²⁴.

Asimismo, respecto al uso de fondos público excedentes, la Corte Suprema ha señalado que:

“El delito de malversación de fondos no se encuentra probado, pues no se ha demostrado que el dinero utilizado en la compra de materiales tuviera una finalidad específica diferente a la que se le dio. De lo actuado se verifica más bien que dicho monto pertenece a un excedente que tenía la Municipalidad y que podía ser utilizado en la realización de alguna obra, es decir, su mala utilización generadora de un perjuicio a la entidad, no acredita que se haya malversado fondos”²⁵.

6. Tipicidad subjetiva

El delito de malversación de fondos contenido en el artículo 389° del Código Penal es un delito doloso, por lo que no es posible su comisión culposa. Para la configuración del dolo se requiere que el sujeto activo tenga el conocimiento del deber de probidad de administrar el dinero o bienes del Estado que en razón de su cargo le está conferido, y, la intención de desviarlos o usarlos para fines distintos a lo establecido por ley. Además, por la propia configuración del tipo penal, sólo es posible su comisión mediante dolo directo. Se descarta el dolo eventual.

La Corte Suprema ha afirmado la ausencia de dolo en el agente que actúa en base a necesidades de interés público:

“Se advierte que el procesado actuó en función a los requerimientos que recibió de la Dirección Regional del Instituto Nacional Penitenciario de Lima, debido a la urgencia de la culminación del vestuario para el personal de seguridad de la región Lima, conforme aparece de la documentación respectiva, donde solicita la aprobación correspondiente para poder utilizar el dinero recibido (...). Que en tal sentido al encontrarse ausente el dolo en el accionar del acusado, elemento indispensable para que se configure el ilícito sub materia, su conducta resulta atípica.”²⁶

7. Tentativa y consumación

La consumación del delito de malversación requiere que el funcionario que administra los fondos les dé una **aplicación definitiva diferente** de aquella a las que estaban destinados. El tipo penal exige como resultado el empleo efectivo de los recursos, y, que esta acción afecte el servicio o función encomendada. En consecuencia, es válido admitir la tentativa.

En la doctrina se precisa que, para consumarse el delito de malversación, debe producirse o verificarse la aplicación o empleo definitivo de los fondos a una finalidad establecida diferente. De manera que, no es suficiente que se efectúe el giro de cheques, mientras éstos no se ejecuten tangiblemente²⁷. En igual sentido, se ha señalado que como la “malversación” ha sido convertido en un delito de “resultado”, la tentativa es fácilmente identificable con las conductas anteriores a la producción de éste. Por otro lado, solamente habrá actos preparatorios con el mero acto de desvío de la aplicación pública sin que ella se haya ejecutado todavía²⁸.

8. Autoría y participación.

La autoría del delito de malversación, por exigencia legal expresa, sólo le corresponde al funcionario o servidor público. En efecto, dado que se trata de un delito especial propio y de infracción del deber, solo serán autores los funcionarios o servidores públicos que tengan la respectiva competencia específica para

24 Recurso de Nulidad N° 2331-2002- Arequipa, de fecha de 7 de setiembre de 2004.

25 Recurso de Nulidad N° 1719-2007- Puno, de fecha 07 de abril de 2009.

26 Recurso de Nulidad N° 394-2004- Arequipa, de fecha 06 de setiembre de 2004.

27 Fidel Rojas Vargas, 2007, 556.

28 Abanto Vásquez, 2003, 388.

realizar la conducta típica (*intraneus*), en ese sentido, se requiere que el funcionario público tenga no solo bajo su custodia la administración de dinero y bienes, sino también, que pueda disponer normativa y fácticamente de ellos, es decir, que ostente la capacidad de poder dar a los caudales una aplicación definitiva diferente; cuando ello suceda, el autor habrá quebrantado sus deberes especiales y como consecuencia, se configurará el tipo penal.

Ahora, el aporte o intervención de funcionarios no calificados con el deber especial o de los particulares que han colaborado o auxiliado los actos cometidos por el funcionario o servidor malversador, será sancionado únicamente a título de cómplices (*extraneus*), corresponde precisar que, al ser el delito de malversación un delito de infracción del deber, solo podrán ser autores aquellos funcionarios que ostente deberes especiales para con la administración pública, los demás intervinientes, por muy determinante que sean sus acciones, solo responderán a título de cómplices.

9. Concurso de delitos

El delito de malversación no entra en concurso con los delitos de peculado y peculado de uso, debido a que estamos frente a conductas que, a pesar de tener elementos comunes, son claramente diferenciables. En efecto, la diferencia esencial entre estos ilícitos radica en que, en el peculado y en el peculado de uso, la finalidad que se le da a los bienes o caudales públicos es uno de carácter privado, mientras que en el delito de malversación la utilidad o destino que se les da a los fondos, sigue siendo una de finalidad pública.

Por otro lado, puede existir concurso con los delitos de abuso de autoridad y omisión de funciones, por ejemplo, cuando el funcionario se vale de resoluciones abusivas para re direccionar caudales, afectando no solo a la administración pública, sino también a particulares; así mismo, cuando un funcionario público omite o retarda algún acto de su cargo ocasionando la desviación de los caudales.

10. Pena

El delito de malversación es sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. La ley sanciona con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa cuando el dinero o bienes malversados correspondan a programas de apoyo social, de desarrollo o asistencial y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada.

11. Consideración final

Con la sanción penal del delito de malversación de caudales públicos, el legislador peruano ha reafirmado la importancia de la planificación del gasto público y la necesidad de que los fondos públicos se ejecuten conforme a dicho planeamiento, reafirmando así el mensaje político criminal de que el funcionario público que dolosamente contravenga la planificación y desvíe la ejecución de fondos públicos y afecte el servicio público, incurrirá en delito.

12. Bibliografía

Abanto Vásquez, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra, 2013.

Abanto Vásquez, Manuel. *Dogmática Penal delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2014.

Donna, Edgardo Alberto. *Delitos contra la Administración Pública*, 2º Edición. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2008.

Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte Especial*, tomo V. Lima: Idemsa, 2010.

Rojas Vargas, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos y Thesis, 2016.

Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*, 4º Edición. Lima: Grijley, 2007.

Salinas Siccha, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, 5º Edición. Lima: Iustitia, 2019.