

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Facultad de Derecho



La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso

Tesis para optar por el título de Abogado que presenta el bachiller

RAFAEL HERNANDO CHANJAN DOCUMET

Asesor: Yvan Fidel Montoya Vivanco

Lima, 2014

ÍNDICE

<u>INTRODUCCIÓN</u>	6
<u>CAPÍTULO I: LA INTERVENCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA</u>	9
1.1 Fundamento de la intervención penal en los delitos contra la administración pública.....	10
1.1.1 El origen y fundamento del Estado en un modelo de Estado Social de Derecho.....	10
1.1.2 El concepto y función de la administración pública.....	15
1.2 La protección penal en el ámbito de los delitos contra la administración pública.....	19
1.2.1 El Derecho Penal como mecanismo de protección limitado de bienes jurídicos.....	20
- La incriminación de delitos contra la administración pública en la Constitución.....	24
1.2.2 Sobre el bien jurídico-penal protegido en los delitos contra la administración pública.....	26
1.2.2.1 Acerca de los bienes jurídicos colectivos.....	29
a) Teoría monista.....	30
b) Teoría dualista.....	31
c) Toma de postura.....	32
1.2.2.2 Clasificación de los bienes jurídicos colectivos....	33
1.2.2.3 Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública.....	35
a) Teoría del quebrantamiento de las expectativas en la administración pública.....	37
b) Teoría de la protección de la fidelidad al Estado (deber del cargo).....	38
c) Teoría de la buena imagen, dignidad o prestigio de la administración pública.....	38
d) Teoría del correcto funcionamiento o la funcionalidad de la administración pública.....	39
e) Toma de postura.....	40
- Conceptualización de la función pública....	43

1.2.2.4 El “correcto funcionamiento de la administración pública” como bien jurídico general o <i>ratio legis</i>	48
1.3 El bien jurídico-penal protegido en el delito del Art. 387 CP.....	51
a) Teoría de la infracción de deberes funcionariales específicos	52
b) Teoría patrimonialistas tradicionales.....	54
c) Teoría de la pluriofensividad.....	55
d) Teoría patrimonialista funcionalista.....	57
e) Toma de postura.....	59
CAPÍTULO II: EL DELITO TRADICIONAL DE “PECULADO POR APROPIACIÓN” PREVISTO EN EL ARTÍCULO 387° CP.....	70
2.1 Sobre el sujeto activo del delito.....	71
2.1.1 El delito de peculado como delito especial.....	71
2.1.2 Sobre la especial vinculación entre funcionario público y caudal público.....	73
2.2 El objeto material del delito.....	77
2.2.1 Características del bien público.....	78
2.2.2 El caso especial de algunos instrumentos comunes de trabajo.....	83
2.2.1 El carácter público del objeto material.....	83
2.2.2 Concepto de “caudal” y “efecto” público.....	87
2.3 La “custodia”, “percepción” y “administración” del bien público....	88
2.4 La “apropiación” y la “utilización” de bienes públicos.....	91
2.4.1 Conceptualización del elemento “apropiación”.....	93
- Teorías sobre el contenido de los dos elementos de la “apropiación”.....	96
a) Teoría de la sustancia.....	96
b) Teoría del valor real.....	97
c) Teoría de la unión.....	98
d) Teoría funcional.....	100
e) Toma de postura.....	102
2.4.1.1 Los usos constitutivos de “apropiación”.....	106
2.4.1.2 Los usos penalmente irrelevantes.....	110
2.4.2 Conceptualización del elemento típico “utilización”.....	114
2.5 Consumación del delito.....	116
- Sobre la apropiación “para sí o para otro”.....	118

<u>CAPÍTULO III: LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE PATRIMONIO PÚBLICO</u>	122
3.1 Ámbito de aplicación de la administración desleal de patrimonio público	122
3.1.1 Sobre el sujeto activo.....	125
3.1.2 Sobre el objeto material del delito.....	126
a) Los bienes inmateriales.....	127
a.1) Los derechos de crédito surgidos a partir de la entrega en propiedad de un objeto como bien fungible.....	129
a.2) El dinero giral en operaciones bancarias.....	131
b) Bienes “inmuebles”.....	133
c) Bienes autorizados para disponerse discrecionalmente	134
3.1.3 Sobre la “administración” del bien público.....	135
3.2 Sobre el bien jurídico específico protegido.....	137
3.3 Delimitación de la conducta típica en la administración desleal de patrimonio público.....	140
a) La administración desleal de patrimonio público como “tipo de infidelidad”.....	142
a.1) El “tipo de infidelidad” en el contexto alemán.....	143
a.2) El “tipo de infidelidad” en el contexto español.....	145
b) La administración desleal de patrimonio público como “tipo de abuso patrimonial”.....	147
b.1) El “tipo de abuso patrimonial” en el contexto alemán	148
b.2) El “tipo de abuso patrimonial” en el contexto español	150
c) Toma de postura.....	157
c.1) Crítica al entendimiento de la administración desleal como “tipo de infidelidad”.....	157
c.2) Acogimiento del entendimiento de la administración desleal como “tipo de abuso patrimonial”.....	162
- Diferenciación de las dos formas o submodalidades de “abuso patrimonial” en la administración desleal de patrimonio público.....	166
- Alcance del deber de lealtad en la submodalidad de “administración desleal arbitraria”.....	171
3.4 La posibilidad de apreciar una disposición patrimonial abusiva a través de una conducta omisiva.....	177
3.5 Consumación del delito.....	183

<u>EXCURSO: CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA INTERPRETACIÓN REALIZADA SOBRE LA MODALIDAD DELICTIVA ESPECIAL DE “ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE PATRIMONIO PÚBLICO”</u>	185
i) Distinción del delito de administración desleal de patrimonio público con otros delitos contra la administración pública.....	185
- Distinción con el delito de negociación incompatible.....	186
- Distinción con el delito de malversación de fondos.....	190
ii) Casos que constituyen “administración desleal de patrimonio público”	191
a) Caso N° 1.....	192
b) Caso N° 2.....	195
c) Caso N° 3.....	197
d) Caso N° 4.....	200
<u>CONCLUSIONES</u>	202
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	217

INTRODUCCIÓN

En el contexto nacional, se han desarrollado diversas investigaciones jurídicas en torno al entendimiento del delito de peculado previsto en el artículo 387º del Código Penal (CP en adelante); no obstante esto, hasta la fecha no se ha desarrollado un análisis dogmático-penal exhaustivo del concepto de los verbos rectores “apropiación” y “utilización” que permita razonablemente i) limitar el alcance del tipo penal y ii) sancionar ciertos casos problemáticos como la aplicación privada indebida de dinero bancario, bienes inmuebles, bienes inmateriales o, en general, bienes autorizados a ser dispuestos discrecionalmente. En tal sentido, la presente investigación cobra especial relevancia jurídica, en la medida que aporta criterios jurídicos para delimitar de mejor manera el ámbito de aplicación del delito tradicional de peculado doloso, evitando lagunas de punibilidad (impunidad) nocivas¹ y limitando razonablemente el alcance del tipo penal.

Así pues, a fin de contribuir a garantizar la seguridad jurídica, resulta plausible desarrollar un estudio teórico especializado que brinde herramientas hermenéuticas a los operadores jurisdiccionales e intérpretes en general para sancionar ciertos casos problemáticos en los cuales, en principio, no parece que el funcionario público se haya “apropiado” de caudales públicos ni que los haya

¹ Sobre este punto, es importante mencionar que entre 2007 y agosto de 2012, el delito contra la administración pública más cometido fue el delito de peculado con 3186 casos de un total de 5396; es decir, representó el 59% de los delitos de corrupción cometidos en ese periodo [MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCION. Informe Final de la República del Perú. Vigésima Primera Reunión del Comité de Expertos. En: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_sp.pdf. visitado el 07 de febrero de 2014. p. 34].

“utilizado” temporalmente. Como se explicará en el presente trabajo, el entender el elemento “utilizar” como una modalidad especial de “administración desleal de patrimonio público distinta en su naturaleza al “peculado por apropiación”, coadyuva a la no impunidad de estos casos.

De esta manera, con esta investigación se pretende identificar y delimitar el contenido y alcance de la modalidad delictiva de “administración desleal de patrimonio público” contenida implícitamente en el delito de peculado doloso previsto en el artículo 387° CP. Para ello, se determinará, principalmente, qué características detenta el objeto material del delito de peculado doloso tradicional y qué se entiende por sus verbos rectores “apropiación” y “utilización”, a fin de diferenciar el ámbito de aplicación de este delito de la modalidad delictiva especial de “administración desleal de patrimonio público”. En definitiva, el presente trabajo mostrará la viabilidad dogmático-penal de sancionar, a través del delito previsto en el Art. 387° CP, a los funcionarios públicos que, no “apropiándose” ni “utilizando cosas públicas en los términos del delito de peculado tradicional (“peculado por apropiación”), disponen abusivamente de bienes públicos que administran por razón de su cargo.

Para tal efecto, el presente trabajo se dividirá en los siguientes tres capítulos y excurso:

En primer lugar, el primer capítulo abordará lo referido a la intervención en el ámbito de la administración pública. En tal sentido, se efectuará un análisis del fundamento de la intervención del Derecho Penal en el ámbito de la administración pública. Luego, se determinará el objeto de protección en los delitos contra la

función pública; y, por último, se identificará el bien jurídico específico protegido por el delito de peculado doloso.

En segundo lugar, el segundo capítulo estará referido al delito tradicional de “peculado por apropiación” previsto en el artículo 387° CP. Aquí, se analizará algunos elementos típicos relevantes del delito de peculado doloso tradicional, como el verbo rector “apropiación” y el objeto material del delito, a fin de delimitar cabalmente su ámbito de aplicación.

En tercer lugar, el tercer capítulo abordará lo referente a la modalidad especial de “administración desleal de patrimonio público” contenida en el Art. 387° CP. Aquí, se determinará el fundamento, ámbito de aplicación, bien jurídico específico, objeto material, sujeto activo y contenido material de la conducta típica de la modalidad típica especial de “administración desleal de patrimonio público”.

Por último, en lo referente al excurso, se analizarán las consecuencias prácticas de la interpretación realizada sobre la modalidad delictiva especial de “administración desleal de patrimonio público”, de tal manera que se distinga esta modalidad delictiva de otros delitos funcionariales y se muestre su utilidad práctica a partir de la solución de cuatro casos concretos.

CAPÍTULO I

LA INTERVENCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En el presente capítulo realizaremos, en primer lugar, un análisis del fundamento de la intervención del Derecho Penal en el ámbito de la administración pública. Luego, se determinará el objeto de protección en los delitos contra la función pública; y, por último, se identificará el bien jurídico específico protegido por el delito de peculado doloso.

Respecto del primer punto, en principio se llevará a cabo una aproximación a la naturaleza, características y finalidades de la administración pública, lo cual obliga previamente a tratar de manera sucinta el paradigma del Estado Social y Constitucional de Derecho. Asimismo, se explicará el rol del Derecho Penal en el ordenamiento jurídico y la sociedad, sus fines preventivos y garantistas, a efectos de analizar los aspectos político-criminales que fundamentan la sanción penal de conductas funcionariales en el marco de la administración pública. En cuanto al segundo punto de este capítulo, se realizará un análisis de lo que se entiende por bien jurídico-penal, y en específico abordaremos el tema de los bienes jurídicos colectivos para determinar el objeto de tutela general en los delitos contra la administración pública. Por último, sobre la base del estudio de las distintas teorías que han tratado de identificar el bien jurídico específico protegido por el delito de

peculado, se determinará que el objeto de tutela de este delito es el patrimonio público en sentido funcional.

1.1 Fundamento de la intervención penal en los delitos contra la Administración Pública

En el presente punto nos acercaremos de manera abreviada a lo que se entiende por Estado Social de Derecho y su importancia para entender correctamente a la administración pública.

1.1.1 El origen y fundamento del Estado en un modelo de Estado Social de Derecho

El abordaje del fundamento o razones político-criminales que inspiran la sanción penal de conductas que atentan contra la administración pública exige en, primer lugar, entender el papel de la administración pública en el Estado moderno, pues es dentro de esta organización en la que se enmarca aquella. Se tendría una visión incompleta de los delitos contra la administración pública, si no se explicare previamente la función social que cumple el Estado en este ámbito. En efecto, lo característico de esta clase de delitos, a diferencia de un homicidio por ejemplo, es la infracción de deberes jurídicos propios de la condición de funcionario estatal y el

abuso de poderes públicos que deben ejercitar los órganos de la Administración². Dichos poderes como es evidente emanan de la existencia y legitimidad del Estado en la sociedad.

En efecto, desde que los seres humanos decidimos voluntariamente dejar el primigenio “estado de naturaleza” para formar una “sociedad civil” a través de un “pacto social”, otorgamos ciertos poderes a otras personas para que salvaguarden nuestra vida, libertades, propiedad, etc. eliminando o controlando los peligros que impidan el disfrute de los mismos³. Conforme señala Locke: “(...) *la finalidad máxima y principal que buscan los hombres (...) sometiéndose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes (...)*”⁴. En base a este pacto social los individuos por igual se hacen acreedores de derechos subjetivos que en el previo “estado de naturaleza” no tenían, y que generan una protección de su persona frente a agresiones de terceros⁵. En esta lógica, la función del Estado consiste en establecer los límites del poder frente a la esfera de la libertad individual. El Estado circunscribe su actuación a garantizar un ámbito social de autodeterminación individual, más allá de lo que realmente sucede con los derechos subjetivos en la dinámica social⁶.

² Cfr. VASQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. Los delitos contra la administración pública. Teoría general. Instituto Nacional de Administración Pública. Universidad de Santiago de Compostela: Santiago de Compostela, 2003. p. 349.

³Cfr. LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil. Biblioteca Nueva: Madrid, 1999. p. 123.

⁴Ibíd. p. 119 y ss.

⁵Cfr. ROUSSEAU, J.J. El contrato social. EDAF: Madrid, 1989. pp. 53-55.

⁶Cfr. GONZALES MORENO, Beatriz. El Estado social, naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales. Civitas: Madrid, 2002. p. 38.

La función descrita era la función que cumplía el denominado Estado liberal puro⁷, el cual nació entre los siglos XVIII y XIX en contraposición al Estado absolutista anterior, en donde el soberano ejercía su poder de manera prácticamente ilimitada⁸. Como bien afirma Gonzales Moreno, en el Estado liberal burgués del siglo XIX la sociedad era antagónica al Estado, tanto en sus intereses como en su ámbito de actividad⁹. Aquí el Estado se sobrepone a la sociedad civil para regular los intereses individuales que dieron origen a esta¹⁰.

En el Estado liberal puro, el Estado aparece como un mal necesario y su actuación sólo debe enmarcarse en la protección de la libertad de los individuos¹¹. Aquí el Estado tendría sólo una función negativa frente a los derechos de la persona; es decir, sólo pretende evitar que en el ejercicio de los mismos se vean amenazados por ataques externos. Según el modelo de Estado liberal clásico, *“la incidencia del Estado en los derechos fundamentales debe estar justificada y dirigida a proteger el ámbito de soberanía de los individuos. Fuera de ese ámbito la actuación del Estado puede devenir en inválida”*¹².

Una concepción diferente de Estado fue la formulada posteriormente en el siglo XX por la mayor parte de las Constituciones europeas tras la Segunda Guerra Mundial¹³ y que surgió en Europa a mediados del siglo XIX para reivindicar el Estado de Derecho frente a la dictadura fascista y dotar de un contenido social al Estado de Derecho –originalmente formulado por el liberalismo- que atenúe los

⁷Ibidem.

⁸Cfr. CARMONA CUENCA, Encarnación. El Estado Social de Derecho en la Constitución. Consejo Económico y Social: Madrid, 2000. p. 26.

⁹Ibidem.

¹⁰Cfr. BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 41.

¹¹Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. op. cit. p. 225-226.

¹²BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. op. cit. p. 234.

¹³Cfr. GONZALES MORENO, Beatriz. op. cit. p. 29.

efectos de desigualdad entre las clases a que había conducido el Estado liberal¹⁴. Este es el concepto del Estado social de Derecho, en virtud del cual el Estado ya no es un simple guardián de las libertades y derechos de los individuos formalmente reconocidos, sino que es el llamado a posibilitar o promover la realización efectiva de los derechos fundamentales del individuo.

En el Estado social de Derecho los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a los individuos las prestaciones y servicios públicos adecuados para satisfacer sus necesidades¹⁵. Según García Pelayo dichas prestaciones estatales incluyen la seguridad de los distintos aspectos vitales en la sociedad, la prevención de situaciones de necesidad de carácter global, la fijación de un salario mínimo vital, el acceso a puesto de trabajo, la atención a los colectivos más débiles, etc.¹⁶

Este modelo de Estado es el que la Constitución Política del Perú de 1993 (Constitución en adelante) -como norma suprema del ordenamiento jurídico- en su artículo 43° ha erigido explícitamente en el Perú¹⁷. Según esta norma *“la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana”*. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución¹⁸, ha sostenido lo siguiente:

¹⁴Cfr. CARMONA CUENCA, E. op. cit. p. 32.

¹⁵Cfr. PEREZ LUÑO citado por GONZALES MORENO, Beatriz. op. cit. p. 46.

¹⁶Cfr. GONZALES MORENO, Beatriz. op. cit. p. 47.

¹⁷Cfr. GARCIA TOMA, Víctor. La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Walter Gutiérrez (director). Tomo I. Gaceta jurídica: Lima, 2005. p. 680 quien concluye que el Estado social de Derecho es el modelo de Estado del Perú en virtud del entendimiento conjunto del artículo 3° y el artículo 43° de la Constitución.

¹⁸Esto se desprende del artículo 201° de la Constitución y el artículo 1° de la Ley N° 28301- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

“El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real”¹⁹.

Desde nuestro punto de vista y sin pretender abordar profundamente el tema, el Estado no sólo reconoce los derechos fundamentales de la persona, sino que pretende efectivizar los mismos creando condiciones adecuadas para su ejercicio. Como bien afirma García Toma, el Estado social y democrático de Derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley, sino que pretende conseguir que estos sean efectivos²⁰. De ello, que el Estado, a través de sus instituciones, tenga un rol activo, con obligaciones positivas, frente a los derechos individuales²¹ garantizando el disfrute de los mismos en condiciones de igualdad. Como sostiene Luciano Parejo, el principio constitucional del Estado Social supone la exigencia de posibilitar el disfrute efectivo por parte de los ciudadanos de las posiciones jurídicas aseguradas por los derechos fundamentales²². Esta posición ha sido recogida por el propio Tribunal Constitucional, cuando sostuvo que *“(…) la noción de Estado social y democrático de derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de*

¹⁹Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0008-2003-AI/TC de 11 de noviembre de 2003. Fundamento 11.

²⁰Cfr. GARCÍA TOMA, Víctor. loc. cit.

²¹Es de notar que, desde nuestro punto de vista, los derechos sociales no se diferencian sustancialmente de los derechos individuales, por cuanto aquellos son una ampliación del alcance de estos [Cfr. BIDART CAMPOS, Germán. Teoría general de los derechos humanos. Buenos Aires: Astrea, 1991, p. 335]

²²Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano. Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa. Civitas: Madrid, 1983. p. 56.

posibilidades que tornan digna la vida y, en esas circunstancias, se impone principalmente a los poderes públicos la promoción de esas condiciones”²³.

1.1.2 El concepto y función de la administración pública

Habiendo expuesto los fundamentos de la creación y funcionamiento del Estado en un Estado social de Derecho, podemos sostener que la administración pública aparece como institución creada por el Estado -algunos dirían que es su concreción²⁴- para servir de mecanismo de conexión entre la sociedad civil y el Estado. El Estado, como ente abstracto, cumple sus fines sociales, antes indicados, a través de la administración pública. La administración pública posibilita que el Estado cumpla sus fines prestacionales.

Ahora, el definir “administración pública” no es tarea fácil, pues ella presenta múltiples dimensiones. Como bien sostiene Gómez Díaz de León, administración pública puede ser entendida en tres sentidos: como “estructura”, como “función” o “como disciplina científica”²⁵. Nos interesa aquí, a efectos de nuestro estudio, abordar las dos primeras definiciones, que son las que desde nuestro punto de vista coadyuvan a entender la intervención penal en estos casos. Respecto a la primera definición, esto es la administración pública como “estructura”, esta es entendida en sentido formal u subjetivo, es decir, como el

²³Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2945-2003-AA/TC de 20 de abril de 2004. Fundamento 26.

²⁴Cfr. CHEVALLIER, Jacques. La ciencia administrativa. Fondo de Cultura Económica: México, 1983. p.31.

²⁵Cfr. GÓMEZ DÍAZ DE LEÓN, Carlos. Administración pública contemporánea. México: McGraw-Hill interamericana, 1998. p. 22.

aparato administrativo gubernamental o como el conjunto de organismos y funcionarios que realizan los fines del Estado²⁶.

Por otro lado, **la administración pública como “función”, es entendida en sentido dinámico u objetivo, es decir como el conjunto de conductas humanas o actividades que determinan como se distribuye y ejerce el poder público**²⁷. Desde esta concepción, la administración pública se identifica con la propia función pública de la Administración. Precisamente, lo que diferencia a la administración pública (en sentido dinámico) de cualquier otra institución u organización privada es que detenta el monopolio de la coerción o coacción estatal²⁸.

A nuestro juicio, sólo el aspecto dinámico u objetivo -de la administración pública como “función”- es válido de cara a la determinación del objeto de tutela en los delitos contra la administración pública. Más adelante analizaremos este tema a profundidad, basta con señalar, por ahora, que es a través de la administración pública (entendida como función pública) que el Estado cumple con su rol o función social constitucional.

Desde un punto de vista constitucional, la finalidad social específicamente de la administración pública ha sido implícitamente reconocida en el artículo 39° de la Constitución²⁹, el cual señala que “(...) *los funcionarios y servidores públicos*

²⁶Cfr. AMAINA, Manuel citado por GÓMEZ DÍAZ DE LEÓN, Carlos. op. cit. p. 23.

²⁷Cfr. MUÑOZ, A. citado por GÓMEZ DÍAZ DE LEÓN, Carlos. op. cit. p. 23.

²⁸Cfr. GÓMEZ DÍAZ DE LEÓN, Carlos. op. cit. p. 37.

²⁹Además del explícito reconocimiento de la función social del Estado en general según el artículo 43° de la Constitución, conforme ya explicamos anteriormente.

*están al servicio de la Nación*³⁰. Como sostiene Asua Batarrita, “*más allá de la prestación de los servicios de interés general, las instituciones públicas a través de sus agentes, los funcionarios en sentido amplio se convierten en garantes de la viabilidad del ejercicio de los derechos fundamentales*”³¹.

Así pues, **en un Estado social y constitucional de Derecho, la legitimidad de la existencia de la administración pública se ubica en sus fines prestacionales**³². Como afirma Luciano Parejo, en el Estado Social la administración pública es una pieza clave e insustituible, puesto que a través de ella se da cumplimiento efectivo del interés general³³. La administración pública representa un complejo de medios materiales y humanos que sirven para la consecución de los fines del Estado³⁴. Aquí el ciudadano no ocupa una mera situación de sujeción respecto de la administración y sus intereses, sino que aquel y la realización de sus derechos fundamentales son la razón de ser de ésta³⁵. Es decir, la administración pública brinda “servicios públicos”.

Nótese que cuando decimos que la administración pública cumple con su función de brindar servicios públicos, estamos utilizando una **definición amplia de servicios públicos**. Desde nuestro punto de vista, los servicios públicos abarcan

³⁰Según el Tribunal Constitucional dicha disposición constitucional implica que los funcionarios públicos sirven al interés general [Sentencia N° 2235-2004-AA/TC de 18 de febrero de 2005. Fundamento 10].

³¹ASUA BATARRITA, Adela. La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria. En: Delitos contra la Administración Pública. Adela Asua Batarrita (directora). Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao, 1997. p. 19.

³²Ibídem.

³³Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano. op. cit. p. 107.

³⁴Cfr. ALVAREZ RICO, Manuel y GONZALES-HABA GUIZADO, Vicente. Administración y función pública en España. Libertarias: Madrid, 1992. p. 41.

³⁵Cfr. REYNA ALFARO, Luis Miguel. “El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública”. En: “Delitos contra la administración pública”. REYNA ALFARO, Luis Miguel (director). Jurista Editores: Lima, 2009. pp. 250-252.

tanto la actividad de creación de Derecho, la tutela de derechos a través de los Tribunales de Justicia, la defensa del Estado, la seguridad interior, etc. -que vendrían a ser, según Malaret, “funciones públicas” de la administración, dado que por su propia naturaleza son propias del Estado y no pueden ser llevadas a cabo exclusivamente por privados³⁶-; como también la asistencia sanitaria, la educación, el suministro de productos energéticos, el transporte público, las telecomunicaciones, etc. –que serían “servicios públicos en sentido estricto” según Malaret, toda vez que su naturaleza posibilita que sean realizadas también por iniciativa privada³⁷-.

Por tanto, **el buen o correcto funcionamiento de la administración pública es un interés o valor constitucionalmente protegido**, pues pretende garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad. Así lo ha establecido nuestro Tribunal Constitucional cuando dedujo del artículo 39° de la Constitución el principio de “buena administración” y sostuvo que “(...) *el buen funcionamiento de la administración pública constituye un bien de índole constitucional*” cuya protección podría justificar la intervención del Derecho penal (...)”³⁸.

Esta visión de la administración pública, evidentemente, se contrapone a la concepción, ya superada, de administración pública de un “Estado de Policía” que es el modelo de estado que erigían las monarquías³⁹ o los Estado totalitarios. En

³⁶Cfr. MALARET I GARCÍA E. citado por RODRIGUEZ LOPEZ, Pedro y SOBRINO MARTINEZ, Ana. Delitos contra la administración pública. Bosch: Barcelona, 2008. p. 25.

³⁷Ibidem.

³⁸Sentencia del Tribunal Constitucional N° 000017-2011-PI/TC de 03 de mayo de 2012. Fundamento 16.

³⁹Según LOCKE, John. op. cit. p. 123 la monarquía es la forma de gobierno en la cual el poder de dictar leyes recae sobre un solo hombre o sus descendientes.

estos modelos de Estado, la administración pública estaba por encima de los intereses de los ciudadanos, y estos debían guardarle respeto al estar en una situación de sujeción respecto de aquella⁴⁰. Esta tesis no puede ser amparada en el modelo constitucional actual, dado que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado (Art. 1° de la Constitución).

Por otro lado, una vez que hemos reconocido el valor constitucional de la existencia de la “administración pública” en la sociedad y su buen funcionamiento, cabe notar que el Derecho está llamado crear mecanismos que aseguren el cumplimiento de los fines de la administración pública, eliminando y/o corrigiendo disfuncionalidades. En tal sentido, uno de estos mecanismos jurídicos es el Derecho penal, entendido como instrumento de control social para la protección limitada de bienes jurídicos. Sobre esto hablaremos a continuación.

1.2 La protección penal en el ámbito de los delitos contra la administración pública

Luego de exponer de manera abreviada los fundamentos de la intervención del Derecho Penal, pasaremos a identificar el bien jurídico genérico protegido por todos los delitos contra la administración pública.

⁴⁰Cfr. REYNA ALFARO, Luis Miguel. op. cit. p. 249-250.

1.2.1 El Derecho Penal como mecanismo de protección limitado de bienes jurídicos

El Derecho penal en tanto instrumento jurídico de mayor estigmatización contra la persona, encontrará legitimidad en función a sus fines preventivos (que propugnan por una expansión de la intervención punitiva del Estado) y garantistas (que propugnan por la reducción de la propia violencia estatal)⁴¹. Ambos tipos de fines, aunque en constante conflicto, van de la mano y se complementan entre sí a fin de que la intervención penal resulte constitucionalmente razonable⁴².

Efectivamente, a nuestro juicio, el Derecho penal, en un Estado Constitucional de Derecho, no puede limitarse a retribuir un mal creado por el delincuente. En esta medida, deben descartarse las “teorías absolutas” de la pena, según las cuales, la pena no tendría ningún fin que pueda ser socialmente útil, sino que sería una simple retribución por un hecho delictivo⁴³. Bajo la lógica de estas teorías (sea en sus vertientes subjetivas u objetivas⁴⁴), la justificación de la pena

⁴¹Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús M. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. Bosch: Barcelona, 1992. p. 241 y 242.

⁴²A este respecto ver la sentencia del Tribunal Constitucional N° 00017-2011-PHC/TC de 3 de mayo de 2012. Fundamentos 6° al 8°.

⁴³Cfr. ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Civitas: Madrid, 1997. p. 81 y JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Comares: Granada, 2002. p. 75.

⁴⁴Según Kant, máximo representante de la corriente retribucionista-subjetivista, la pena para ser justa debe ser igual al delito cometido (*ius talionis*), el delincuente se merecería el mismo mal que ha causado. Desde esta perspectiva, la pena sería un deber moral que tiene como única razón de imposición el hecho de que alguien ha delinuido y merece una pena. Según este autor, el exigir una utilidad o finalidad extrínseca o social a la pena sería reprobable, pues implicaría instrumentalizar o cosificar al individuo [Cfr. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal. B de F: Montevideo-Buenos Aires, 2007. pp. 71-72].

De otro lado, las teorías retribucionistas-objetivistas, que tienen como su mayor exponente a Hegel, señalan que la pena sería la respuesta al delito cometido, pero en un plano simbólico o valorativo. En tanto el delito representaría una negación del Derecho vigente, la pena supondría una reafirmación del Derecho, es decir, una negación de la negación del Derecho. Aquí, no se toma en cuenta el específico mal producido por el delito -como sucedía en la vertiente subjetiva de esta teoría-, sino su implicancia en el plano valorativo, como lesión al

sería ajena a sus consecuencias, desvinculándose la legitimidad de la sanción penal de la finalidad que se busque con ella⁴⁵.

Una postura teórica sobre la pena que también debe ser descartada es la formulada el Prof. Jakobs. A grandes rasgos, este autor afirma que la pena no buscaría generar un efecto en las personas para prevenir futuros delitos, sino que tendría por objeto restablecer la vigencia de las normas quebrantadas por la comisión del delito, confirmando el Derecho⁴⁶. Como sostiene el Prof. Schunemann, bajo esta tesis, la pena no tendría un fin ulterior en el plano empírico, sino que sería un fin en sí mismo⁴⁷. Para el Prof. Jakobs, existe una desvinculación entre la función del Derecho Penal y la protección de bienes jurídicos; no se podría considerar como misión de la pena la evitación de lesiones a bienes jurídicos, puesto que, en estricto, la misión del Derecho Penal sería la confirmación de la vigencia de la norma⁴⁸.

Esta concepción de la “finalidad” del Derecho Penal, desde nuestro punto de vista, debe ser rechazada, puesto que el Ordenamiento jurídico, en un Estado social y democrático de Derecho -dentro del cual se enmarca el Derecho penal- debe estar al servicio siempre del ser humano y su dignidad. En este sentido, la norma penal no puede olvidar su anclaje ontológico de protección última del individuo, sin que se niegue la presencia de efectos

Derecho [Cfr. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Retribución y prevención general. op. cit. pp. 103-105]

⁴⁵Cfr. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Retribución y prevención general. op. cit. p. 63.

⁴⁶Cfr. JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Civitas: Madrid, 1996. p. 28.

⁴⁷Así lo afirma SCHUNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. En: Cuestiones básicas del Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio. Idemsa: Lima, 2006. p. 144.

⁴⁸Cfr. CANCIO MELIA, Manuel y otros. Un nuevo sistema del Derecho Penal. Grijley: Lima, 1998. p. 21.

simbólicos de reafirmación de la vigencia de la propia norma. Como bien señala Alcácer Guirao, “(...) el fin preventivo primordial del Derecho Penal habrá de ser en todo caso la protección de los bienes jurídicos, quedando la protección de la vigencia del ordenamiento, como un fin, si bien legítimo, axiológica y funcionalmente subordinado a aquel”⁴⁹⁵⁰.

Aunque no pretendemos ser exhaustivos en este punto por cuestiones metodológicas, doctrinalmente se han reconocido básicamente cuatro teorías sobre la finalidad preventiva de la pena: i) las teorías de la prevención general positiva, ii) las teorías de la prevención general negativa, iii) las teorías de la prevención especial y iv) las teorías eclécticas o unificadoras⁵¹.

A grandes rasgos, según la primera de las mencionadas teorías, la pena pretende demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza de la sociedad en el Derecho⁵². Las teorías de la prevención general negativa sostienen que la pena busca generar efectos intimidatorios en el resto de la sociedad para que no cometan a futuro nuevos

⁴⁹ALCACER GIRAO, Rafael. ¿lesión de un bien jurídico o lesión del deber? Apuntes sobre el concepto material del delito. Atelier: Barcelona, 2003. p. 123.

⁵⁰Cabe mencionar que nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia N° 000014-2006-PI/TC de 19 de enero de 2007. (Fundamentos 12 y 13) ya se ha pronunciado sobre los fines que cumple el Derecho Penal en un Estado Constitucional de Derecho y ha descartado la validez de las teorías absolutas de la retribución. Así, en su oportunidad, el Tribunal sostuvo lo que sigue:

“(...) Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.

Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad”

⁵¹Cfr. ROXIN, Claus. op. cit. p. 85-99.

⁵²Cfr. ROXIN, Claus. op. cit. p. 92 y MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Reppertor: Barcelona, 2004. p. 92.

delitos⁵³. Las teorías de la prevención especial, por su parte, a grandes rasgos, sostienen que la pena pretende hacer desistir al autor de un delito de cometer otros a futuro⁵⁴. Por último, las teorías eclécticas o unificadoras plantean que la prevención especial y la general deben figurar conjuntamente como fines de la pena (algunas posturas consideran que la mera “retribución” también se inserta en esta teoría), dado que ellas son útiles para la evitación de hechos delictivos⁵⁵.

Si bien se sostiene que, en la actualidad, la teoría ecléctica o unificadora ha sido la que ha imperado en la doctrina penal⁵⁶, a efectos de nuestro análisis en el presente capítulo -sin pretender entrar en el interesante y basto debate que hay sobre el particular-, basta con señalar que, desde nuestro punto de vista, el Derecho Penal se legitima en tanto tienda a prevenir delitos para proteger limitadamente bienes jurídicos.

Por otro lado, a nuestro juicio, **las finalidades preventivas antes mencionadas van de la mano con las finalidades garantistas de la pena (principios de legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad), las cuales se convierten en auténticas finalidades del Derecho Penal⁵⁷**. Estos fines, a diferencia de lo que sucede con los fines preventivos, propugnan por una

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Cfr. ROXIN, Claus. op. cit. p. 85 y MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. op. cit. p. 94.

⁵⁵ Cfr. ROXIN, Claus. op. cit. p. 95 y MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. op. cit. p. 97 y ss.

⁵⁶ Así lo afirma SILVA SANCHEZ, Jesús María. op. cit. p. 201. En el contexto nacional, esta afirmación también la formula VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Grijley: Lima, 2006. p. 68 para quien la doctrina ecléctica o unificadora es la imperante en la doctrina nacional.

⁵⁷ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María. op. cit. p. 217.

reducción de la intervención punitiva del Estado⁵⁸, esto es, reducen la propia violencia del Estado contra los individuos que delinquen.

En este sentido, dentro del principio-fin de proporcionalidad penal se encuentra el subprincipio de necesidad (*ultima ratio*), según el cual la intervención penal será legítima siempre que se acredite que no existe otra alternativa de tipificación que sea igualmente idónea para proteger el bien jurídico y al mismo tiempo menos lesiva para el derecho fundamental afectado con la punición (libertad ambulatoria por ejemplo)⁵⁹. Es decir, dentro de este subprincipio se ubicaría también lo que la doctrina penal denomina “principio de fragmentariedad”, según el cual el Derecho Penal sólo intervendrá frente a los ataques más lesivos contra el bien jurídico protegido. **El Derecho Penal, por tanto, detenta una finalidad de protección fragmentaria de los bienes jurídicos.**

Dicho lo anterior podemos afirmar que el Derecho Penal interviene en las conductas que se enmarcan en el funcionamiento de la administración pública, en tanto pretende proteger, mediante efectos preventivos, un bien jurídico-penal (que aún no hemos delimitado) frente a los ataques más graves en su contra.

- **La incriminación de delitos contra la administración pública en la Constitución**

Aun cuando no existe un mandato constitucional expreso y específico de criminalización de conductas que atenten contra el funcionamiento de la

⁵⁸ Igualmente el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 000012-PI/TC de 15 de diciembre de 2006. Fundamento 16.

⁵⁹Cfr. LOPERA MEZA, Gloria Patricia. Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. EN: Jueces para la democracia. N° 53. 2005. p. 42.

administración pública, **existen preceptos en la Constitución a partir de los cuales se puede interpretar que el legislador tiene el deber de reprimir penalmente ciertas conductas que afectan el correcto funcionamiento de la administración pública.** Así, el artículo 41° de la Constitución establece lo siguiente:

“Artículo 41°. Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley. Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial. La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública. El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.”

En cuanto al segundo párrafo del artículo citado, se observa que la norma constitucional presupone la existencia de un delito contra la administración pública, cual es el enriquecimiento ilícito (Art. 401° CP), por lo que el legislador no podría eliminar o dejar de tipificar el mismo. En este caso, la propia Constitución es la que obliga al legislador tipificar este delito.

Asimismo, el párrafo cuarto del citado artículo establece la dúplica del plazo de prescripción para los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio estatal. Conforme lo ha interpretado la jurisprudencia nacional vinculante, se trata de delitos cometidos por funcionarios públicos, pero que tienen

que ver con la lesión al correcto funcionamiento de la administración público, es decir, delitos funcionariales⁶⁰.

Si bien no todo delito funcional supone un atentado contra el patrimonio del Estado⁶¹, algunos de ellos como el peculado sí lo hacen, por lo que también se deduce de este precepto que existe un mandato al legislador de incriminar penalmente ciertos atentados contra la administración pública. A nuestro juicio, la Constitución exige una dúplica del plazo de prescripción porque asume que deben existir delitos contra la administración pública, algunos de los cuales lesionan el patrimonio estatal.

1.2.2 Sobre el bien jurídico-penal protegido en los delitos contra la administración pública

Como ya se señaló anteriormente, los bienes jurídicos son aquellos que el Derecho Penal debe o pretende proteger en última instancia⁶². La protección de bienes jurídicos legitima la intervención del Derecho Penal; sin embargo, para establecer qué función cumple el bien jurídico en la sistemática penal es necesario, primero, darle contenido a dicho concepto.

Aun cuando -como bien señala Schunemann-, en la actualidad, no ha quedado del todo claro y no ha habido consenso doctrinal sobre el concepto de

⁶⁰Ver al respecto el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia N° 1-2020/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 (fundamento 15°).

⁶¹Ver al respecto el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia N° 1-2020/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 (fundamento 14°).

⁶²Cfr. ALCACER GIRAO, Rafael. p. 126.

bien jurídico⁶³, la doctrina penal suele identificar dos vertientes teóricas para definir el bien jurídico: las **“teorías personalistas”** y las **“teorías del daño social”** o **“teorías funcionalistas”**. Según las primeras, el bien jurídico vendría definido por su carácter personalista; es decir, se dota de prioridad valorativa a la persona y su esfera de intereses, contraponiéndolos de manera absoluta con los intereses supra personales tendientes a cumplir alguna función social⁶⁴. De otro lado, la teoría del daño social o funcional aprecia al bien jurídico desde una dimensión social, de tal manera que él representa las condiciones necesarias para la conservación de un orden social⁶⁵.

En nuestra opinión, **el concepto de bien jurídico-penal deberá contener tanto el aspecto ontológico-subjetivo referente al individuo y a la protección y garantía de sus derechos humanos, como el aspecto normativo-objetivo referente a las valoraciones sociales y a los fines preventivos del Derecho Penal**. El bien jurídico, entonces, es un “objeto valorado”, supone una realidad social valorada y regulada por normas jurídicas⁶⁶. Del mismo modo, dicho bien jurídico (vida, integridad, libertad ambulatoria, etc.) es apreciado en tanto cumple una función social, es decir en tanto posibilita la participación igualitaria en sociedad. Luego, no es la vida como concepto estático lo que se pretende garantizar, sino que su existencia misma depende de su utilidad para las relaciones sociales⁶⁷.

⁶³Cfr. SCHUNEMANN, Bernd. ¡El derecho Penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! Bogotá. Universidad externado de Colombia, 2007. Pág. 17.

⁶⁴Cfr. ALCACER GIRAO, Rafael. Op. cit. p. 72

⁶⁵Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María. op. cit. pp. 268-269.

⁶⁶Cfr. ALCACER GIRAO, Rafael. Op. cit. p. 88.

⁶⁷Ibíd. p. 90.

Es decir, aquello que legitima, a fin de cuentas, la intervención penal es la propensión a la satisfacción de necesidades de la persona humana en un contexto social⁶⁸. Desde mi punto de vista, **aquello que merece la intervención penal sólo se justifica en cuanto maximice la dignidad humana y su libre desarrollo en sociedad**. Para esto se tendrá que atender, tanto a los efectos preventivos generales del Derecho Penal, como a los fines garantistas que limitan la intervención punitiva del Derecho Penal.

Esta combinación del componente subjetivo (personal) y objetivo (dañosidad social) del bien jurídico, también, parece haber sido la concepción adoptada por nuestro Tribunal Constitucional cuando en su oportunidad sostuvo lo siguiente:

“Si bien en la identificación de los niveles de protección de los bienes constitucionalmente relevantes es importante evaluar la dañosidad social de las conductas que pongan en peligro o afecten tales bienes, también lo es evaluar, dentro de esta dañosidad social, que el objeto de esta protección penal exprese necesariamente las posibilidades de libre desarrollo del individuo mediante su participación en la sociedad”⁶⁹.

Ahora bien, la aproximación a la identificación del bien jurídico protegido en un delito nos es útil para nuestra construcción dogmática, pues nos sirve para llevar a cabo una hermenéutica de las dos modalidades delictivas reguladas en el Art. 387° CP. La determinación del objeto de protección del tipo penal es esencial para realizar la denominada “interpretación teleológica” que nos permita entender

⁶⁸Comparte esta posición MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en el derecho penal. En: Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Legis: Bogotá, 2008. p. 380.

⁶⁹Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00012-2006-PI/TC de 15 de diciembre de 2006. Fundamento 30°.

al tipo más allá de la apreciación de su tenor literal o gramatical⁷⁰. En el presente estudio, la delimitación del bien jurídico común protegido por los delitos del Art. 387° CP nos servirá, en específico, para apreciar cómo se lesiona o pone en peligro mediante la modalidad delictiva especial de “administración desleal del patrimonio público”.

1.2.2.1 Acerca de los bienes jurídicos colectivos

Luego de haber expuesto nuestra posición respecto de la concepción del Derecho Penal y su legitimidad en un Estado social y constitucional de Derecho, y de lo que entendemos por bien jurídico-penal protegido, ahora, es oportuno enfocar nuestro análisis en el objeto de protección de los llamados “delitos contra la administración pública”. Para ello, creemos que es necesario abordar el análisis de los “bienes jurídicos colectivo”, que son la clase de bienes jurídicos que desde nuestro punto de vista están en juego en estos delitos.

Al respecto, la doctrina penal ha distinguido dos vertientes teóricas respecto del entendimiento de los bienes jurídicos colectivos: la **“teoría monista”** y la **“teoría dualista”**.

⁷⁰Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. op. cit. p. 166; y MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. op. cit. p. 169.

a) Teoría monista

Esta teoría propugna por una supresión de la bifurcación dogmática entre bienes jurídicos individuales y colectivos, puesto que únicamente los primeros serían bienes jurídicos penalmente protegibles⁷¹.

Dentro de la teoría monista se han reconocido en doctrina dos posturas: la teoría monista personalista y la teoría monista social o estatal⁷². **Según la teoría monista personalista, solamente los intereses y libertades individuales son merecedores de protección penal, mientras que los bienes colectivos pasarían a tener una jerarquía inferior a ellos debido a su carácter derivativo**⁷³. Partidario de dicha tesis es Hassemer, quien, como representante de la “escuela de Frankfurt”, propuso crear un “Derecho de intervención” distinto al Derecho Penal -reservado para protección de bienes jurídicos individuales- para proteger a los bienes jurídicos de naturaleza colectiva⁷⁴.

Dentro de la teoría monista, también, se encuentra la teoría social estatal, según la cual el objeto de protección penal se relaciona directamente con la satisfacción de necesidades de la colectividad antes que las del individuo. Es decir, los bienes jurídicos colectivos al igual que los bienes jurídicos individuales, pretenden evitar lesiones a un orden social establecido⁷⁵.

⁷¹Según MAYO CALDERÓN, Belén. Derecho Penal y Tutela de bienes jurídicos colectivos. Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 17. 2005. pp. 300-312, aquí se ubican autores como Rodríguez Montañez, Mata Martín, Kindhäuser, etc.

⁷²Esta diferenciación es evidenciada por SOTO NAVARRO, Susana. La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna. Comares: Granada, 2003. pp. 233-239.

⁷³Cfr. SOTO NAVARRO, Susana. op. cit. p. 236.

⁷⁴Ibíd. p. 237.

⁷⁵Ibíd. 239.

b) Teoría dualista

Esta teoría, en contraposición a la teoría monista, distingue a los bienes jurídicos individuales de los bienes jurídicos colectivos⁷⁶⁷⁷. En esta medida, se elimina entre estos dos tipos de bienes jurídicos toda relación derivativa u orden jerárquico⁷⁸.

Esta teoría fue inicialmente formulada por Tiedemann, para **quien los bienes jurídicos colectivos tienen su fundamento en la evolución del sistema de relaciones sociales, generando el surgimiento de diversos intereses no centrados en la persona individualmente considerada, sino en el colectivo social (economía, mercado, etc.)**⁷⁹. Los bienes colectivos, por tanto, buscarían proteger ya no relaciones sociales esenciales o básicas dentro del sistema, sino relaciones sociales referidas al propio funcionamiento del sistema social⁸⁰.

De acuerdo a los partidarios de esta teoría dualista, no es que se olvide la dimensión individual de la protección penal, sino que la misma, en todo caso, pasará a ser una *ratio legis* de la punición. Sobre este punto, nos parece razonable la postura adoptada por Soto Navarro, quien sostiene que más que una relación

⁷⁶Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Acerca de la teoría de los bienes jurídicos. Revista Penal, N° 18 (2006), España. En: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/283/273>. Visitado el 25 de setiembre de 2012.p. 6.

⁷⁷Según MAYO CALDERON, Belén. loc. cit. aquí se reconocen autores como Tiedemann, Soto Navarro, Bustos Ramírez, Martínez Buján, entre otros.

⁷⁸Cfr. SOTO NAVARRO, Susana. op. cit. p. 241.

⁷⁹Ibídem.

⁸⁰Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. En: Obras completas. Tomo II. Ara Editores: Lima, 2004. op. cit. p. 188.

de jerarquía o derivativa ente bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos, lo que existe es una relación de dependencia recíproca entre ambos⁸¹.

c) Toma de postura

En primer lugar, **en cuanto a la teoría monista personalista, se podría criticar a la misma que confunde dos planos de análisis distintos**, ya que, por un lado, están los intereses y bienes individuales de la persona que, como se explicó anteriormente, siempre serán el fin último de protección de toda norma penal, y por otro lado, están los bienes jurídico-penales colectivos propiamente dichos que son objeto de lesión o puesta en peligro. Como señala Soto Navarro, *“(...) la concepción personalista del bien jurídico en su postulado básico no aporta nada nuevo, puesto que nadie discute que el individuo sea el referente último de toda intervención penal (...)”*⁸². Una cosa es que el correcto funcionamiento de la administración pública tenga su fundamento último en la satisfacción de necesidades e intereses individuales, y otra distinta es que dichos intereses o necesidades sean el criterio rector para determinar el desvalor de resultado del delito o el carácter individual colectivo del bien jurídico.

Por otro lado, la crítica que se ha formulado a la teoría monista social o estatal es que, en principio, es una teoría que habría sido avalada por el nacionalsocialismo alemán de la “Escuela penal de Kiel” y que daría lugar a una instrumentalización del individuo al servicio de la colectividad⁸³. En efecto, teniendo como referente el modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho, no se

⁸¹Cfr. SOTO NAVARRO, Susana. p. 199.

⁸²Ibíd. p.238.

⁸³Ibídem.

debería caer en una concepción colectivista pura del bien jurídico que olvide la dimensión individual de la persona humana como fundamento del ordenamiento jurídico.

A nuestro juicio, la teoría dualista es la que propone un entendimiento del bien jurídico colectivo e individual adecuado. **En nuestra opinión, la distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos responde a su distinta función social.** En contraste con los bienes jurídicos individuales, los bienes jurídicos colectivos son aquellos que tienen la función primordial de ser aprovechados por la sociedad en su conjunto. Es decir, ninguna persona puede ser excluida del aprovechamiento del bien jurídico y su aprovechamiento individual no impide ni obstaculiza el aprovechamiento por parte de otros⁸⁴. Asimismo, los bienes jurídicos colectivos no pueden dividirse conceptual, fáctica o jurídicamente y atribuir individualmente en porciones⁸⁵. Desde luego, no puede decirse que cada persona disfruta de una parte de la “correcta gestión del patrimonio público”, sino que toda la sociedad en abstracto aprovecha de la totalidad de dicho bien jurídico.

1.2.2.2 Clasificación de los bienes jurídicos colectivos

La doctrina penal ha realizado una clasificación de los bienes jurídicos de naturaleza colectiva. Así, el Prof. Bustos Ramírez identifica dentro de esta

⁸⁴Ibíd. p. 244.

⁸⁵Ibídem.

categoría a los bienes jurídicos institucionales, los colectivos (propriadamente dichos) y los de control⁸⁶.

En primer lugar, los bienes jurídicos institucionales son aquellos referidos a la preservación de determinadas instituciones básicas (procedimientos de solución de conflictos) para el funcionamiento del sistema (administración de justicia, administración pública, etc.). Por su parte, los bienes jurídicos colectivos son aquellos que se refieren a la satisfacción de necesidades de carácter macro social y/o macro económico (salud pública p. ej.). Por último, los bienes jurídicos de control son aquellos referidos a la propia organización del aparato estatal, para que éste pueda cumplir con su función de control social (seguridad interior y exterior)⁸⁷.

Al respecto, debe tenerse presente que los bienes jurídicos institucionales – que son los que nos interesa analizar principalmente para nuestra investigación– no protegen a las instituciones como tales de manera aislada de los intereses sociales, sino que –como bien ha reconocido Bustos– están al servicio de los denominados bienes jurídicos colectivos (en estricto), esto es, los referidos a la satisfacción de necesidades de carácter social y/o económico. Los bienes jurídicos institucionales aseguran, mediante procedimientos formalizados (instituciones) el ejercicio efectivo de los derechos e interrelaciones de la personas⁸⁸.

En esta medida, **los delitos funcionariales no protegen a la Administración como institución en sí misma, sino a la función pública que ella cumple para satisfacer las necesidades sociales.** Precisamente,

⁸⁶Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. op. cit. p. 192.

⁸⁷Ibíd. p. 193.

⁸⁸Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Ariel: Barcelona, 1991. 365 y 366.

continuación explicaremos el contenido del bien jurídico colectivo de naturaleza “institucional” que protegen los delitos contra la administración pública.

1.2.2.3 Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública

Los delitos contra la administración pública protegen un bien jurídico institucional denominado “correcto funcionamiento de la administración pública”. La administración pública se protege penalmente en tanto “función administrativa” que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema social. Como se adelantó, aquí no se protege a los órganos administrativos como tales, sino a la función pública que supone vías procedimentales de actuación administrativa (instituciones) para que todos y cada uno de los miembros de la sociedad puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses⁸⁹.

Sobre el particular, es necesario hacer notar características comunes en todos los delitos contra la administración pública, pues consideramos que todos ellos guardan un mismo fundamento de legitimación. **Y es que lo característico de esta clase de delitos es la infracción de deberes jurídicos propios de la condición de funcionario estatal y el abuso de poderes públicos que deben ejercitar los funcionarios de la Administración**⁹⁰. Es decir, todo delito funcional supondría un abuso de las competencias que la función pública otorga

⁸⁹Ibíd. p. 366.

⁹⁰ Cfr. VASQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, Fernando. op. cit. p. 349.

al funcionario, lo cual si se reproduce de manera masiva perjudicaría el correcto funcionamiento de la administración pública.

Conforme explicaremos con más detenimiento posteriormente, consideramos que el “correcto funcionamiento de la administración pública” es un “bien jurídico general” en los delitos funcionariales (o *ratio legis* desde nuestro punto de vista) que, luego, es concretizado en cada figura delictiva, constituyéndose, así, el auténtico “bien jurídico específico” del delito funcional respectivo. Desde nuestro punto de vista, la identificación del bien jurídico general es una tarea útil, pues, además de ayudar al mejor entendimiento y sistematización político-criminal de estos delitos, puede tener consecuencias prácticas a la hora de determinar concretamente la pena cuando se comete algún específico delito contra la administración pública⁹¹. Sobre esto abundaremos más adelante.

En efecto, para dar un panorama de la problemática planteada sobre este punto, se ha reconocido en la doctrina penal principalmente cuatro teorías en cuanto al objeto de protección en los delitos contra la administración pública: **a) la teoría del quebrantamiento de las expectativas en la administración pública b) la teoría protección de la fidelidad al Estado (deber del cargo), c) la teoría de la buena imagen, dignidad o prestigio de la administración pública y d) la teoría del correcto funcionamiento o la funcionalidad de la administración pública.**

⁹¹Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General. Tirant lo Blanch: Valencia, 2007. p. 163.

a) Teoría del quebrantamiento de las expectativas en la administración pública

Respecto de la teoría del quebrantamiento de expectativas en la administración pública, habría que señalar, primero, que la misma no reconoce como objeto de tutela a un bien jurídico conforme lo hemos definido precedentemente. Esta teoría, cuyo máximo exponente es el Prof. Jakobs, tiene como presupuesto que el Derecho Penal no protege bienes jurídicos, sino las expectativas normativas de la sociedad⁹². En este sentido, **el objeto de prohibición de los delitos contra la administración pública sería la decepción de la expectativa de que una “institución” básica de la sociedad, como lo es el “deber de velar por la sujeción a la ley de aquellos que están vinculados a la administración pública”, funcione adecuadamente⁹³**. Es decir, en esta lógica, los delitos contra la administración pública, en tanto “delitos de infracción de deber”⁹⁴, se centrarían en asegurar las expectativas sociales de que los funcionarios cumplan con su deber de observar las normas estatales para una correcta administración de las funciones públicas⁹⁵.

⁹²Nos remitimos en este punto a lo señalado *supra* respecto a la teoría de la pena formulada por el Prof. Günther Jakobs.

⁹³Cfr. JAKOBS, Günther citado por VASQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. op. cit. p. 35.

⁹⁴Cfr. JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons: Madrid, 1997. p. 266 y 267 para quien los delitos de infracción de deber se fundamentan en la existencia de instituciones positivas que crean un estatus especial en el autor, imponiéndole deberes especiales de actuación.

⁹⁵Cfr. CARO JOHN, José Antonio. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. En: Anuario de Derecho Penal. Asociación Peruana de Derecho Penal, 2003. p. 60, 61 y 65.

b) Teoría de la protección de la fidelidad al Estado (deber del cargo)

La teoría que plantea que la tutela penal en los delitos contra la administración pública recae sobre la fidelidad al Estado o el deber de funcionario en su cargo público fue originalmente formulada en Alemania⁹⁶. Según esta teoría, el injusto de los delitos de funcionarios se fundamenta en la infracción de un deber específico de la función pública⁹⁷, de tal manera que la conducta ilícita del funcionario, considerado como sometido a la estructura estatal, quiebra la confianza depositada en él. Es decir, considera a los delitos funcionariales como una traición, una deslealtad en contra del Estado y su estructura. **Lo que plantea esta teoría es reducir el fundamento de punición de estos delitos a un incumplimiento de los deberes administrativos que se le imponen en el ejercicio del cargo, es decir, se tiene una lectura formal del bien jurídico protegido.** Es por ello que algunos autores como Rodríguez Muñoz, Jaso Roldán y Rodríguez Devesa, en España, señalan que los delitos funcionariales son en puridad infracciones administrativas elevadas a la categoría de delitos⁹⁸.

c) Teoría de la buena imagen, dignidad o prestigio de la administración pública

Esta postura plantea considerar al prestigio, dignidad o buena imagen de la administración pública como el bien jurídico genérico protegido por estos delitos. **El comportamiento irregular del funcionario público constituiría, entonces, un**

⁹⁶Según CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. op. cit. p. 92. Aquí se ubican autores notables como Binding, Merkel, Mezger y Welzel.

⁹⁷Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública. En: Delitos contra la administración pública. Luis Miguel Reyna Alfaro (director). Jurista Editores: Lima, 2009. p. 45.

⁹⁸Así lo hace notar CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. op. cit. p. 93.

atentado contra el prestigio que toda la administración pública debería tener de cara a sus administrados⁹⁹.

En esta lógica, los delitos funcionariales deben ser perseguidos sancionados en tanto que enlodan la reputación de la Administración frente a la población. La razón o fundamento de la protección penal, entonces, no se ubica en la fuente del prestigio o buena imagen de la Administración (el correcto desempeño del cargo público), sino al prestigio, dignidad o buena imagen en sí¹⁰⁰.

d) Teoría del correcto funcionamiento o la funcionalidad de la administración pública

Por último, la doctrina mayoritaria actualmente viene siendo partidaria de la teoría del correcto funcionamiento o funcionalidad de la administración pública como bien jurídico penal genérico tutelado por los delitos funcionariales. **Según esta teoría, lo que se tutela es la función o tarea constitucional de la Administración Pública que consiste en servir con eficacia, coordinación, imparcialidad, jerarquía y objetividad, o legalidad –como concepto envolvente de los anteriores principios- a los intereses sociales generales¹⁰¹.** . Es decir, se entiende a la administración pública como un bien jurídico de tipo funcional y no estático. Se protege a la administración pública, no porque esta

⁹⁹Cfr. ASUA BATARRITA, Adela. op. cit. pp. 20-22.

¹⁰⁰Ibídem.

¹⁰¹Esta opinión es la síntesis de la posición de FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Español de 1995: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas. Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 7/8. p. 700 y DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. op. cit. p. 50.

merezca ello *per se* por su propia existencia, sino porque cumple determinados fines sociales amparados por la Constitución. En puridad, estamos ante la protección penal de la “función pública”¹⁰²¹⁰³.

Cabe notar que, esta posición sobre el bien jurídico protegido en estos delitos, también, ha sido la recogida por el Tribunal Supremo español en su sentencia de 10 de julio de 1995, en donde se señaló que *“(...) el bien jurídico protegido es el recto y normal funcionamiento de la administración, con sujeción al sistema de valores instaurado en la C.E y en consideración a los artículos 103 y 106 que sirven de punto de partida para cualquier actividad administrativa”*¹⁰⁴.

e) Toma de postura

A nuestro juicio, en primer lugar, no se puede compartir la teoría del quebrantamiento de las expectativas en la administración pública, puesto que como ya se dijo anteriormente, el Derecho Penal no puede dejar de proteger principalmente bienes jurídicos; además, esta teoría olvida o infravalora el aspecto social de la administración pública, centrando el objeto de prohibición en los deberes funcionariales. Creemos que efectivamente existe una expectativa de los ciudadanos en que los funcionarios cumplan con sus deberes normativos; sin embargo, ello no puede ser el eje central del injusto en los delitos contra la

¹⁰²Cfr. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. loc. cit. y RODRIGUEZ LOPEZ, Pedro y SOBRINO MARTINEZ, Ana. loc. cit.

¹⁰³Esta consideración también se condice con lo señalado por el Tribunal Constitucional en su sentencia N° 00017-2011-AI/TC de 3 de mayo de 2012 (fundamento 15°), en donde el Tribunal sostuvo que la protección penal del correcto desempeño de la función pública venía reforzado constitucionalmente.

¹⁰⁴Sentencia del Tribunal Supremo N° 798/1995.

administración pública. **Aquí, en semejanza a la teoría del “deber de cargo”, se relega la relación Estado-ciudadano para centrarse primordialmente en la relación funcionario-Estado. Como dijimos anteriormente, esto es incompatible con el modelo de Estado Social de Derecho del Perú.**

Por otro lado, respecto de la teoría de la fidelidad al Estado (deber del cargo), nosotros discrepamos de su propuesta en vista de las siguientes consideraciones: Primero, **la teoría del “deber del cargo” tendría tintes autoritarios incompatibles con el modelo de Estado social y democrático de Derecho**, puesto que se centraría exclusivamente en la relación funcionario público – Estado, postulando un Estado por encima de los intereses sociales e individuales y, por ende, dejando de lado la labor prestacional y social de la administración pública¹⁰⁵. Segundo, **un injusto penal no puede reducirse a un mero añadido a la infracción administrativa**. Lo que se plantearía aquí es una accesoriadad administrativa absoluta del Derecho Penal, vaciando de contenido material propio al bien jurídico-penal protegido e imposibilitando la limitación de la intervención penal¹⁰⁶. Por último, la teoría de la mera infracción del deber no podría explicar suficientemente la presencia de delitos encuadrados en la sistemática de los delitos contra la administración pública que tienen como sujetos activos a particulares no funcionarios públicos, pero que contribuyen a afectar la prestación

¹⁰⁵Cfr. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Corrupción y delitos contra la administración pública. En: La corrupción, aspectos jurídicos y económicos. Eduardo Fabián Caparrós (coordinador). Ratio Legis: Salamanca, 2000. p. 69.

¹⁰⁶Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. op. cit. p. 46.

de funciones públicas objetivamente consideradas (cohecho activo y tráfico de influencias por ejemplo)¹⁰⁷.

En lo concerniente a la teoría del prestigio, buena imagen o dignidad de la administración pública, a nuestro juicio, la misma no puede ser compartida, puesto que desatiende el rol de los órganos estatales al servicio del ciudadano. **Esta teoría es inaceptable en un Estado social y democrático de Derecho, ya que ofrece una visión autoritaria de la Administración, considerándola como fin en sí misma**¹⁰⁸. Asimismo, la utilización de términos como “el prestigio” o “la dignidad” no esclarecen el objeto de protección, estos son criterios de concreción inseguros, genéricos y vagos que no ayudan a dilucidar qué clase de conductas merecen la intervención penal¹⁰⁹. Por último, el prestigio, la dignidad o la buena imagen no pueden ser objeto central de protección penal, pues ellos sólo debería ser consecuencia del verdadero objeto protección, cual es el correcto funcionamiento de la administración pública. El sostener que se busca proteger *per se* el prestigio o buena imagen de la Administración podría justificar la impunidad de actuaciones irregulares en el ejercicio del cargo público que pasan inadvertidas a los ojos de la opinión pública.

En nuestra opinión, la teoría más acertada es la teoría del correcto funcionamiento o funcionalidad de la administración pública. En efecto, con esta definición del bien jurídico se toma en consideración primordialmente la relación existente entre administración estatal y ciudadano, reconociendo a este último como fundamento de la actividad prestacional de aquella. Esta posición también ha

¹⁰⁷ *Ibíd.* p. 48.

¹⁰⁸ Comparte esta crítica DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *op. cit.* p. 49.

¹⁰⁹ Así, ASUA BATARRITA, Adela. *op. cit.* p. 22.

sido compartida por la Prof. Asua Batarrita, cuando señala que *“la materia necesitada de protección se refiere a la preservación de la forma de actuación de la Administración conforme a sus fines y en el sometimiento a aquellos principios que informan el procedimiento en la adopción de decisiones de su competencia¹¹⁰”*. Así, la corrección de la administración pública se evalúa en el plano axiológico a partir de los principios constitucionales que informan la actuación administrativa y no en base a intereses propios de la administración como ente supraindividual.

Asimismo, compartimos la posición del Prof. De la Mata, cuando sostiene que **no sólo estamos ante un concepto objetivo (función pública) y no subjetivo (administración pública como estructura orgánica estatal) de la Administración, sino ante un concepto prestacional de esta, que exige delimitar su fines y atender a los principios que inspiran su actuación¹¹¹**. Efectivamente, el reconducir el concepto penal de la administración pública a la función pública, nos obliga a desechar una concepción puramente formal de ella, que sólo atendería a la naturaleza del órgano estatal (judicial, ejecutivo, legislativo, etc.) dentro del cual se comete la irregularidad del funcionario¹¹².

- **Conceptualización de la función pública**

Así pues, el concepto de administración pública debe ser reconducido al ejercicio de la función prestacional pública. Por ello, los delitos que atentan contra

¹¹⁰Ibíd. p. 21.

¹¹¹Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. op. cit. p. 50.

¹¹²Esta opinión es compartida por REVOLLO VARGAS, R. Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, L. II. del Código Penal español. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. Volumen I. Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca: Cuenca, 2001. p. 553.

la administración pública -tal y como la hemos concebido- tienen como rasgo distintivo que se cometen en el ejercicio de la función pública¹¹³. Sin embargo, ¿Qué se entiende por función pública? En la doctrina penal, existen diversas concepciones de la función pública: Primero, la concepción material teleológica; segundo, la concepción formal y; tercero, la concepción ecléctica o mixta.

La concepción material teleológica, señala que función pública es aquella función que tiene por finalidad el interés colectivo o el bien común¹¹⁴. Dentro de esta concepción se encuentran dos tesis: la estricta y la extensiva. Según la primera, función pública es la función que, siendo ejercida por un ente perteneciente a la estructura del Estado, tiene por finalidad el bien común o el interés general colectivo, mientras que, la segunda, sostiene que siempre que se cumpla con una finalidad colectiva social, la función pública puede desempeñarla un ente privado o estatal (público)¹¹⁵.

Una concepción teleológica intermedia entre la estricta y la extensiva es la formulada por el Prof. Muñoz Conde, quien define la función pública como la función proyectada al interés colectivo o social y realizada por órganos estatales o instituciones que por delegación del Estado coopera a los fines de éste sin formar parte de su burocracia (órganos paraestatales)¹¹⁶. Es decir, no se limita a los entes que estén incorporados a la burocracia estatal, sino también aquellos entes que por delegación de este cumplen funciones sociales. Función pública, por tanto,

¹¹³ Así lo afirma SOTO NAVARRO, Susana. loc. cit.

¹¹⁴ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Grijley: Lima, 2007. p. 25.

¹¹⁵ *Ibíd.* p. 26.

¹¹⁶ Así lo afirma, OLAIZOLA NOGALES, Inés. Concepto de funcionario público a efectos penales. En: Delitos contra la Administración Pública. Adela Asua Batarrita (directora). Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao, 1997. p. 79.

también podría ser la ejercida por los concesionarios de ciertos servicios públicos especiales.

La concepción formal, por su parte, sostiene que función pública será aquella que es desempeñada por un ente que está sujeto a un régimen jurídico público de actividades. A esta posición se adscribe, por ejemplo, Queralt, quien sostiene que la función pública es aquella que es desempeñada por una entidad pública sometida al Derecho público; por tanto, si la entidad pública está sometida al Derecho privado, la función que lleve a cabo será siempre privada¹¹⁷.

A nuestro juicio las tesis formal y teleológica estricta no pueden ser compartidas, puesto que nuestro ordenamiento jurídico-penal, en virtud del inciso 3° y 4° del artículo 425° CP¹¹⁸ –que da presupuestos materiales para la definición de funcionario público- niega la posibilidad de avalar las mismas. Nótese que es importante tomar en cuenta la definición penal de funcionario público para conceptualizar a la “función pública”, porque para ser funcionario público a efectos penales es necesario cumplir dos requisitos: 1) incorporación

¹¹⁷ *Ibidem.*

¹¹⁸ **Artículo 425.** *Funcionario o servidor público*

Son funcionarios o servidores públicos:

1. *Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*
2. *Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*
3. *Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.*
4. *Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.*
5. *Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.*
6. *Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.*
7. *Los demás indicados por la Constitución Política y la ley”*

heterónoma a la función pública y 2) posibilidad de participar en la “función pública”. Luego, la definición de “función pública” a efectos penales no puede ser más restrictiva que la definición penal de funcionario público, ya que todo funcionario público ejerce funciones públicas.

En efecto, según el inciso 3° del art. 425° CP, a efectos penales, para ser funcionario público no interesa la naturaleza jurídica del régimen bajo el que se halle el funcionario (privado o público), por lo que mal puede sostenerse que función pública es la que sólo se ejerce por entes regulados por el régimen de Derecho público (tesis formal). Asimismo, el inciso 4° del art. 425° CP establece que son considerados funcionarios públicos los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, por lo que se entiende que no es necesario que los mismos estén adscritos al aparato burocrático estatal (como sí lo exigen las tesis ecléctica y teleológica estricta).

Del mismo modo, **creemos que la tesis teleológica extensiva resulta demasiado amplia para definir a la “función pública”, pues permitiría abarcar a las actividades de diversas empresas privadas que cumplen una función prestacional importante en la sociedad (piénsese, por ejemplo, en algunos supermercados)**. Si se siguiese esta teoría, se correría el riesgo de adjetivar como “público” una inmensa variedad de actividades que en la actualidad, debido al modelo de economía social del libre mercado, se encuentran en manos de privados.

Por ello es que -sin tratar de ser exhaustivos en esta problemática dogmático-penal- **creemos que la tesis más razonable es la tesis teleológica**

intermedia. Esta tesis permitiría comprender, a efectos penales, como función pública a aquellas actividades que son realizadas por instituciones o empresas públicas adscritas al régimen de sociedades privadas o concesionarios privados que cumplen determinados servicios públicos especiales. En estos casos, como bien señala el Prof. Abanto Vásquez, no todos los que trabajen en estas sociedades privadas serán considerados funcionarios públicos a efectos penales, sino sólo aquellos que ejercen funciones públicas dentro de ellos, estos es, los administradores y directores de ellas¹¹⁹.

En este sentido, siguiendo al Prof. Abanto Vásquez, el concepto penal de “función pública” como aspecto central del bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública, desde nuestro punto de vista, incluiría las siguientes actividades: **las actividades tradicionales de la Administración estatal, los servicios públicos prestados de manera delegada por particulares no insertados en el aparato burocrático del Estado, y las actividades de entidades públicas bajo el régimen del sector privado**¹²⁰.

En efecto, el concepto de bien jurídico-penal como “correcto desempeño de la función pública” o “correcto funcionamiento de la administración pública” es el que mejor se adecúa a la definición de bien jurídico-penal que hemos establecido anteriormente, toda vez que propone un concepto de administración pública o de función pública orientado a los valores de la Constitución y a la garantía de los derechos e interés de la persona humana mediante la recepción de servicios públicos por parte del Estado.

¹¹⁹Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. Lima: Palestra, 2003. p. 31.

¹²⁰Ibíd. p. 30 y 31.

No cabe duda de que la función pública y su adecuado ejercicio son un interés o valor constitucionalmente protegido. Dicha protección penal, en este ámbito, se ve influido y reforzado por las normas constitucionales, toda vez que, si bien nuestra Constitución no ha reconocido explícitamente los principios que son parámetro de actuación de la administración pública- a comparación de la Constitución española¹²¹ por ejemplo-, del artículo 39° de la Constitución se ha deducido el principio genérico de “buena administración” en la función pública.

1.2.2.4 El “correcto funcionamiento de la administración pública” como bien jurídico general o *ratio legis*

Ahora, una de las críticas que se le ha formulado a la teoría del “correcto funcionamiento de la administración pública” es que este concepto es una noción muy amplia y abstracta que no permitiría interpretar cabalmente cada tipo penal¹²². Desde nuestro punto de vista, dicha crítica sería infundada, puesto que lo que se identifica en el bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública” es un “bien jurídico general” o “bien jurídico mediato” para todos los delitos contra la función pública, el cual sería útil para lo siguiente: i) entender las razones político-criminales que fundamentan o legitiman la intervención penal en el ámbito de la administración pública; ii) cumple una función de sistematización de todos los tipos penales funcionariales específicos; y iii) puede servir como criterio a tomar en

¹²¹El artículo 103° numeral 1° de la Constitución española establece que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

¹²²En este sentido, SOTO NAVARRO, Susana. p. 265

cuenta para medir la gravedad del hecho y determinar la pena concreta, en la medida que el delito puede incidir mediatamente sobre el “correcto funcionamiento de la administración pública”, además de menoscabar el bien jurídico directamente protegido¹²³.

Creemos que, como sostiene Martínez-Buján, **el bien jurídico mediato en puridad no sería propiamente un bien jurídico-penal-por lo menos no como tradicionalmente ha sido entendido por la doctrina penal-, sino una *ratio legis* o fundamento político-criminal de la incriminación¹²⁴** que, en todo caso, es útil para categorizar grupo de delitos concretos así como para incidir en la determinación de la pena. No obstante, en nuestra opinión, el bien jurídico mediato no constituye el criterio de determinación del desvalor de resultado del injusto penal ni contribuye a realizar una función hermenéutica del tipo penal¹²⁵

De esta manera, el bien jurídico general o mediato “correcto funcionamiento de la administración pública” debe ser concretizado en un “bien jurídico específico”, dependiendo del determinado tipo penal que se analice. Conforme establece De la Mata Barranco, *“la alusión al correcto funcionamiento de la Administración, bien jurídico categorial o finalidad tuitiva común según diferentes terminologías, constituye una referencia genérica y poco indicativa del contenido sustancial del injusto (...)”*¹²⁶

¹²³ Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. op. cit. pp. 162 y 163.

¹²⁴ Ibíd. p. 158 y ss.

¹²⁵ El bien jurídico genérico no posibilitaría, entre otras cosas, la solución del concurso de delitos.

¹²⁶ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. op. cit. p. 52. Esta opinión también ha sido compartida por FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Español de 1995. op. cit. p. 702.

El núcleo del injusto de cada tipo penal funcional deberá concretarse a partir de las características esenciales de la actividad funcional administrativa de que se trate¹²⁷. **Este “bien jurídico específico”, “bien jurídico representante”, “bien jurídico inmediato”, “objeto de tutela” o “bien jurídico propiamente dicho” sería el que cumple la función interpretativa de cada tipo penal y sería el que es lesionado o puesto en peligro por la conducta típicamente antijurídica.**

Desde nuestro punto de vista, “el correcto funcionamiento de la administración pública” es el bien jurídico mediato protegido por todas las figuras de los delitos contra la administración pública. Dicho bien jurídico tiene naturaleza colectiva, como hemos explicado precedentemente, pero se concreta en un determinado objeto de tutela o bien jurídico inmediato o específico. Para el análisis que nos ocupa, el “correcto funcionamiento de la administración pública” es el bien jurídico mediato tutelado por los delitos del Art. 387° CP, mientras que “el patrimonio público en sentido funcional” o “la correcta gestión del patrimonio público” sería el bien jurídico inmediato o bien jurídico propiamente dicho. Esto último lo analizaremos con detalle en el próximo capítulo cuando nos detengamos a explicar el bien jurídico específico protegido por los delitos del Art. 387° CP.

Ahora bien, el bien jurídico mediato colectivo podrá tener como bien jurídico inmediato a uno de naturaleza individual o colectiva. En el presente caso, en semejanza con lo que sucede con en el delito de defraudación tributaria¹²⁸, el bien

¹²⁷Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. loc. cit.

¹²⁸Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria. En: Estudios Penales y Criminológicos, XVIII, 1995. pp. 163 y ss.

jurídico inmediatamente protegido por los delitos del Art. 387° CP es uno de naturaleza colectiva, cual es el “patrimonio público”.

Ambos bienes jurídicos (mediato e inmediato o general y específico) tienen naturaleza colectiva, en tanto que, como hemos sostenido anteriormente, ambos cumplen una función social y son de titularidad social, sin posibilidad de ser divididos y atribuidos individualmente a cada persona. Sobre la naturaleza y función del “patrimonio público” como bien jurídico inmediato o específico del delito del Art. 387° CP abundaremos en el siguiente capítulo.

1.3 El bien jurídico-penal protegido en el delito del Art. 387 CP

A continuación, abordaremos el estudio de las distintas teorías que se han formulado para delimitar el objeto de protección en el delito de peculado o malversación de caudales públicos. El análisis del bien jurídico específico tutelado por esta figura penal será de suma utilidad para el estudio de la modalidad delictiva de administración desleal de patrimonio público -objeto central del presente trabajo-, puesto que, como se explicará más adelante, esta modalidad protege el mismo bien jurídico que el delito de peculado, pero frente a un tipo de conductas nocivas distintas a las apropiaciones de bienes.

En la doctrina se han planteado diferentes teorías respecto de cuál es el bien jurídico-penal protegido por el delito de peculado. Así, nosotros clasificaremos las diferentes posturas doctrinales sobre el particular en cuatro grandes grupos para, luego, tomar postura al respecto: Primero, **la teoría de la infracción de**

deberes funcionariales específicos; segundo, las teoría patrimonialistas tradicionales; tercero, la teoría de la pluriofensividad; y, cuarto, la teoría patrimonialista funcionalista.

a) Teoría de la infracción de deberes funcionariales específicos

Es de recordar aquí que, cuando explicábamos las distintas teorías referentes al concepto y naturaleza del bien jurídico genérico en los delitos contra la administración pública, había una tesis que identificaba el objeto de protección en los distintos deberes que los funcionarios públicos debían observar en el ejercicio de su cargo (teoría del “deber del cargo”). Esta tesis se condeciría con la teoría que postula que el bien jurídico específico protegido por el delito de peculado es la infracción de determinados deberes funcionales. Es decir, mientras que la finalidad tuitiva o fundamento de los delitos funcionariales es la observancia de los diversos deberes que rigen en la función pública, el delito de peculado protegería específicamente alguno de dichos deberes.

En esta lógica, en la doctrina española, Morales García ha sostenido que el deber específicamente tutelado por la malversación de caudales es el “**deber de eficacia**”¹²⁹. Según este autor, la malversación de caudales o efectos públicos se endereza a la protección del principio de eficacia, toda vez que a través de la apropiación de los medios financieros de la Administración se impide a esta la

¹²⁹ Así MORALES GARCÍA, Oscar. Los delitos de malversación. Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos. Aranzadi: Navarra, 1999. p. 92.

consecución del fin para el cual fueron asignados¹³⁰. Según este autor, por eficacia se entendería a la satisfacción de un requisito funcional de la institución pública, esto es, la realización de un resultado final. De esta manera, la eficacia comprendería al principio de eficiencia, el cual permitiría subsumir en el tipo de malversación aquellas actuaciones que obtienen un resultado, pero con un mayor gasto del posible¹³¹.

En la doctrina española también identificamos en esta corriente a la postura de Suarez Montes, quien sostiene que el núcleo del injusto en este delito lo constituye la “infidelidad” en el manejo del acervo público; es decir, el incumplimiento o infracción de deberes concretos en la gestión del patrimonio¹³². Del mismo modo, Díaz Palos sostiene que en la malversación se tutela la “probidad” y “fidelidad” a la función en el manejo de los caudales públicos o a ellos asimilados¹³³. Según este autor el objeto de protección sería, por tanto, la integridad o rectitud que los funcionarios públicos deben tener en el manejo de los fondos públicos.

De otro lado, en la doctrina colombiana se adhiere a esta corriente teórica Castro Cuenca¹³⁴, quién reconoce como bien jurídico-penal protegido por este delito al “**principio de eficiencia**”. Según este autor, la observancia del deber de eficiencia en la actuación del funcionario público es constatada a partir del examen de una pluralidad de exigencias según el punto de vista que se tome: Desde una

¹³⁰ Ibídem.

¹³¹ Ibídem. p. 100.

¹³² Cfr. SUAREZ MONTES citado por DE LA MATA BARRANCO, Norberto y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación por funcionario de caudales públicos. Bosch: Barcelona, 1995. p. 65 y 66.

¹³³ Cfr. DIAZ PALOS citado por DE LA MATA BARRANCO, Norberto y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. op. cit. p. 68.

¹³⁴ Cfr. CASTRO CUENCA, Carlos G. op. cit. pp. 116-119.

perspectiva temporal, se exige la agilidad en la toma de decisiones; desde una perspectiva material, se exige la satisfacción regular y continua de la necesidad pública mediante la prestación continuada de servicios públicos; desde un punto de vista económico, se exige la eficiencia en el gasto de los recursos públicos; desde una perspectiva subjetiva, se exige la protección de la igualdad y de la uniformidad en el funcionamiento de la administración pública; por último, desde una perspectiva interinstitucional, se exige la coordinación interinstitucional y la ponderación de los intereses públicos encarnados por otras administraciones.

b) Teoría patrimonialistas tradicionales

En términos generales, los autores que se adscriben a esta tesis patrimonialista del bien jurídico-penal específico en el delito de peculado o malversación de caudales públicos consideran que lo que se tutela aquí es el patrimonio o acervo público. Se centra el análisis y la constatación de la lesividad de la conducta del funcionario en el menoscabo del acervo patrimonial del Estado.

Esta teoría ha sido formulada en razón a la existencia de algunos ordenamientos jurídicos, como el alemán, en el cual no existe un tipo penal autónomo de peculado, sino que se sanciona este tipo de conductas mediante los tipos comunes de apropiación indebida o gestión desleal de negocios ajenos¹³⁵. Es decir, **se concibe al peculado como un delito contra la propiedad pública en contraposición con la propiedad privada**. No obstante lo anterior, incluso

¹³⁵Cfr. ROCA AGAPITO, Luis. El delito de malversación de caudales públicos. Bosch: Barcelona, 1999. p. 32.

respecto de los ordenamientos en los que se tipifica de manera independiente el delito de peculado, existen posiciones que conciben a este delito desde un punto de vista exclusivamente patrimonial.

Se señala que la tesis puramente patrimonialista del bien jurídico tendría, entre otras cosas, una justificación histórica, en tanto el delito de peculado o malversación tendría como antecedente el crimen de *peculatus* o *peculatus publicus* del Derecho romano. En dicha época se sancionaba con este delito a aquellos que hurtaban determinados bienes de especial relevancia¹³⁶. Es decir, lo único que interesaría destacar en el delito de peculado para diferenciarlo de un hurto o una apropiación indebida común es la naturaleza pública del bien.

c) Teoría de la pluriofensividad

Según los partidarios de esta teoría, lo que se pretende tutelar con el delito de peculado es una pluralidad de bienes. Este delito detentaría una **doble naturaleza: la infracción de un deber de fidelidad del funcionario y el menoscabo del patrimonio público.**

Dentro de este grupo de autores podemos ubicar a Cuello Calón, quien, refiriéndose a los delitos de malversación de caudales en la legislación española, señala que en éstos se reprime, tanto el perjuicio económico, como el abuso de confianza depositado en el funcionario público¹³⁷. En la misma línea, Muñoz Conde

¹³⁶Ibíd. p. 33 y 34.

¹³⁷Cfr. CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Vol. 1. Bosch: Barcelona, 1980. p. 450.

considera que este delito constituye una infracción del deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario público para la Administración, pero, además, representa un ataque contra los intereses patrimoniales del Estado, dada su naturaleza patrimonial evidente¹³⁸.

En la doctrina peruana, dentro de esta corriente dualista del bien jurídico se reconoce a Fidel Rojas. Según este autor, el peculado es un delito pluriofensivo que tiene como objeto de protección a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, asegurando una correcta administración del patrimonio público, y b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad¹³⁹.

Cabe señalar que esta posición doctrinal dualista del bien jurídico protegido en el delito de peculado o malversación ha sido recogida por nuestra jurisprudencia nacional vinculante en el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República de 30 de setiembre de 2005, el cual sostuvo lo siguiente:

“El bien jurídico [del delito de peculado] se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico - penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”¹⁴⁰.

¹³⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal. Parte especial. Tirant lo Blanch: Valencia, 1990. p. 774.

¹³⁹ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. op cit. p. 480.

¹⁴⁰ Ver el fundamento 6° del Acuerdo.

Por último, hay que agregar que también existen autores que reconocen más de dos bienes jurídicos o más de dos vertientes del bien jurídico protegido de este delito. Así, Ferrer Sama reconoce una naturaleza tripartita del bien jurídico del peculado, señalando que este está constituido por i) los deberes especiales del funcionario público, ii) los intereses de índole patrimonial del Estado, y iii) las propias entidades públicas¹⁴¹.

d) Teoría patrimonialista funcionalista

A diferencia de lo que sostiene las tesis patrimonialistas tradicionales, la tesis patrimonialista en su vertiente funcional entiende que el peculado o malversación de caudales protege el **patrimonio público en tanto sirve como instrumento para la consecución de los fines públicos asignados a la administración pública**. Desde una concepción “funcional” del patrimonio se centra el injusto penal en la “adecuada gestión del patrimonio público”¹⁴² para la consecución de los fines prestacionales de la administración pública. El patrimonio público es protegido penalmente en tanto sirve para la consecución de los fines prestacionales de la administración pública y dicha funcionalidad se encuentra objetivada y garantizada legalmente, a través de los procedimientos administrativos respectivos, con base a los intereses generales¹⁴³.

¹⁴¹Cfr. FERRER SAMA citado por DE LA MATA BARRANCO, Norberto. op. cit. p. 55.

¹⁴²Cfr. ROCA AGAPITO, Luis. op. cit. p. 162.

¹⁴³Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. op. cit. 107.

Es decir, **la funcionalidad del patrimonio público se encuentra garantizada por los estándares administrativos de actuación funcional**, por lo que, en principio, cuando se violen dichos estándares se podrá verificar –aunque no necesariamente- la lesión al bien jurídico protegido.

En principio, “(...) *cualquier intervención susceptible de lesionar dicha funcionalidad, al margen de la existencia de un menoscabo cuantificable numéricamente, habrá de considerarse típica (...)*¹⁴⁴”, salvo que dicha intervención sea completamente inidónea para frustrar el cumplimiento de los fines asignados a los concretos fondos públicos. Es por ello que la lesión o puesta en peligro del patrimonio público (desvalor de resultado) debe entenderse como **el menoscabo de la aptitud en el tiempo oportuno de los recursos públicos para cumplir los fines públicos legalmente prefijados**¹⁴⁵. El perjuicio patrimonial en el peculado, entonces, desde una óptica dinámica y funcional, está referido al perjuicio del potencial patrimonial de la Administración para el cumplimiento de sus fines¹⁴⁶. Si la actuación irregular del funcionario es completamente inidónea para generar este tipo de menoscabo, entonces no se configurará el injusto de peculado o malversación de caudales.

En el ámbito español, además del Prof. De la Mata, se adscriben a esta teoría patrimonialista funcional Rodríguez Devesa y Serrano García, quienes afirman que los delitos de malversación afectan el patrimonio público, entendido como los intereses patrimoniales del Estado, la provincia, el municipio y, en

¹⁴⁴Ibídem.

¹⁴⁵Ibídem.

¹⁴⁶Ibíd. 106.

general, de los entes públicos¹⁴⁷. Dicho autor se remite a la confianza depositada en el funcionario público para diferenciar la malversación de la protección penal común del patrimonio privado. En el mismo sentido, Queralt Jiménez señala que lo particular del delito de malversación de caudales públicos es que se afecta a la hacienda pública en su vertiente de “gasto”. Según este autor, el legislador pretende asegurar que los bienes públicos sean administrados conforme a las finalidades legales establecidas¹⁴⁸.

En el contexto peruano, el Prof. Abanto Vásquez parece también adherirse a esta corriente de pensamiento, toda vez que reconoce como objeto de protección en el peculado al patrimonio público entendido de manera “funcionarial”. En términos del autor, *“(…) el interés inmediatamente protegido (para algunos el bien jurídico) será solamente el patrimonio de la Administración Pública, pero un patrimonio con características especiales que lo hacen diferente de aquel del particular (...)”*¹⁴⁹. Es por ello que prefiere denominar al bien jurídico protegido en el peculado como “la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración Pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad”¹⁵⁰.

e) Toma de postura

¹⁴⁷Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GARCÍA, Alfonso. Derecho Penal Español. Parte especial. Dykinson: Madrid, 1994. p. 1181

¹⁴⁸Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. Derecho penal español. Parte Especial. Vol. II. Bosch: Barcelona, 1987. p. 463.

¹⁴⁹ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano. op. cit. p. 333.

¹⁵⁰Ibídem.

En primer lugar, respecto de la teoría de la infracción de deberes funcionariales específicos, desde nuestro punto de vista, esta tesis no puede ser compartida, puesto que, como bien apunta sector de la doctrina, **el injusto penal no puede reducirse a la mera infracción formal de determinados deberes administrativos funcionariales**¹⁵¹. Si se suscribiera esta tesis se correría el riesgo de considerar a este delito y a los demás delitos funcionariales como “delitos de mera actividad”¹⁵², en tanto sólo importaría apreciar la violación de determinados deberes funcionariales para considerar que el injusto penal se ha configurado. Asimismo, este planteamiento convertiría a estos delitos en delitos de peligro abstracto¹⁵³ que impediría dogmáticamente sancionar las conductas tentadas¹⁵⁴.

De otro lado, tampoco se puede compartir esta tesis, ya que la misma propondría un **enfoque de la función pública de corte autoritario**; es decir, se centraría en la relación funcionario público-Administración, dejando en un segundo plano secundario la relación con los ciudadanos receptores de los servicios públicos. Como se dijo, en un Estado Social de Derecho como el nuestro no sería adecuado concebir una Administración por encima de los intereses ciudadanos.

Asimismo, se puede criticar a esta teoría el hecho de que utiliza términos muy vagos y amplios para definir el objeto de protección penal, lo cual dificulta la

¹⁵¹Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. op. cit. p. 72.

¹⁵²Según BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General. Temis: Santa Fe de Bogotá, 1996. p. 102 y MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. op. cit. p. 172 en los delitos de mera actividad sólo cabe apreciar la realización de la acción típica para apreciar el desvalor de resultado. Aunque este último autor señala que la conducta del autor tendrá que ser idónea *ex ante* para realizar el tipo.

¹⁵³Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. loc. cit.

¹⁵⁴Se sancionaría un peligro demasiado remoto (peligro de peligro).

resolución de la problemática de los concursos. **Los términos “probidad”, “lealtad” o “fidelidad” resultan de poca ayuda para poder determinar en el caso concreto cuando se produjo una afectación del bien jurídico.** Dicha incertidumbre en la delimitación de los conceptos puede conllevar a un punitivismo inaceptable desde nuestra concepción de un Derecho Penal con finalidades garantistas además de preventivas¹⁵⁵.

Por otro lado, en cuanto a la teoría patrimonialista tradicional, en primer lugar, habría que mencionar **que los tipos penales de peculado no protegen específicamente la propiedad¹⁵⁶, sino el patrimonio en sentido lato¹⁵⁷.** El patrimonio es entendido de una manera más amplia que el derecho de propiedad, puesto que no sólo protege al que tiene el derecho de propiedad sobre un bien, sino a aquel que de manera genérica detenta algún derecho real u personal (obligacional) sobre él. Dentro de este patrimonio se encuentran distintos valores patrimoniales que pueden verse afectados, tales como la propiedad, la posesión, el derecho de uso, etc.¹⁵⁸. Como se explicará más adelante, en el delito de peculado, la administración pública como sujeto pasivo del delito puede ser propietaria, como también poseedora o usufructuaria del objeto material del delito.

En segundo lugar, en nuestro ordenamiento jurídico-penal, como en el español, la tipificación del delito de peculado es independiente de los delitos

¹⁵⁵En esta misma línea DE LA MATA BARRANCO, Norberto y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. op. cit. p. 74.

¹⁵⁶Tradicionalmente se ha señalado que los delitos patrimoniales comunes, como el hurto por ejemplo, protegen la propiedad, entendida esta como la completa relación de señorío de la persona sobre determinada cosa, porque sujeto activo del delito nunca puede ser el dueño o propietario de la cosa [Cfr. BAJO FERNANDEZ, Miguel y otros. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Centro de Estudios Ramón Areces: Madrid, 1993. p. 64 y 65].

¹⁵⁷ Cfr. CREUS, Carlos. Delitos contra la administración pública. Astrea: Buenos Aires p. 311.

¹⁵⁸Cfr. BAJO FERNANDEZ, Miguel y otros. op. cit. p. 265 y 266.

comunes contra el patrimonio, por lo que no necesariamente aquel tendría que proteger sólo la propiedad -como sí sucede con los delitos patrimoniales comunes de hurto o apropiación indebida-, sino también otros derecho reales o personales que recaen sobre bienes integrantes del patrimonio público.

Desde nuestro punto de vista, el delito del Art. 387° CP se diferencian de los demás delitos patrimoniales comunes, fundamentalmente, porque exige en el **sujeto activo del delito una especial situación de accesibilidad para la vulneración del bien jurídico**. El patrimonio es protegido en los delitos del Art. 387° CP de frente a los ataques que provienen de funcionario públicos que tienen deberes especiales de gestión respecto de él. El peculado no es un tipo penal agravado del hurto o apropiación ilícita sólo por la especial cualidad del sujeto activo o de los caudales, sino que fundamentalmente es un tipo penal autónomo caracterizado por la dependencia entre los caudales y el funcionario¹⁵⁹. Sobre este punto, Roca Agapito sostiene acertadamente lo siguiente:

“Esta especial relación entre el funcionario y los caudales es lo que dota a la malversación de una naturaleza no meramente patrimonialista, y lo que también justifica que se encuentre regulada dentro del Título de los delitos contra la administración pública. El que el ataque al patrimonio provenga del funcionario que específicamente tiene la obligación de custodiar y gestionar los caudales, hace que lo que se vea comprometido en este delito sea la correcta gestión de los fondos públicos”¹⁶⁰.

En tercer lugar, la pretendida justificación histórica de esta posición doctrinal es desacertada, puesto que, como afirma Carrara, en el Derecho cesáreo prevaleció la consideración de la “fe traicionada” y de la “facilidad para delinquir”

¹⁵⁹Cfr. ETXEBARRIA ZARABEITIA, Xavier. Malversación de caudales públicos. En: Delitos contra la administración pública. ASUA BATARRITA, Adela (editora). Instituto Vasco de Administración Pública: Bilbao, 1997.p. 184.

¹⁶⁰Cfr. ROCA AGAPITO, Luis. op. cit. p. 162.

de ciertos sujetos como criterios para distinguir al hurto común del *peculatus*¹⁶¹. Asimismo, posteriormente, la concepción de la “fe traicionada” fue la recogida durante una parte de la Edad Media, en donde -en España- se exigía para la configuración del *peculatus* una condición personal especial del sujeto activo –se hacía referencia al “despensero” del Rey-¹⁶².

En cuarto lugar, habría que señalar que esta concepción patrimonialista tradicional entiende al patrimonio público en sentido estático. Es decir, aquí se entiende al patrimonio público como si este sólo pretendiera ser guardado a buen recaudo por su titular¹⁶³. Cabe notar que actualmente el Estado no se comporta como cualquier agente económico que busca preponderantemente la obtención de ganancias. Nuestro actual modelo de Estado Social de Derecho¹⁶⁴ exige entender al patrimonio público en un sentido dinámico; esto es, la definición de patrimonio público debe abarcar dos aspectos: 1) su movilidad o carácter circulante y 2) su vinculación a los fines prestacionales de la administración pública¹⁶⁵.

Respecto del primer aspecto mencionado, De la Mata y Etxebarria señalan que el patrimonio público “(...) *no es un patrimonio estáticamente calculable, sino que se define por el proceso de captación y gasto al que sus elementos concretos están sometidos en un flujo circulatorio constante*”¹⁶⁶. En este sentido y en lo que se refiere al segundo aspecto, el patrimonio público no puede ser concebido de la misma forma en la que es concebido el patrimonio privado, pues los fines que

¹⁶¹ Cfr. CARRARA citado por ROCA AGAPITO, Luis. op. cit. p. 34.

¹⁶² Cfr. ROCA AGAPITO, Luis. op. cit. p. 35.

¹⁶³ *Ibíd.* p. 38.

¹⁶⁴ Ver al respecto el capítulo 1 de la presente investigación.

¹⁶⁵ *Ibíd.*

¹⁶⁶ DE LA MATA BARRANCO, Norberto y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. op. cit. p. 97 y 98.

cumplen son distintos. **El patrimonio público está protegido sólo como la base material de la función política prestacional del Estado.**

Por último, creemos que si bien el objeto de protección en los delitos del Art. 387° CP es el patrimonio público, su identificación requiere necesariamente una justificación especial –desde nuestro punto de vista, se requiere una justificación funcional-, de tal manera que se le pueda distinguir de las definiciones que tradicionalmente se han empleado para el patrimonio privado.

No creemos que el patrimonio público pueda ser simplemente entendido desde una concepción mixta jurídico-económica, que es la concepción que impera en la doctrina para los delitos patrimoniales comunes¹⁶⁷. Según la concepción mixta jurídico-económica, “(...) *el patrimonio abarca aquellos bienes patrimoniales que tienen valor económico y que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica (...)*”¹⁶⁸. Desde esta perspectiva, el perjuicio patrimonial es entendido como la disminución, económicamente evaluable, del acervo patrimonial que jurídicamente corresponde a una persona.

En el delito del Art. 387° CP, es insatisfactoria la propuesta de perjuicio patrimonial explicada en el párrafo anterior, toda vez que **no sólo se debe medir objetivamente (contablemente) el daño causado al patrimonio, sino que se requiere la valoración de los fines públicos que se ven frustrados con la actuación antijurídica**. Como señala De la Mata, “(...) *la objetividad del baremo*

¹⁶⁷ Así lo afirma PASTOR MUÑOZ, Nuria. La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho Penal patrimonial y económico. En: La teoría del delito en la práctica penal económica. Jesús María Silva Sánchez (Coordinador). La Ley: Madrid, 2013. pp. 88-90.

¹⁶⁸ HUERTA TOCILDO citada por DE LA MATA BARRANCO, Norberto y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. op. cit. p. 86. En el

económico para definir la existencia del daño patrimonial no refleja la realidad de numerosos supuestos en que la importancia patrimonial de un bien no se puede captar prescindiendo de la concreta situación que se analiza (...) ¹⁶⁹”

En cuanto a la teoría de la pluriofensividad del bien jurídico del peculado, tampoco se puede compartir la misma, puesto que para llevar a cabo una mejor interpretación teleológica del tipo penal es preferible identificar un solo bien jurídico debidamente delimitado. No sería lo más adecuado para apreciar el desvalor de resultado de un hecho típico que se identifiquen varios bienes jurídicos protegidos, ya que no se sabría de manera cabal cuándo se produce la antijuridicidad material de la conducta: ¿Cuándo se produce la lesión o puesta en peligro de un solo bien jurídico o cuándo se produce la lesión o puesta en peligro de los dos o más bienes jurídicos identificados?

Del mismo modo, esta tesis de la pluriofensividad no ayudaría a resolver el problema de concursos que se pudiera originar con otras figuras delictivas. Como es sabido, la determinación de los bienes jurídicos protegidos por dos delitos sirve para solucionar la problemática dogmática del concurso aparente de delitos o leyes penales¹⁷⁰, el cual pretende evitar un *bis in ídem* inconstitucional¹⁷¹. Así, siempre que se considere que lo único decisivo para apreciar una “identidad de fundamento” en la punición es el bien jurídico protegido¹⁷², identificar en el delito

¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁷⁰ Cfr. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. op. cit. p. 646.

¹⁷¹ Sobre el reconocimiento constitucional del principio *ne bis in ídem* ver la sentencia del Tribunal Constitucional N° 2050-2002-AA/TC de 16 de abril de 2003.

¹⁷² Tradicionalmente se ha considerado que para apreciar un *bis in ídem* inconstitucional se debe apreciar una triple identidad entre los ilícitos: identidad de sujetos, identidad de hecho e identidad de fundamento. Nuestro Tribunal Constitucional ha entendido en su sentencia N° 0002-2001-AI/TC de 04 de abril de 2001 (Fundamento 19°) que la identidad de fundamento se equipara a la identidad de bien jurídico protegido.

del Art. 387° CP una variedad de bienes jurídicos protegidos generaría confusión, pues no se sabría si puede concurrir – en concurso real o ideal- o no con otro delito o ilícito sin afectar el principio de *ne bis in ídem*.

A nuestro juicio, los autores que defienden la pluriofensividad de este delito confundirían en un mismo plano valorativo el desvalor de acción con el desvalor de resultado del delito. En efecto, que la conducta de apropiación o utilización del funcionario público suponga el quebrantamiento de ciertos deberes no significa que éste sea el núcleo del injusto penal. **La infracción de ciertos deberes específicos en la gestión del patrimonio público sería sólo un presupuesto objetivo necesario para la afirmación de una lesión penalmente relevante del patrimonio público –auténtico bien jurídico del delito-¹⁷³**. De esta manera, quien no violando los deberes especiales de gestión adecuada del patrimonio público perjudica patrimonialmente al Estado, no será sancionado por el delito del Art. 387° CP, pues su conducta resultará atípica.

A nuestro juicio, la tesis funcional del patrimonio es la que mejor se ajusta a nuestro esquema de intervención penal en el ámbito de la función pública. En un Estado Social de Derecho como el nuestro el patrimonio público y su correcta gestión deben ser protegidos penalmente en tanto sirven para que la Administración cumpla con sus fines constitucionales. Del mismo modo, el reconocer al patrimonio público en clave funcional como bien jurídico protegido permite delimitar de mejor manera el injusto del delito de peculado, diferenciándolo de otras figuras penales como el cohecho, el tráfico de influencias, etc. Ello, pues,

¹⁷³En este sentido, OCTAVIO TOLEDO citado por DE LA MATA BARRANCO, Norberto y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. op. cit. p. 75.

aunque esta tesis reconoce la presencia de una infracción de deberes funcionales diversos en la comisión del delito –deberes que también se pueden verse violados en otros delitos funcionariales-, centra la verificación del “desvalor de resultado” (antijuridicidad material) en la afectación de la correcta gestión del patrimonio público.

Como ya hemos sostenido anteriormente en la crítica a la teoría de la infracción del deber, el núcleo del injusto penal en los delitos contra la función pública y, en general, en todos los delitos especiales no puede ubicarse en el quebrantamiento de determinados deberes. A nuestro juicio y siguiendo al Prof. Schunemann en este punto, **los delitos especiales –dentro de los que se encuentra el peculado- encuentran su fundamento en la especial vulnerabilidad del bien jurídico con respecto al autor descrito en el tipo penal**¹⁷⁴. La razón de ser general de los distintos deberes especiales presentes en los delitos especiales es la situación de desamparo o desprotección del bien jurídico respecto del *intraeus*, quien se encuentra en una especial posición social que le da acceso a la lesión del bien jurídico. Aquí el bien jurídico es intensamente protegido debido a la especial vulnerabilidad que presenta frente a los posibles ataques **de sujetos cualificados por su especial posición social**¹⁷⁵. En el caso de los delitos contra la administración pública, el funcionario público (*intraeus*) tiene una especial vinculación con la protección del bien jurídico, pues se haya inserto dentro de la estructura de la administración estatal (posición social). El

¹⁷⁴Cfr. GOMEZ MARTIN, Víctor. Los delitos especiales. Edisofer: Madrid, 2006. p. 202

¹⁷⁵Ibíd. p. 203.

desempeño de las funciones sociales propias del cargo público e inherentes al *status* de funcionario público permite el acceso típico al bien jurídico¹⁷⁶.

Así pues, como sostiene el Prof. De la Mata, no se desconoce en los delitos contra la función pública la relevancia de los deberes propios del cargo público, de hecho, dichos deberes se le imponen al funcionario apenas es considerado como tal; sin embargo, la incriminación de su actuación ilegítima obedece a proteger la correcta prestación de servicios públicos, que en el caso concreto del peculado es la correcta gestión de los recursos públicos¹⁷⁷. **La cualidad del sujeto activo (funcionario) en los tipos penales especiales tiene su fundamento en la especial relación de aquel con el bien jurídico específico protegido, relación que da cuenta de una especial y mayor vulnerabilidad de éste respecto de la persona a la que es confiado**¹⁷⁸.

Es así que esta clase de delitos especiales supone la presencia de un **deber de garante del sujeto activo funcionario público que consiste en la protección del bien jurídico en situación de desamparo**. Como señala el profesor Schunemann, la infracción del deber extrapenal puede ser utilizada como *ratio cognoscendi* de la infracción del deber de garante, mas no como *ratio escendi*¹⁷⁹. En nuestro caso, los deberes que se le imponen al funcionario público forman parte esencial de los delitos funcionariales, en tanto definen el deber de garante del funcionario; estos deberes forman parte del tipo

¹⁷⁶Cfr. VASQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. op. cit. p. 331.

¹⁷⁷Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. op. cit. p. 104.

¹⁷⁸Ibíd. p. 105.

¹⁷⁹Cfr. SCHUNEMANN citado por GOMEZ MARTÍN, Víctor. op. cit. p. 203.

penal como datos delimitadores del ámbito penal, pero no se erigen como su objeto de protección¹⁸⁰.

En cuanto al delito de peculado, el titular del patrimonio público es el Estado -en tanto ha sido delegado por los ciudadanos o la sociedad para administrar el mismo- quien a su vez confía la administración del mismo a los específicos funcionarios públicos. Como sostiene Rueda Martín, los sujetos especiales que por su especial posición social ejercen el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico asumen una posición de garante, porque tendrán el deber de garantizar su protección¹⁸¹.

En el caso específico del peculado, esta relación entre sujeto activo y bien jurídico se hace más evidente a partir de lo establecido explícitamente por el tipo penal. En él se señala que el sujeto activo debe ser aquel funcionario que tiene confiado por razón de su cargo el patrimonio público. Es decir, se exige una vinculación funcional especial entre funcionario y bien público.

¹⁸⁰ Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. loc. cit.

¹⁸¹ Cfr. GRACIA MARTIN Y RUEDA MARTIN citados por GOMEZ MARTÍN, Víctor. op. cit. p. 209.

CAPITULO II

EL DELITO TRADICIONAL DE “PECULADO POR APROPIACIÓN” PREVISTO EN EL ARTÍCULO 387° CP

Una vez que hemos tomado postura sobre el concepto de administración pública en un Estado social y democrático de Derecho, el bien jurídico genérico o finalidad tuitiva presente en los delitos contra la función pública y el bien jurídico específico protegido por el delito de peculado doloso del artículo 387° CP; corresponde analizar algunos elementos típicos relevantes del delito de peculado doloso tradicional a fin de delimitar cabalmente su ámbito de aplicación.

Así, se analizará en este apartado el sujeto activo del delito, el objeto material de la acción, los elementos de “custodia”, “percepción” y “administración”; y los verbos rectores del delito. Sobre este último punto de análisis, en primer lugar, a partir de las distintas teorías que se han formulado sobre el particular, se conceptualizará el elemento típico de “apropiación”. Sobre la base de esta conceptualización se podrá analizar las conductas de uso que constituyen “apropiaciones” típicas y los usos que son penalmente irrelevantes. Luego, en segundo lugar, se abundará sobre la conceptualización del verbo rector “utilizar”, el cual, a nuestro juicio, se aplica para supuestos en los cuales el funcionario realiza conductas de gestión desleal de bienes públicos de naturaleza no apropiatoria. Por último, se abordará lo referente al momento de consumación del delito.

2.1 Sobre el sujeto activo del delito

Sujeto activo del delito de peculado doloso tradicional no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel que tiene la calidad de funcionario público y, además, detenta una especial vinculación con el objeto material del delito. Así, en este apartado se analizará lo relativo al delito de peculado como delito especial y la particular vinculación entre funcionario y caudal público.

2.1.1 El delito de peculado como delito especial

En primer lugar, tendríamos que señalar que el delito de peculado es un “delito especial”. Tradicionalmente, se ha diferenciado a los delitos especiales en delitos especiales “propios” e “impropios”. Los delitos especiales “propios” serían aquellos en los que la cualidad especial del autor (funcionario público) fundamenta la responsabilidad penal, no existiendo un tipo penal común similar (subyacente) que pueda sancionar al autor¹⁸². Por su parte, los delitos especiales “impropios” serían aquellos en los que la cualidad especial del autor sólo es un elemento adicional que, en la mayoría de los casos, agrava la responsabilidad penal ya existente en un delito común similar¹⁸³.

¹⁸²Cfr. PÉREZ ALONSO, Esteban. La autoría y participación en el Código Penal español de 1995 y en la reciente reforma penal. En: Dogmática actual de la autoría y la participación criminal. Nelson Salazar Sánchez (coordinador). Idemsa: Lima, 2007. p. 503 y ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. op. cit. p. 41.

¹⁸³Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. op. cit. p. 286; PEREZ ALONSO, Esteban. Loc. cit.; y ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. op. cit. p. 42.

A nuestro juicio, esta diferenciación entre delitos especiales “propios” e “impropios” no es acertada en el ámbito de los delitos contra la administración pública, puesto que creemos que todos estos delitos especiales son autónomos y “propios”¹⁸⁴. En nuestra opinión, **los tradicionalmente denominados “delitos especiales impropios” no son meros tipos cualificados o agravados de tipos penales comunes, sino tipos penales autónomos cuyo fundamento de punición se relaciona con el dominio que tiene el sujeto activo sobre la situación de vulnerabilidad del bien jurídico**¹⁸⁵. Para aquellos que sostenemos que este dominio determina no sólo el título de la imputación, sino también el propio injusto penal del delito especial y, además, que los *extraneus* pueden responder como partícipes de este delito (teoría de la unidad del título de la imputación¹⁸⁶), la diferenciación entre delitos especiales “propios” e “impropios” resulta irrelevante. En este sentido, Gómez Martín señala que:

*“(...) El dato relativo a la existencia de un delito común paralelo es completamente superfluo porque ninguna luz arroja en relación con la determinación del contenido de injusto del delito especial. Y podría llevar a solucionar de forma insatisfactoria la problemática de la participación del extraneus (...)”*¹⁸⁷

¹⁸⁴ Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan y otros. Manual de Capacitación para Operadores de Justicia en Delitos contra la Administración Pública. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima, 2013. p. 46.

¹⁸⁵ De esta opinión son partidarios GRACIA MARTIN y RUEDA MARTIN citados por GOMEZ MARTÍN, Víctor. op. cit. p. 206. Cabe mencionar que SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier. “Delitos de infracción de deber”. En: Eduardo Montealegre Lynett (coordinador). Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho Penal. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003, p. 285, quien se basa en la “teoría de la infracción del deber” para fundamentar la punición de los delitos especiales, también ha reconocido lo superfluo de esta diferenciación entre delitos especiales “propios” e “impropios”.

¹⁸⁶ En la jurisprudencia nacional, actualmente, ha imperado esta teoría de la unidad del título de la imputación en la problemática de la participación en los delitos especiales. Esta teoría incluso ha sido la recogida por el Tribunal Constitucional en su sentencia N° 2758-2004-HC/TC de 23 de noviembre de 2004, fundamento 10.

¹⁸⁷ Cfr. GOMEZ MARTÍN, Víctor. op. cit. p. 181.

De esta manera, el delito de peculado del Art. 387° CP constituye un delito especial, en la medida que exige en el autor la concurrencia de una cualidad especial (funcionario público) que le otorga una especial situación de acceso o capacidad de afectación del bien jurídico desde dentro de la propia organización estatal¹⁸⁸. El fundamento de la punición de este delito, entonces, se relaciona con el dominio que tiene el funcionario sobre la situación de vulnerabilidad del patrimonio público que gestiona por razón de su cargo.

2.1.2 Sobre la especial vinculación entre funcionario público y caudal público

Sin pretender realizar un análisis exhaustivo sobre el tema, el “funcionario público” a efectos penales viene definido por ser una persona incorporada a la actividad pública y que ejerce o puede efectivamente ejercer una función pública¹⁸⁹. A nuestro juicio, el concepto penal de “funcionario público” abarca los siguientes dos aspectos: i) la incorporación heterónoma a la función pública (vía selección, designación, proclamación o elección, conforme lo establece el numeral 6° del artículo 425° CP) y ii) posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público¹⁹⁰.

Ahora bien, como uniformemente ha sostenido la doctrina y jurisprudencia penal, el sujeto activo del delito del Art. 387° CP no puede ser cualquier funcionario público, sino que debe ser uno que tenga una vinculación funcional

¹⁸⁸Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan y otros. op. cit. p. 44.

¹⁸⁹ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. op. cit. p. 23-32, señala que el funcionario debe ejercer una función pública; sin embargo, a nuestro juicio y siguiendo a MONTOYA VIVANCO, Yvan y otros. op. cit. p. 36 basta con que el funcionario tenga la posibilidad efectiva de ejercer la misma.

¹⁹⁰Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan y otros. op. cit. p. 32-33.

especial con los caudales que percibe, custodia o administra¹⁹¹. En esta medida, el tipo penal de peculado peruano establece que el objeto material del delito debe estar “confiado” al sujeto activo para su “percepción”, “administración” o “custodia”.

A nuestro juicio, la relación existente entre sujeto activo y caudal público -ya sea que él tenga facultades de “percepción”, “custodia” o “administración”-debe ser entendida como la doctrina alemana dominante ha entendido la relación del sujeto activo del delito de apropiación indebida con el objeto material, es decir, a partir de la **“teoría de la custodia”**¹⁹². Sobre la base de esta teoría se sostiene que el sujeto activo, de manera genérica, debe tener una relación de dominio sobre la cosa dirigida por una voluntad de dominio sobre la misma¹⁹³ es decir, debe detentar efectivo poder sobre la cosa con posibilidad de obrar sobre ella con exclusión de otros¹⁹⁴ (no necesariamente se debe tener la posibilidad de actuar como dueño sobre el bien). Este poder o dominio, en el caso del peculado tradicional, se puede manifestar a través de una facultad de “percepción”, “custodia” o “administración” de los bienes, que genera que éstos estén en la “esfera de disposición” del funcionario.

¹⁹¹Cfr. MORALES PRATS, Fermín y MORALES GARCÍA, Oscar. De la malversación. En: Comentarios al Nuevo Código Penal. Tomo III. Gonzalo Quintero Olivares (Director). Aranzadi: Navarra, 2005. p. 2162 y 2163, Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch: Valencia, 1990. p. 775, Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. op. cit. p. 337, entre otros.

¹⁹²Así lo afirma, DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida. PPU: Barcelona, 1994. p. 130. No debe confundirse el uso del término “custodia” de esta teoría, con el elemento típico “custodia” descrito en precepto penal del peculado, que da cuenta sólo de una forma de manifestación de esta relación entre sujeto activo y caudal público.

¹⁹³Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel citado por DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. loc. cit.

¹⁹⁴Cfr. LISZT citado por FERRER SAMA, Antonio. El delito de apropiación indebida. En: Anales de la Universidad de Murcia. Murcia: Universidad de Murcia, 1944. p. 416.

Como se puede apreciar, este entendimiento amplio de la vinculación típica entre sujeto activo y objeto material da lugar a que esta pueda verificarse en múltiples supuestos de hecho, **superando así la excesiva limitación práctica que suponían las teorías que apelaban a la conceptos civiles de “posesión” o “servidor de la posesión”** para explicar dicha relación o vinculación¹⁹⁵.

Desde luego, la exigencia típica de la relación o vinculación funcional con los caudales o efectos públicos no debe entenderse como una necesaria tenencia fáctica o material de los mismos por parte del funcionario. La insuficiencia de la tesis de la posesión material para explicar la relación del sujeto activo con el objeto de la acción del delito ha sido destacada por Morales García, quien sostiene que dicha tesis imposibilitaría aplicar el peculado en situaciones en las que el funcionario no ostenta una situación de inmediatez con el bien, sino que tiene un poder de actuación que se concreta en la capacidad jurídica de actuación sobre el mismo¹⁹⁶. Creemos, por ello, que, como sostiene la doctrina dominante, **bastaría con que el funcionario encargado tenga una “disponibilidad jurídica” de los caudales o efectos**¹⁹⁷.

En esta medida, el sujeto activo del delito viola ciertos deberes especiales de administración adecuada del patrimonio público. Como dijimos anteriormente en lo referente al bien jurídico, el desvalor de acción del injusto supone la violación de

¹⁹⁵Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel citado por DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. op. cit. p. 131. Compartimos en este punto la opinión de DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. loc. cit., cuando sostiene que el concepto civil de “posesión” para explicar la relación entre sujeto activo y objeto reduce de modo excesivo el ámbito de aplicación del delito de apropiación indebida. Consideramos que el criterio de la posesión tiene el mismo problema en el delito de peculado tradicional.

¹⁹⁶Cfr. MORALES GARCÍA, Oscar. op. cit. p. 183.

¹⁹⁷Cfr. ETXEBARRIA ZARABEITIA, Xavier. op. cit. p. 191

deberes funcionariales específicos, deberes que no pueden ser violados por cualquier funcionario, sino sólo por aquellos que tienen la competencia normativa para ello. Como sostiene Abanto Vásquez, “(...) *el bien jurídico sólo se verá afectado cuando el funcionario ataca el patrimonio del Estado infringiendo el deber específico que tiene para con los bienes (...)*”¹⁹⁸

Esta línea de argumentación ha sido la que, también, ha acogido la Corte Suprema de Justicia peruana en su Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 anteriormente mencionado. En dicho acuerdo la Corte sostuvo lo siguiente:

“(...) Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública (...)”¹⁹⁹

A efectos de que el funcionario público tenga la competencia normativa especial a la que hicimos mención en los párrafos anteriores será necesaria la preexistencia de una **norma (legal o reglamentaria), disposición (acto administrativo) u orden de la autoridad competente** que habilite al funcionario para la gestión de los caudales o efectos públicos, de tal manera que se descartan los supuestos de mera ocasionalidad en la gestión del bien o la costumbre *contra legem*²⁰⁰²⁰¹. No se configurará el delito de peculado, por tanto, cuando la tenencia o disponibilidad funcional de los bienes públicos respondan a un acto

¹⁹⁸ Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. op. cit. p. 338.

¹⁹⁹ Fundamento 6° del acuerdo.

²⁰⁰ Cfr. MORALES GARCÍA, Oscar. loc. cit.

²⁰¹ Respecto de la costumbre como generadora de la competencia normativa del sujeto activo, CREUS, Carlos. op. cit. p 330, sostiene que la costumbre no puede crear dicho presupuesto del tipo, salvo cuando funcione como verdadera fuente de derecho, lo cual ocurre cuando existe un vacío en la normativa administrativa pertinente.

administrativo ilegal, a engaño o abuso de oficio²⁰². Asimismo, no basta con que los bienes estén confiados al sujeto activo por su condición general de funcionario público, sino que, como lo exige el tipo penal expresamente, deben estar en su competencia “por razón” de su cargo específico²⁰³.

2.2 El objeto material del delito

El “objeto material” u “objeto de la acción” de un delito es aquella “entidad” del mundo exterior sobre la que recae directamente la acción típica²⁰⁴. El objeto material engloba a unidades psíquico-corporales (cuerpo de una persona), valores sociales (crédito de injuriado p. ej.), valores económicos (patrimonio) o situaciones reales (utilidad de un objeto); es decir, puede estar representado por personas, cosas y, también, bienes incorpóreos²⁰⁵. Se diferencia del bien jurídico en tanto este, como ya se explicó en el capítulo anterior, es el objeto valorado ideal al que la ley reconoce protección²⁰⁶. Así, en el delito de hurto, por ejemplo, el objeto de la acción será el específico bien mueble (televisor, joya, etc.), mientras que el bien jurídico será la propiedad como tal.

El tipo penal del Art. 387° CP establece que la conducta de apropiación o utilización indebida del funcionario público debe recaer sobre caudales o efectos públicos, lo cual nos obliga, en primero lugar, a dilucidar qué se entiende por “bien

²⁰² Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. loc. cit.

²⁰³ Cfr. CREUS, Carlos. loc. cit.

²⁰⁴ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. op. cit. p. 294 quien utiliza el término “objeto material” y ROXIN, Claus. op. cit. p. 62-63 quien utiliza el término “objeto de la acción”.

²⁰⁵ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. pp. 278 y 294.

²⁰⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch: Valencia, 2007. p. 262.

público” como objeto material del delito. En efecto, en lo siguiente se utilizará el término “bien público” para englobar conceptualmente a los caudales y efectos públicos objetos materiales del delito²⁰⁷, puesto que, como se explicará más adelante, estos dos conceptos presentan particularidades.

2.2.1 Características del bien público

A nuestro juicio, se pueden reconocer cuatro características básicas en el objeto material del delito de peculado tradicional (“peculado por apropiación”) que se asemejan a las de los delitos patrimoniales comunes: **1) corporeidad o tangibilidad, 2) aprehensibilidad y 3) posibilidad de traslado o desplazamiento e 4) idoneidad para satisfacer intereses de la administración pública.**

Teniendo en cuenta las características apuntadas precedentemente, es importante señalar que objeto material de la acción del delito de peculado tradicional no pueden ser bienes inmateriales como planes, ideas, activos o derechos, puesto que ellos no son susceptibles de “apropiación” por parte del funcionario²⁰⁸.

Los bienes inmateriales o incorporales son aquellos que sólo pueden percibirse intelectualmente, pues carecen de un sustrato material tangible y

²⁰⁷ Utiliza también la frase “bien público” para referirse tanto a los caudales como a los efectos públicos ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. op. cit. p. 349.

²⁰⁸ Cfr. ROCA AGAPITO, Luis. op. cit. p. 125 y 124; ROJAS VARGAS, Fidel. op. cit. p. 499 y DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. op. cit. p. 198 refiriéndose a los delitos patrimoniales comunes.

Como bien afirma Roca, en el caso de la mano de obra como objeto material del delito, se puede configurar el injusto de peculado, pero no por la apropiación de las propias energías, sino por la apropiación con que la Administración ha de pagar las mismas [Ibíd. p. 126].

apreciable por los sentidos humanos (tacto, visión, etc.)²⁰⁹. En esta medida, conforme lo ha reconocido la doctrina penal española y alemana unánimemente, **la conducta típica de “apropiación” no puede recaer sobre bienes inmateriales, puesto que ellos no pueden ser aprehensibles ni trasladables de un lugar a otro**²¹⁰. En efecto, no podría haber “apropiación” de bienes incorporales, pues no es posible que alguien incorpore fácticamente a su patrimonio un derecho de crédito (activo) por ejemplo. Si bien se puede observar objetivamente cómo un administrador dispone indebidamente de dinero extraído de la cuenta corriente de una persona jurídica, lo que puede incorporar a su patrimonio es el dinero líquido extraído del banco, mas no el propio “activo” o “derecho de crédito” de titularidad de la persona jurídica, el cual por su propia naturaleza inmaterial no puede ser alterado, en términos naturalistas, directamente por una conducta de tercero.

En tal sentido, la consideración de los bienes inmateriales como bienes no pasibles de “apropiación”, genera que no puedan ser objeto material del delito de peculado doloso tradicional i) los “derechos de crédito” provenientes de la entrega de un objeto como bien fungible y ii) el dinero electrónico en operaciones bancarias. Conforme se analizará en el siguiente capítulo, en los dos supuestos mencionados, se podrá aplicar la modalidad de administración desleal de patrimonio público si se configuran sus elementos típicos, mas no será de aplicación el delito de “peculado tradicional por apropiación”, pues en ambos casos

²⁰⁹Cfr. AVENDAÑO V., Francisco. “Comentarios a los artículos 885° y 886° del Código Civil”. En: El código civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica, 2003. p. 33.

²¹⁰Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. op. cit. p. 199 y SILVA CASTAÑO, María Luisa. El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno. Dykinson: Madrid, 1997. p. 133.

la conducta típica de aplicación privada indebida recae sobre bienes públicos incorporales.

Por otro lado, habría que señalar que -como sucede también en el delito patrimonial común de apropiación indebida-**la doctrina penal mayoritaria ha descartado la posibilidad de incluir como objeto material del delito de peculado doloso tradicional a ciertos “bienes inmuebles”**—penalmente entendidos²¹¹- que no pueden ser desplazados de un lugar a otro²¹². Se sostiene que, por su propia naturaleza, los “bienes inmuebles” al no poder ser desplazados de un lugar a otro con la conducta apropiatoria, quedan fuera del radio de aplicación de los “delitos de apropiación” como el peculado tradicional o la apropiación indebida. Conforme lo sostiene Sánchez-Vera Gómez-Trelles, refiriéndose al delito de apropiación indebida, *“(…) El objeto material del delito de apropiación indebida, como es obvio, únicamente puede tener carácter mobiliario, al tratarse de un ilícito de apropiación. Una apropiación, en el sentido de las*

²¹¹Sobre este punto, debe tenerse presente que, como sostiene la doctrina penal mayoritaria, el concepto de bien mueble e inmueble que se maneja en el Derecho Penal no es idéntico al del Derecho Civil. Ello dado que si un bien es susceptible de ser trasladado de un lugar a otro será considerado como “bien mueble” para el Derecho Penal, aun cuando este sea considerado como “inmueble” en el ámbito civil [Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación loc. cit.].

²¹²Así lo sostiene la sentencia del Tribunal Supremo Español de 12 de diciembre de 2006 citada por ORTS BERENGUER, Enrique. Lección XXXIX Delitos contra la administración pública (y ii): Cohecho. Tráfico de influencias. Malversación. Fraudes y exacciones ilegales. Actividades prohibidas. Abusos en el ejercicio de la función pública. Corrupción en las transacciones comerciales. En: Derecho Penal. Parte especial. Tirant lo Blanch: Valencia, 2010. p. 725. Del mismo modo, MORALES GARCÍA, Oscar. op. cit. p. 103 y 105 y ROCA AGAPITO, Luís. op. cit. p. 124. Refiriéndose a la imposibilidad de que los bienes inmuebles sean objeto material del delito de apropiación indebida, SANCHEZ VERA GOMEZ-TRELLES, Javier. Administración desleal y apropiación indebida: Consecuencias de la distinción jurisprudencial. En: Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo II. Jacobo López Barja de Quiroga y otro (Coordinadores). Marcial Pons: Madrid, 2004. p.1219.

*expropiación y apropiación (...) sólo puede llevarse a cabo sobre un mueble como es natural, quedando fuera de ella los bienes inmuebles*²¹³.

Se sostiene que la inclusión de los bienes inmuebles como objeto material del delito de peculado tradicional desnaturalizaría este ilícito, desvirtuando el sentido teleológico de la norma. Se afirma que los delitos de apropiación están pensados sólo para proteger la propiedad que recae sobre “bienes muebles”, puesto que la protección de la propiedad u otros derechos reales sobre “bienes inmuebles” está garantizada por los “delitos de usurpación”²¹⁴. En este sentido, de manera similar a lo que sucede con los delitos patrimoniales comunes, el delito de peculado doloso tradicional estaría reservado exclusivamente para proteger derechos patrimoniales sobre “bienes muebles”²¹⁵, mientras que la protección de derechos patrimoniales (facultades de la propiedad u otros derechos reales²¹⁶) sobre “bienes inmuebles” se daría a través de la modalidad agravada, en virtud del artículo 46^o-A CP (funcionario público como sujeto activo), del tipo penal agravado de usurpación (Art. 204.4^o CP²¹⁷). Asimismo, como se explicará en el siguiente capítulo, se podrá proteger la funcionalidad de los bienes inmuebles públicos a

²¹³Cfr. SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES. Administración desleal y apropiación indebida. loc. cit.

²¹⁴Expone esta afirmación CASTRO MORENO, Abraham. La malversación de caudales en el Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch: Valencia, 2001. p. 158.

²¹⁵Discrepamos, en este sentido, con ROJAS VARGAS, Fidel. op. cit. p. 498, quien señala que objeto material del delito pueden ser bienes muebles como inmuebles. No obstante, no queda claro si, al afirmar ello, este autor se refiere al “peculado por apropiación”, al “peculado por utilización” o a ambos.

²¹⁶Se sostiene que la usurpación protege a las manifestaciones o atribuciones que dimanar del derecho de propiedad u otros derechos reales [Cfr. GALVES VILLEGA, Tomas Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier. op. cit. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Jurista editores: Lima, 2012. p. 1145]. Se sostiene que en la usurpación se protege a la propiedad a través de la desposesión [Cfr. RODRIGUEZ DEVESA citado por VIVES ANTON, T.S y GONZALES CUSSAC, J.L. Lección XXIII: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Robo y hurto de uso de vehículo. Usurpación. En: Derecho Penal. Parte especial. Tirant lo Blanch: Valencia, 2004. p. 466.]

²¹⁷ Agravante por la naturaleza pública del inmueble.

través de la modalidad especial de administración desleal de patrimonio público contenida en el artículo 387º CP.

Por último, en cuanto a la característica de idoneidad para satisfacer intereses de la administración pública, se requiere que el bien objeto material del delito sea útil para que la administración pública cumpla con su labor prestacional. A diferencia de lo que sucede en los delitos patrimoniales de apoderamiento comunes en donde se exige que el objeto material del delito sea valuable económicamente²¹⁸, el bien público puede tener o no tener valor económico, pero lo que siempre debe detentar para que genere relevancia típica es idoneidad para servir al cumplimiento de finalidades públicas²¹⁹. Así pues, por ejemplo, será objeto material del delito documentación que, aun cuando no tenga un valor económico de mercado, sea relevante para que el ente público pueda programar la ejecución de su gasto. Se exigirá, por tanto, que los caudales o efectos públicos tengan siempre un “valor funcional”, mas no necesariamente un “valor contable-económico”²²⁰.

En este sentido, no pueden ser objeto material de los delitos de peculado caudales o efectos públicos con mero valor sentimental, afectivo o de otro género no dinerario, en tanto no sean relevantes para posibilitar el cumplimiento de los fines públicos de la entidad. Ello sucederá, por ejemplo, cuando la conducta de peculado recaiga sobre documentación completamente irrelevante o de muy lejana utilidad para el fin prestacional del ente público.

²¹⁸ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y otros. op. cit. p. 71 y 72.

²¹⁹ Cfr. MORALES GARCÍA, Oscar. op. cit. p. 110.

²²⁰ *Ibidem*. Discrepamos por tanto en este punto con ROJAS VARGAS, Fidel. op. cit. p. 497-499 y ABANTO VASQUEZ, Manuel A. los delitos contra la administración pública en el código Penal peruano. op. cit. p. 347-349.

2.2.2 El caso especial de algunos instrumentos comunes de trabajo

Habría que notar que, por motivos de política legislativa, quedan excluidos del ámbito de aplicación del tipo penal del artículo 387° CP los vehículos, máquinas u otros instrumentos de trabajo que hayan sido entregados al respectivo funcionario público para que cumpla con su función. Ello pues existe un precepto penal específico que sanciona las conductas de peculado que recaen sobre este tipo de bienes públicos (Art. 388° CP)²²¹. Desde nuestro punto de vista, no están incluidos dentro del elemento objetivo “instrumentos de trabajo” el dinero, valores económicos o títulos valores, puesto que, como señala Abanto Vásquez, este tipo penal está pensado para herramientas comunes de trabajo como teléfonos, computadoras, disquetes, útiles de trabajo, etc.²²²

2.2.3 El carácter público del objeto material

La doctrina penal mayoritaria sostiene que el tipo penal del Art. 387° CP exige que el objeto material del delito tenga la calidad de “público”²²³. En este sentido, ¿Cuándo un bien es de naturaleza pública?

Una corriente teórica sostiene que sólo es el derecho real de propiedad el que puede cualificar a los caudales como públicos. Los partidarios de esta tesis entienden el peculado o malversación de caudales como un delito de corte

²²¹Cfr. CASTRO MORENO, Abraham y OTERO CONZALES, M. op. cit. p. 597.

²²²Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano. op. cit. p. 375 y ROJAS VARGAS, Fidel. op. cit. p. 539.

²²³Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. op. cit. p. 349.

exclusivamente patrimonialista. Luego, la lesión del patrimonio estatal se evidenciaría solamente cuando la Administración se considera perjudicada en su capacidad dispositiva sobre la base del derecho de propiedad preexistente sobre el bien respectivo²²⁴.

Nosotros no compartimos esta teoría, puesto que limita sobremanera los bienes que pueden ser objeto material del delito. Consideramos que la relación jurídica que hace que los caudales o efectos sean públicos es la relación de “pertenencia” que guardan con la Administración²²⁵. Esta relación de “pertenencia” no se limita al derecho de propiedad, sino que abarca una pluralidad de situaciones jurídicas que dan a la administración pública un derecho activo de disposición, goce, disfrute, etc. sobre la cosa o un poder de actuación de naturaleza pública sobre ella²²⁶.

La “pertenencia” debe ser entendida en sentido lato; es decir, como la relación mediante la cual los bienes están destinados o adscritos al patrimonio de la administración pública y, por ende, al cumplimiento de finalidades públicas²²⁷. El carácter público del objeto, entonces, no se limita sólo al derecho de propiedad, sino a una pluralidad de derechos que pueden integrar el patrimonio (en sentido lato) de la administración pública²²⁸.

²²⁴Cfr. MORALES GARCIA, Oscar. op. cit. p. 151.

²²⁵El Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 (Fundamento 7.”c”) también parece adscribirse a esta teoría, en la medida que al definir el elemento “apropiación” señala que este consiste en hacer suyos caudales o efectos que “pertenecen” al Estado.

²²⁶Ibíd. p. 169. y 172.

²²⁷Cfr. MIR PUIG, Carlos. Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal. Bosch: Barcelona, 2000. p. 301.

²²⁸Cfr. ROCA AGAPITO, Luis. op. cit. p. 138.

Ahora bien ¿Desde qué momento se puede considerar que los bienes adquieren la calidad de públicos? La doctrina española mayoritaria se adscribe en este punto al criterio del “**destino**” para adjetivar de publicidad al objeto. Según esta teoría, el bien adquiere la calidad de público desde que el funcionario público encargado percibe el bien, sin necesidad de que aquel haya procedido a su incorporación efectiva a las arcas públicas²²⁹. Basta, por ende, que el funcionario público haya recibido los bienes por razón de su cargo, generando, así, que la Administración tenga disponibilidad de ellos. De esta manera, el momento desde el cual los bienes adquieren la calidad de públicos puede darse desde que se incorporan al patrimonio estatal o, también, desde que se deberían haber incorporado al mismo, con tal de que la Administración tenga un “derecho expectante” sobre los bienes²³⁰. Este derecho expectante se origina desde que el funcionario encargado recibe los bienes. El caudal es público desde que, producido el desplazamiento posesorio, el funcionario recibe por cuenta de la administración el bien²³¹.

Esta posición es aún más contundente en el contexto peruano, toda vez que, como bien lo hace notar Abanto Vásquez, el tipo penal de peculado doloso peruano exige explícitamente en una de sus modalidades típicas que los caudales o efectos públicos hayan sido “percibidos” por el funcionario encargado, por lo que se infiere que son públicos los caudales o efectos todavía no ingresados al

²²⁹Ibíd. p. 142. De esta opinión también es partidario ORTS BERENGUER, E. loc. cit. y MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. op. cit. p. 775.

²³⁰Cfr. MIR PUIG, Carlos. loc. Cit.

²³¹Cfr. ROCA AGAPITO, Luis. op. cit. p. 143 y 144.

patrimonio del Estado, pero con potencialidad para hacerlo debido a su previa percepción por parte del funcionario encargado²³².

Como ya se dijo, la principal diferencia entre el delito de peculado del Art. 387° CP y los delitos patrimoniales comunes es la especial dependencia que existe entre caudal de naturaleza pública y funcionario. Por ello es que creemos que la figura del peculado por extensión (o peculado impropio) del artículo 392° CP, que extiende el objeto material del delito a bienes pertenecientes a particulares embargados o en dados en depósito (no adjetivados como públicos), resulta extraño a la naturaleza misma del peculado, el cual exige necesariamente una relación especial entre funcionario público y un bien adscrito al patrimonio de la Administración que cumpla finalidades públicas. Creemos que, en esta figura de peculado impropio, **el objeto de tutela no es el patrimonio público funcionalmente concebido, sino simplemente una falta de respeto o desobediencia a la voluntad de la autoridad**²³³. Se sostiene, en estos casos, que el precepto penal no cambia la naturaleza de los bienes embargados o depositados -que continúan siendo privados y perteneciendo a particulares- sino que, aceptando que se trata de bienes privados, les extiende, no obstante, el tipo de malversación o peculado²³⁴.

²³² Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. op. cit. p. 350 y 351.

²³³ Refiriéndose al tipo penal de "malversación por extensión" español del artículo 435.3° del CP español que tiene una redacción muy parecida al artículo 392° CP peruano, ETXEBARRIA ZARABEITIA, Xavier. op. cit. p. 187, LOPEZ BARJA DE QUIROGA citado por ROJAS VARGAS, Fidel. op. cit. p. 590 y FEIJOO SANCHEZ, Bernardo citado por CASTRO MORENO, Abraham. op. cit. p. 114.

²³⁴ LOPEZ BARJA DE QUIROGA citado por CASTRO MORENO, Abraham. op. cit. p. 112.

2.2.4 Concepto de “caudal” y “efecto” público

El delito de peculado –al igual que el delito de malversación de caudales públicos de la legislación española- diferencia dos categorías dentro del género “bien público” como objeto material del delito: los “caudales” y “efectos” públicos. Ambos elementos del tipo tienen sus características propias conforme explicaremos a continuación.

En primer lugar, respecto del elemento normativo “caudal público” tendríamos que señalar que debe entenderse en un sentido amplio, como bienes **muebles de toda clase**²³⁵. Caudal será, como lo establece la Real Academia de la Lengua Española, la hacienda o bienes de cualquier especie y, más comúnmente, el dinero²³⁶. Dicha definición amplia incluye a los bienes fungibles y no fungibles, y a los bienes consumibles como no consumibles. De cara al delito de peculado, “caudales” serán, por ejemplo, el dinero, una computadora, un televisor, etc. Conforme ya se explicó anteriormente, a partir de una interpretación teleológica del elemento típico “caudal”, este es entendido como bienes en general que tengan las características de corpóreos, aprehensibles, trasladables e idóneos para satisfacer intereses públicos. No será necesario, por ende, que estos caudales estén dotados de valor económico, por lo que se incluyen dentro de esta categoría a los objetos sin valor en el tráfico económico que tengan relevancia en la Administración para cumplir con sus finalidades públicas.

Por otro lado, por “efectos públicos” se entienden todos aquellos **documentos de crédito negociables emanados de la Administración u**

²³⁵Cfr. CREUS, Carlos. op. cit. p. 313.

²³⁶Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. op. cit. p. 497.

objetos con representación económica (valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, cheques, etc.)²³⁷. De esta manera, el concepto de efectos es más restringido que el de caudales, puesto que aquel sólo incluye a objetos que representan un valor económico o patrimonial y que tienen carácter de negociables²³⁸. Nótese que el objeto de la “apropiación” típica del peculado no lo constituye el valor económico, sino la representación material de él. Ello es así, pues los “efectos” necesariamente tendrán que detentar las cuatro características que todo objeto material del delito de peculado debe tener: corporeidad, aprehensibilidad, posibilidad de desplazamiento e idoneidad para satisfacer finalidades de la administración pública.

2.3 La “custodia”, “percepción” y “administración” del bien público

Según el precepto del artículo 387° CP, los caudales y efectos públicos deben estar confiados al funcionario público para cumplir tres finalidades o funciones alternativas: “percepción”, “custodia” o “administración”. El entendimiento de estas tres finalidades resulta de suma importancia para nuestro trabajo, puesto que permitirá determinar ante qué finalidad del objeto material es posible que se configure la modalidad especial de administración desleal de patrimonio público.

²³⁷Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. op. cit. p. 349 y el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República de 30 de setiembre de 2005. Fundamento 7.e.

²³⁸Cfr. CREUS, Carlos. op. cit. p. 314. En este punto coincidimos con CASTRO MORENO, Abraham. La malversación de caudales públicos en el Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch: Valencia, 2001. op. cit. pp. 154-155, quien sostiene que el vocablo “efectos” resultaría superfluo, pues el vocablo “caudales” al ser más amplio abarca a los bienes que constituyen “efectos”.

En primer lugar, en cuanto a la “percepción” de los bienes públicos, se sostiene que el **“percibir” consiste en la función de recibir bienes para el Estado**²³⁹. Por ejemplo, el funcionario que tiene la función de recibir el pago de tributos municipales no “percibe” el dinero para sí, sino que “percibe” por interés y para la administración pública a fin satisfacer necesidades sociales (finalidad pública). En esta medida, si el funcionario se apropia de los víveres recibidos por él en donación para fines sociales, cometerá el delito de peculado tradicional. Conforme mencionamos *supra*, la presencia de esta finalidad de “percepción” en la redacción del delito del Art 387° CP es la que permite suscribir la tesis del “destino”, según la cual sólo es necesario, para que el bien que sea adjetivado como “público, que él sea recibido por el funcionario -por razón de cargo- para adscribirse al patrimonio de la Administración y cumplir finalidades públicas”²⁴⁰.

En segundo lugar, la **“custodia” es la actividad de cuidado y vigilancia de los bienes**²⁴¹. Esta función de vigilancia sobre el bien no requiere necesariamente que el funcionario tenga fácticamente el bien en su esfera de dominio, sino que también puede cuidarlo jurídicamente a través de otras personas subordinadas jerárquicamente por ejemplo. Sobre este punto, resulta relevante notar que no se encuentra dentro de la función de “custodia”, en los términos del delito de peculado, la mera tenencia ocasional del bien. Luego, no es custodio del

²³⁹ *Ibíd.* p. 328.

²⁴⁰ Sobre este punto, cabe notar que, a nuestro juicio, quedan fuera del radio de aplicación del delito de peculado tradicional los supuestos en los que el funcionario sólo “percibe” bienes de naturaleza privada que han sido embargados o dados en depósito por autoridad competente. En este caso, como se dijo, al no ser el bien de naturaleza “pública”, se aplicará el delito de “peculado por extensión” del artículo 392° CP.

²⁴¹ *Ibíd.*

bien para efectos del delito de peculado, por ejemplo, el policía que simplemente cuida el local donde se encuentra el bien²⁴².

Por último, merece especial atención para nuestra investigación el elemento objetivo del tipo “administración”. En la doctrina, se ha señalado que la administración de los bienes público implica la facultad administrativa del funcionario público de disponer de los bienes para aplicarlos a determinadas finalidades²⁴³. Es decir, quien administra bienes públicos tiene la facultad -por estar autorizado normativamente- de disponer de ellos a efectos de cumplir una finalidad que necesariamente tiene carácter público. La administración dota al funcionario de unos poderes de disposición patrimonial que no tiene el que simplemente percibe o custodia bienes públicos.

En efecto, a nuestro juicio, el “administrar” implica tener un ámbito de actuación discrecional mayor con respecto del bien público a cargo²⁴⁴. El administrador, además de poseer, gestionar, utilizar y/o custodiar el bien, puede disponer de él. Desde nuestro punto de vista, **la finalidad de “administrar” debe entenderse en un sentido lato; es decir, además de hacer referencia a un poder de disposición (enajenación o alquiler p. ej.), también incluye actuaciones de simple “aprovechamiento” (usufructo) sobre el patrimonio**²⁴⁵.

²⁴²Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. op. cit. p. 353 y 354.

²⁴³Cfr. CREUS, Carlos. op. cit. p. 319 y ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. p. 353, SILVA CASTAÑO, María Luisa. Comentarios al Código Penal. Manuel Cobo del Rosal (Director). Edersa: Madrid, 1999. p. 422.

²⁴⁴Ibídem.

²⁴⁵El Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 (Fundamento 7.”b”) también suscribiría un entendimiento amplio del elemento “administración”, puesto que señala que la “administración” implica las funciones activas de manejo y conducción de bienes públicos.

2.4 La “apropiación” y la “utilización” de bienes públicos

Para el entendimiento cabal del verbo rector “apropiación” del tipo penal de peculado doloso es pertinente realizar un análisis de este elemento en las otras figuras delictivas patrimoniales que se le asemejan en su estructura típica. En efecto, además de estar presente en el delito de peculado, el elemento típico “apropiación” se encuentra presente en el delito de apropiación ilícita (Art. 190° CP).

De esta manera, en doctrina penal se han distinguido, dentro de los denominados delitos de enriquecimiento²⁴⁶, principalmente, las siguientes clases de delitos patrimoniales: los delitos de apoderamiento, los delitos de defraudación y los delitos de apropiación²⁴⁷. Los delitos de apoderamiento, también denominados de “apropiación en sentido amplio”, serían aquellos delitos que suponen la incorporación de la cosa ajena al propio patrimonio. Estos delitos sancionan a quien toma físicamente la cosa y la separa del ámbito de poder patrimonial de su titular para incluirlo a su propio ámbito de dominio (hurto, robo, abigeato, etc.)²⁴⁸. Por otro lado, en los delitos de defraudación -como la estafa- la obtención de la cosa por parte del sujeto activo se consigue mediante engaño que provoca el acto de disposición del sujeto pasivo²⁴⁹. Por último, los delitos de apropiación o de apropiación en sentido estricto, suponen la realización de un acto de disposición como dueño de quien previamente incorporó la cosa a su ámbito de

²⁴⁶La distinción entre delitos patrimoniales de enriquecimiento y sin enriquecimiento es formulada por MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. op. cit. p. 214 y 215.

²⁴⁷Diferenciación formulada por BAJO FERNANDEZ, Miguel y otros. op. cit. p. 48 y 49.

²⁴⁸Ibíd. p. 48.

²⁴⁹Ibíd. p. 66.

dominio mediante comportamientos no delictivos²⁵⁰. En esta clase de delitos es que se encuentra la apropiación ilícita.

A partir de una observación de la redacción de los tipos penales nacionales, los delitos de apoderamiento se pueden distinguir claramente de los de apropiación, en cuanto los primeros vienen definidos por el verbo rector “apoderar”²⁵¹, mientras que los segundos por el verbo “apropiar”²⁵².

De esta manera, parece ser que **el delito “peculado por apropiación” se asemeja en mayor medida a los “delitos de apropiación”**, puesto que al igual que en esta clase de delitos, el sujeto activo (funcionario) ya se encuentra en disposición del bien -objeto material del delito-; es decir, el bien no se encuentra fuera de la esfera de disposición al funcionario (como sí sucede en los delitos de apoderamiento), sino que el bien ya está en su esfera de disposición por razón de sus específicas funciones de administración, percepción o custodia²⁵³.

Al igual que sucede con la distinción entre apropiación ilícita y hurto, el delito de peculado se diferencia sustancialmente del hurto (“delito de apoderamiento”) -entre otros aspectos- en la medida que en aquel la conducta típica (apropiación) no supone un desplazamiento de la cosa de un ámbito de disposición ajeno al ámbito de disponibilidad o disposición del autor. Como se dijo, la ubicación de la cosa (objeto material del delito) dentro de la esfera de

²⁵⁰Ibíd. p. 61.

²⁵¹El artículo 185° CP (Hurto) establece que “*El que, para obtener provecho, se **apodera** ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno (...)*”. El artículo 188° CP (Robo) establece que “*El que se **apodera** ilegítimamente de un bien mueble total parcialmente ajeno (...)*”.

²⁵²El artículo 190° CP (Apropiación ilícita) establece que “*El que, en su provecho o de un tercero, se **apropia** indebidamente de un bien mueble (...)*”.

²⁵³Cfr. MORALES GARCÍA, Oscar. op. cit. p. 272-274.

disponibilidad del autor ya se encuentra entre las exigencias típicas que delimitan el injusto del peculado²⁵⁴. Como mencionábamos anteriormente en lo referido al sujeto activo del delito de peculado, el funcionario necesariamente debe ser aquel que tiene una relación de dependencia especial con el bien, la cual nace en virtud de normativa por parte de la administración pública. Él ya tiene en su esfera de dominio o disponibilidad, por razón de su cargo público, el bien objeto material del delito²⁵⁵.

2.4.1 Conceptualización del elemento “apropiación”

Habiendo sostenido que el delito de “peculado por apropiación” clasifica dentro de los denominados “delitos de apropiación”, corresponde ahora determinar qué se entiende por “apropiación”. En esta medida, para entender el elemento típico “apropiación” del delito de peculado recurriremos, en primer lugar, a las definiciones que se han esbozado en la doctrina respecto de la “apropiación” en el delito de apropiación ilícita o indebida²⁵⁶. En efecto, aunque dichas definiciones no

²⁵⁴Ibíd. p. 273. Sobre la no presencia de la circunstancia de desplazamiento de la cosa (desposesión) en el delito de apropiación indebida en contraposición del delito de hurto ver RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GARCÍA, Alfonso. op. cit. p. 416 y BAJO FERNANDEZ, Miguel y otros. op. cit. p. 66.

Discrepamos en este punto, por tanto, de la opinión de ALCOCER POVIS, Eduardo. La autoría y participación en el delito de peculado. Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya. En: www.incipp.org.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=18. Visitado el 06 de diciembre de 2013. pp. 15-18; quien entiende a la “apropiación” del delito de peculado tradicional como la incorporación del bien público a la esfera de dominio del sujeto activo; es decir, como una conducta de “apoderamiento” de bienes que hace que estos pasen de la esfera de disponibilidad jurídica del Estado a la esfera de disponibilidad jurídica del agente.

²⁵⁵Cabe notar que este poder dominio que detenta el sujeto activo, no debe ser entendido sólo como tenencia fáctica del bien, sino como aquellas relación jurídica de naturaleza normativa (creada a partir de un título) que vincula a aquel con el bien [Cfr. BAJO FERNANDEZ, Miguel. op. cit. p. 408 y 409].

²⁵⁶Así también lo sostiene CASTRO MORENO, Abraham. op. cit. p. 216.

son trasladables automáticamente al delito de peculado, sí nos servirán para entender de mejor manera esta conducta típica del peculado²⁵⁷.

La doctrina penal es uniforme al reconocer en la conducta de “apropiación” dos aspectos imprescindibles: 1) la apropiación en sentido estricto (aspecto positivo) y 2) la expropiación (aspecto negativo)²⁵⁸. Como sostiene la Prof. Silva Castaño, la “apropiación” consiste en la usurpación de una posición similar a la del propietario, desplazando al anterior titular permanentemente de su posición e incorporando la cosa al patrimonio ajeno²⁵⁹. Conforme sostiene esta autora, **la apropiación supone la presencia de dos elementos: 1) la apropiación en sentido estricto, que ha de ser al menos transitoria y consiste en que el sujeto se atribuye un poder de disposición igual que el del propietario; y 2) la expropiación del titular que ha de ser permanente o definitiva**²⁶⁰.

Ahora bien, a nuestro juicio, la conducta de “apropiación” no tiene una vertiente subjetiva propia distinguible de los dos elementos objetivos previamente expuestos ni distinguible del dolo típico que todo delito presenta.

Aun cuando en la doctrina existen autores que sostienen que la conducta apropiatoria tendría un aspecto objetivo y subjetivo²⁶¹, en tanto no podría existir una apropiación sin el ánimo de apropiación o propósito de incorporación definitiva

²⁵⁷ Así también lo sostiene ROCA AGAPITO, Luis. op. cit. p. 172.

²⁵⁸ DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. op. cit. p. 133.

²⁵⁹ Cfr. SILVA CASTAÑO, María Luisa. Comentarios al Código Penal. op. cit. p. 403.

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ Cfr. ROCA AGAPITO, Luis. op. cit. p. 173 y ETXEBARRIA ZARABEITIA, Xavier. op. cit. p. 173.

de la cosa al patrimonio del sujeto activo²⁶², desde nuestro punto de vista, el **ánimo de apropiación (*rem sibi habendi*) es en realidad una exigencia del propio concepto de apropiación, considerado desde el punto de vista de lo objetivo²⁶³**. El denominado “*animus rem sibi habendi*” o intención especial de apropiación se determina objetivamente mediante la apreciación de los elementos de la “apropiación” del tipo objetivo. Lo subjetivo de la conducta de apropiación es, como en cualquier otra conducta delictiva, parte integrante del dolo. Como bien sostiene la Prof. Silva Castaño:

“la intencionalidad de apoderarse de la cosa, no es configuradora de la tipicidad subjetiva con una entidad diferenciada de las exigencias del dolo, lo relevante es que el sujeto manifieste objetivamente dicha intencionalidad. Bastará para configurar la tipicidad del delito (...), con que el sujeto que se apropia en sentido estricto de la cosa, ponga de manifiesto por hechos externos la intencionalidad de expropiar de forma definitiva al titular de la misma, y actué con dolo.”²⁶⁴

Por tanto, trasladando la definición de “apropiación” esbozada al delito de peculado, se puede sostener que la “apropiación” consiste en aquel comportamiento por el cual el funcionario realiza un acto de dominio sobre una cosa que ya tiene en su poder por razón de su cargo, expropiando definitivamente a la administración pública del dominio del bien. **La apropiación, por tanto, supondría que el funcionario público realice, sobre las cosas que tiene a disposición, actos incompatibles con el título que le otorga inmediatez fáctica o jurídica sobre ellas, expropiando a la administración permanentemente del bien.**

²⁶²Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GARCÍA, Alfonso. Alfonso. op. cit. p. 1184.

²⁶³Cfr. SILVA CASTAÑO, María Luisa. op. cit. p. 431-432.

²⁶⁴Ibíd. p. 432.

- **Teorías sobre el contenido de los dos elementos de la “apropiación”**

Si bien los dos aspectos positivo y negativo de la “apropiación” son reconocidos unánimemente por la doctrina, la conceptualización y la determinación del alcance de los mismos ha sido diverso. Así, en la doctrina penal se han reconocido básicamente cuatro teorías para dotar de contenido a los aspectos positivo y negativo de la “apropiación”: la **“teoría de la sustancia”**, la **“teoría del valor”**, la **“teoría de la unión”** y la **“teoría funcional”**. A continuación expondremos cada una de estas teorías y tomaremos postura sobre el particular.

a) Teoría de la sustancia

Según esta teoría, existirá en estricto “apropiación” cuando el sujeto en su accionar pretende obtener una posición de poder similar a la del propietario a través del aprovechamiento de la “sustancia” del bien ajeno, lo cual genera en el titular del bien una privación fáctica de ejercer los poderes de su propiedad²⁶⁵. En esta medida la apropiación vendría definida por dos elementos: **i) la apropiación en sentido estricto, entendida como la actuación que pretende obtener una posición similar a la del propietario, y ii) la expropiación, entendida como la**

²⁶⁵Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. op. cit. p. 134.

privación a un sujeto de un objeto físico de su propiedad, de modo que ya no pueda disponer de él en absoluto²⁶⁶.

Se sostiene que para la existencia de una apropiación no se exige que se prive al propietario de su derecho de propiedad (este sigue existiendo), sino sólo de la cosa; es decir, que se afecte la posibilidad real con la que cuenta el propietario para ejercer sus poderes dominicales sobre el bien²⁶⁷.

De esta manera, cuando con la acción del sujeto activo se priva a una cosa de su valor inherente, pero ésta retorna a él sin mayor alteración en su estructura material tras su utilización indebida, no podrá afirmarse la presencia de una “apropiación” por ausencia del elemento segundo de “expropiación”. No habrá apropiación, entonces, cuando tras utilizar un título valor (cheque p.ej.) se devuelva al dueño el mismo título sin posibilidad de cobro²⁶⁸.

b) Teoría del valor real

Los partidarios de esta teoría sostienen que la “apropiación” se verifica con la privación duradera del valor económico de una cosa ajena. Los dos elementos de la apropiación vendrían definidos de la siguiente manera: **i) la actuación del sujeto activo que pretende conducir a su propio patrimonio el valor que detenta un bien (apropiación en estricto) y ii) la privación definitiva en contra**

²⁶⁶Ibíd. p. 133 y ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Comentario previo al Título XVIII. En: Comentarios al Código Penal. Manuel Gómez Tomillo (Director). Lex Nova: Valladolid, 2010. p. 914.

²⁶⁷Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. loc. cit.

²⁶⁸Ibíd. p. 135.

del propietario del valor del bien (expropiación)²⁶⁹. Como se puede observar, esta teoría centra su análisis en el valor económico del bien objeto de apropiación antes que en su materialidad.

Cabe notar que esta teoría tiene dos vertientes que se diferencian por tener un distinto entendimiento del segundo elemento de “expropiación” en la apropiación. Así, tenemos a la “teoría del valor amplia” y la “teoría del valor restringida”. La primera de ellas señala que existe apropiación cuando el autor obtiene cualquier beneficio con el uso del objeto ajeno²⁷⁰. Es decir, existirá apropiación cuando, aunque se devuelva el objeto, su uso le haya reportado un beneficio al autor. Por otro lado, la teoría del valor restringida sostiene que existe una expropiación típica cuando, además del beneficio para el sujeto activo, se genere la pérdida del valor económico intrínseco de la cosa ajena²⁷¹.

c) Teoría de la unión

La doctrina penal dominante ha reconocido que las dos teorías anteriormente expuestas no pueden constituir por si solas fundamento suficiente para la comprensión del elemento de “apropiación”. En esta medida, se ha

²⁶⁹Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. op. cit. p. 136.

²⁷⁰Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. loc. cit.

²⁷¹Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. op. cit. p. 137.

formulada una teoría ecléctica que trata de conjugar los postulados de la teoría de la sustancia y la teoría del valor real²⁷².

Según esta teoría, la apropiación viene definida por la incorporación al patrimonio del sujeto activo de i) la materialidad de cosa ajena o ii) de su valor, privando al propietario de las dos o una de ellas. Es decir, existirá apropiación cuando i) la cosa misma se expropie con carácter definitivo o, al menos, duradero; o ii) se merme su “valor” (incorporado necesaria y directamente en la sustancia de la cosa).

Cabe notar que esta teoría entiende al “valor” de la cosa de manera distinta a como la entendía la teoría del valor anteriormente expuesta, por cuanto el “valor” del bien viene definido por la función de objeto. El valor del bien no es cualquier ventaja económica imaginable que se obtenga de cualquier modo mediante la utilización del objeto sobre el que recae la conducta expropiatoria, sino solo aquel que se deriva de la propia funcionalidad del objeto²⁷³. En efecto, los defensores de esta tesis señalan que para determinar la “expropiación” del “valor” del bien incorporado indebidamente al patrimonio del sujeto activo se tendrá que atender a los intereses que tiene el propietario sobre él. Es decir, existirá “expropiación” por privación del “valor” del bien, cuando el objeto no pueda satisfacer a su propietario del mismo modo como anteriormente venía haciéndolo²⁷⁴.

Conforme lo señala De la Mata Barranco, **son dos los momentos que se deben analizar para afirmar o negar la existencia de una “apropiación”:**

²⁷²Ibíd. pp. 138-141.

²⁷³Ibíd. p. 139.

²⁷⁴Ibíd. p. 141.

Primero, se debe comprobar si el sujeto activo ha incorporado a su patrimonio un objeto ajeno del que se ve privado definitiva o duraderamente su legítimo propietario, en cuyo caso existirá apropiación (apropiación de la sustancia); sin embargo, si ello no sucede, habrá que verificar, en un segundo momento, si el propietario puede disfrutar del bien del mismo como lo venía haciendo antes de que el sujeto activo incorpore indebidamente el mismo a su patrimonio (apropiación del valor). Si existe esta posibilidad de disfrute por parte del propietario, entonces, no se afirmará la apropiación²⁷⁵.

d) Teoría funcional

Por último, la doctrina penal ha formulado en los últimos tiempos una teoría que se asemeja en cierto grado a la teoría de la unión y a la cual han denominado “teoría funcional de la apropiación”.

De acuerdo a esta teoría, “apropiación” supone el aprovechamiento indebido de las posibilidades de utilización inherentes a la función que una cosa tiene para su propietario (apropiación en estricto), privando duraderamente de la cosa al propietario (expropiación)²⁷⁶.

Este último elemento de “expropiación” es entendido como la disminución o privación de las posibilidades de disposición fácticas que fluyen de la propiedad y que permiten a su titular desarrollarse personalmente en el orden social²⁷⁷. Como

²⁷⁵Ibídem.

²⁷⁶Ibídem.

²⁷⁷Ibídem.

sostiene Silva Castaño, habrá expropiación cuando se compruebe que se ha privado al propietario para siempre de su posibilidad real de dominio o si se le ha privado de todas o algunas de las funciones del objeto²⁷⁸. O como sostiene Zugaldía, hay expropiación cuando se priva al titular de la posibilidad de ejercer el dominio de la cosa de la misma forma que lo hacía antes²⁷⁹.

La semejanza con la teoría de la unión se presenta por lo siguiente: Primero, ambas teorías no renuncian a la consideración de la sustancia y/o el valor de la cosa para determinar su apropiación. En efecto, aun cuando la teoría funcional centra su análisis en la funcionalidad del objeto, implícitamente está reconociendo que dicha funcionalidad puede recaer, tanto en la sustancia de la cosa, como en su valor o ambas, dependiendo del caso²⁸⁰. En segundo lugar, tanto la teoría de la unión, como la teoría funcional, hacen referencia a la función del objeto como elemento a tomar en cuenta para determinar la “expropiación”. Como se mencionó *supra*, la teoría de la unión, en un segundo momento de análisis, evalúa si el propietario puede disfrutar del bien del mismo como lo venía haciendo antes de que el sujeto activo incorpore indebidamente el mismo a su patrimonio. En tal sentido, aquí también la teoría de la unión atiende a la funcionalidad del objeto.

No obstante, la presencia de las semejanzas apuntadas, lo que diferencia a la teoría funcional de la teoría de la unión es que aquella no realiza un análisis en dos momentos como sí lo hace ésta última teoría. La teoría funcional no analiza en

²⁷⁸Cfr. SILVA CASTAÑO, María Luisa. El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno. op. cit. p. 99.

²⁷⁹Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. loc. cit.

²⁸⁰Esta semejanza es reconocida también por DE LA MATA BARRANCO. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. loc. cit.

un primer momento si se ha producido o no una privación de la sustancia de la cosa para luego recién analizar la privación o no del valor (función) de la misma, sino que siempre analiza solamente la privación o reducción de la funcionalidad de la cosa. Esta funcionalidad puede recaer, tanto en la sustancia de la cosa, como en su valor o ambas.

e) Toma de postura

A nuestro juicio, de todas las teorías expuestas precedentemente, la teoría funcional es la que nos parece más acertada, en tanto se ajusta de mejor manera al bien jurídico “patrimonio en clave funcional” que hemos reconocido en el delito de peculado. Conforme lo ha reconocido sector de la doctrina penal, los postulados de la teoría de la sustancia, la teoría del valor y la teoría de la unión merecen importantes críticas que a continuación expondremos:

Respecto a la teoría de la sustancia, lo criticable de su postulado es que, **dado su alcance limitado, genera efectos político-criminales negativos.** Conforme lo ha reconocido la doctrina alemana dominante, según esta teoría permanecen impunes una variedad de atentados contra la propiedad que no necesariamente transforman la sustancia del objeto²⁸¹. Así, en el ejemplo que mencionábamos *supra* sobre la apropiación de un cheque bancario, sería político-criminalmente insatisfactorio que no se sancione penalmente al que se apropió del valor del cheque (monto dinerario), pero devolvió la materialidad del mismo (papel).

²⁸¹ *Ibíd.*

En cuanto a la teoría del valor real amplia, se le puede criticar que la misma **no permite sancionar a las conductas apropiatorias que recaen sobre bienes carentes de valor económico**²⁸². Conforme hemos señalado, desde nuestro punto de vista, el objeto material del delito de peculado no requiere tener necesariamente un valor económico, pues lo relevante es que sirva para satisfacer intereses públicos de la Administración en concordancia con el bien jurídico “patrimonio público en sentido funcional”. En esta medida, la teoría del valor “amplia” no se condeciría con este entendimiento del bien jurídico ni con la caracterización general del objeto material de la acción del delito de peculado.

Por otro lado, un segundo cuestionamiento que recae sobre esta teoría es que genera una sobre criminalización de conductas de mero uso que reportan beneficio para el sujeto activo, las mismas que en principio deberían ser atípicas por no suponer una privación definitiva de las facultades de dominio sobre el bien (apropiación)²⁸³. Desde nuestro punto de vista, no se debe analizar el beneficio del sujeto activo para determinar la “apropiación” -pues este también puede beneficiarse de los meros usos penalmente irrelevantes-, sino que se debe evaluar el efecto que la incorporación del bien ajeno en el patrimonio del sujeto activo produce en el titular.

En lo concerniente a la teoría del valor real restringida, podemos criticar que la misma hace referencia exclusivamente al valor económico intrínseco de la cosa para determinar la existencia de una “expropiación”. En tal sentido, no podrían ser objeto de apropiación objetos carentes de valor económico, lo cual, como ya se

²⁸²Ibíd. p. 136.

²⁸³Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. loc. cit.

explicó, resulta desacertado, pues el valor que debe ser atendido no es el “valor económico” de la cosa, sino su “valor funcional”. Un entendimiento puramente económico del valor de un objeto no estaría en concordancia con nuestro entendimiento del objeto material del delito de peculado y del “patrimonio público en clave funcional” como bien jurídico protegido del delito.

Respecto a la teoría de la unión, habría que mencionar que el único cuestionamiento que podría efectuarse a la misma es de orden metodológico. En efecto, creemos que no resulta útil dividir en dos momentos la evaluación de la presencia de la “apropiación” (primero, “apropiación” de la sustancia y, luego, “apropiación” del valor), puesto que lo realmente importante es determinar el menoscabo de la funcionalidad del objeto, sea que esta funcionalidad recaiga sobre el valor o la sustancia del objeto ajeno. A pesar de que la teoría de la unión hace referencia a la funcionalidad del objeto en el segundo momento de análisis, creemos que ello se tiene que realizar siempre desde un primer momento, pues la apropiación de la sustancia de una cosa comporta también un menoscabo a su funcionalidad.

En tal sentido, desde nuestro punto de vista, la teoría que debe ser manejada para definir a la “apropiación” en el delito de peculado es la teoría funcional. La interpretación en clave funcional del “patrimonio público” como bien jurídico protegido por el delito de peculado propicia que también entendamos al elemento típico de “apropiación” en sentido funcional. Como sostiene De la Mata, existirá expropiación y lesión al bien jurídico protegido cuando *“con la conducta del sujeto activo se lesiona la posible utilidad que el titular podría haber obtenido con la disposición de su bien, único supuesto (...) en el que el derecho a la libertad de*

*actuación sobre esos bienes patrimoniales habrá de tenerse en cuenta*²⁸⁴. La expropiación se producirá allí donde el objeto deje de prestar a su propietario legítimo una de las posibilidades de disfrute que le ofrecía con anterioridad al acto de apropiación²⁸⁵. Asimismo, a favor de esta teoría funcional también se pronuncia Silva Castaño, quien sostiene que *“sólo podremos admitir la existencia de apropiación cuando el uso afecte a la función y sólo en ese caso consideramos la punibilidad del comportamiento”*²⁸⁶. Según esta autora, si se le priva al sujeto pasivo de la función de la cosa (con independencia de su valoración económica), aunque se le haya devuelto la sustancia, en realidad ya se le ha expropiado en forma definitiva de la misma²⁸⁷.

Por tanto, a nuestro juicio, la “apropiación” en el delito de “peculado doloso tradicional” debe ser entendida como **el aprovechamiento indebido de las posibilidades de utilización inherentes a la función pública que una cosa tiene para la Administración (apropiación en estricto), privando total o parcialmente a ésta de las posibilidades de disposición fácticas sobre dicha cosa (expropiación)**. Es decir, la apropiación se verifica cuando se suprime o disminuye la posibilidad de que la Administración ejerza su dominio sobre el bien público de la misma forma que lo hacía antes de que el funcionario se comporte ilícitamente como pseudo-propietario.

²⁸⁴ DE LA MATA BARRANCO. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. op. cit. p. 181.

²⁸⁵ *Ibíd.*

²⁸⁶ SILVA CASTAÑO, María Luisa. El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno. op. cit. p. 101.

²⁸⁷ *Ibíd.*

2.4.1.1 Los usos constitutivos de “apropiación”

En la doctrina penal se ha planteado la problemática de determinar cuándo el uso de una cosa constituye una “apropiación” penalmente relevante. En efecto, hay supuestos en los cuales la “apropiación” de una cosa resulta evidente, como cuando, por ejemplo, se enajena o destruye la sustancia de la cosa; no obstante, es más complicado establecer si existe “apropiación” cuando simplemente se usa indebidamente la cosa ajena. Abordar esta problemática cobra relevancia para nuestra investigación, puesto que, como se explicará, a nuestro juicio, el mero uso o utilización indebida de un bien público constituye una infracción administrativa, mas no un delito de “peculado por apropiación”.

Al respecto, en principio, habría que mencionar que, desde nuestro punto de vista, la referencia a los elementos subjetivos de “ánimo de devolución”²⁸⁸ o “ánimo de utilización” (*animus utendi*)²⁸⁹ resulta insuficiente para determinar qué tipos de usos indebidos constituyen “apropiaciones”. Como dijimos *supra*, los *animus* forman parte del dolo típico del delito, por lo que no coadyuvan a determinar la presencia o no del elemento objetivo del tipo “apropiación”.

En tal sentido, consideramos que se debe recurrir a criterios objetivos para solucionar la problemática planteada. Como dijimos, la “apropiación” presentados aspectos: el comportamiento como pseudo-propietario o de usurpación de la posición de propietario respecto de la cosa ajena (aspecto positivo) y la expropiación de la cosa (aspecto negativo). Precisamente, este último elemento de

²⁸⁸ Este es el criterio de distinción que utiliza ABANTO VASQUEZ, Manuel. op. cit. p. 344-345.

²⁸⁹ Recurre al criterio del propósito final o ánimo de apoderamiento el Acuerdo Plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema N° 4-2005/CJ-116 de 30 de setiembre de 2005 (fundamento 7°).

“expropiación” es el que se debe emplear para diferenciar la “apropiación” del mero uso atípico²⁹⁰.

Así, en primer lugar, para explicar la diferencia entre “apropiación” y mero uso se encuentra la “teoría de la sustancia”. Según esta teoría, hay “apropiación” no sólo cuando el autor hace suya la sustancia de la cosa, sino también cuando se comporta respecto de ella como si fuera su dueño²⁹¹. Sin embargo, pueden darse usos con comportamiento como dueño, por lo que ¿cuánto tiempo debe darse este uso para considerar que existe apropiación? Esta teoría señala que la definitiva expropiación es algo menos que la perpetuidad de uso de la cosa, pero algo más que el mero uso por breve tiempo²⁹². En nuestra opinión, esta teoría no parece resolver de forma suficiente el problema planteado, pues el criterio del tiempo resulta demasiado dubitable para determinar qué usos suponen “expropiación” definitiva.

En segundo lugar, tenemos a la “teoría del valor”. Como dijimos, esta teoría tiene dos manifestaciones: la teoría de valor amplia y la teoría del valor restringida. La primera de ellas, que señala que existe apropiación cuando, aunque se devuelva el objeto, su uso le haya reportado un beneficio al sujeto activo, no ayuda a diferenciar la “apropiación” del mero uso, pues todo uso que reporte un beneficio para el sujeto activo será considerado “apropiación”. Como se señaló *supra*, esta teoría genera una sobre criminalización de conductas de mero uso que reportan beneficio, las mismas que en principio deberían ser atípicas por no suponer una

²⁹⁰Refiriéndose a los delitos patrimoniales comunes ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Comentario previo al Título XVIII. En: Comentarios al Código Penal. Manuel Gómez Tomillo (Director). Lex Nova: Valladolid, 2010. p. 913-914.

²⁹¹Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. op. cit. p. 914.

²⁹²Ibídem.

privación definitiva de las facultades de dominio sobre el bien (apropiación). Por otro lado, en cuanto a la teoría del valor restringida, ésta sostiene que existe “apropiación” si el autor obtiene beneficio del uso de la cosa, pero, además, genera una disminución “considerable” del valor económico en la cosa. Si dicha disminución “considerable” no opera se afirmará sólo el uso de la cosa²⁹³. Lo criticable de esta teoría es que, como ya se dijo, el valor de una cosa no sólo debe ser evaluada económicamente, sino que fundamentalmente debe evaluarse su “funcionalidad”. Precisamente, esta es la consideración que hace que se formule la teoría funcional de la apropiación.

Respecto de la “teoría de la unión”, la misma, en primer término, utilizaría el mismo criterio temporal que la teoría de la sustancia emplea para diferenciar el mero uso de la apropiación. Es decir, cuando el uso de la cosa sea duradero sin llegar a ser perpetuo, habrá “expropiación”, mientras que si se trata de un mero uso por un corto tiempo no habrá “expropiación”. Luego de ello, en un segundo momento, sostendría que existe apropiación, cuando después de que el autor usa ilícitamente el bien, se priva al titular de ejercer el dominio de la cosa de la misma forma que lo hacía antes²⁹⁴. A nuestro juicio, la misma crítica que se le formuló a la teoría de la sustancia sería aplicable para la teoría de unión: el criterio temporal se demasiado dubitable para saber con suficiente certeza cuando estamos ante expropiaciones. Aun cuando, en un segundo momento, se evalúe el detrimento de la funcionalidad del objeto para determinar la presencia de una “expropiación”, el primer momento de evaluación mencionado nos parece inadecuado.

²⁹³ *Ibidem*.

²⁹⁴ *Ibidem*, quien se refiere a la teoría funcional, puesto que no identifica dentro de las teorías sobre la “apropiación” a la “teoría de la unión”.

En esta medida, creemos que la teoría funcional es la más adecuada para diferenciar el mero uso de la apropiación típica en el delito de peculado. Según esta teoría, **existe apropiación, cuando después de que el autor usa ilícitamente el bien, se priva al titular de ejercer el dominio de la cosa de la misma forma que lo hacía antes**²⁹⁵. En concreto, la apropiación supone la reducción de las posibilidades funcionales del objeto. Estas posibilidades funcionales se miden a partir de la utilidad que tiene el objeto para su legítimo titular. En este sentido, cuando el uso indebido no altera la funcionalidad del bien, conforme lo hemos definido, se estará ante un “uso” atípico, pues no existirá “expropiación” definitiva o permanente.

De esta opinión también es partidaria Silva Castaño, quien siguiendo a Zugaldía y Rudolphi, señala que a pesar de que la suscripción de la tesis funcional supone declarar la impunidad de conductas en las que un sujeto ha tomado una cosa mueble ajena, la ha utilizado indebidamente como propietario durante cierto tiempo y la devuelve sin haber afectado su función; esta impunidad no es *“un precio demasiado alto frente a lo que supone en seguridad jurídica tener un criterio que con bastante certeza determina los supuestos que han de entenderse como constitutivos de uso [atípicos] o apropiación [típica]”*²⁹⁶.

En este sentido, **existirá apropiación en el peculado - y no mero uso- si tras el uso ilegítimo del caudal público por parte del funcionario público, se priva a la administración pública de aprovecharse del bien de la misma manera que lo hacía antes de que fuera usado ilícitamente**. Por ejemplo, habrá

²⁹⁵ *Ibidem*.

²⁹⁶ Cfr. SILVA CASTAÑO, María Luisa. El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno. op. cit. p. 99.

“apropiación” si se le devuelve a la entidad pública un automóvil (no destinado al servicio personal del funcionario) luego de usarlo para un viaje de 5000 kilómetros, cuando a este solo le quedaban 6000 kilómetros de vida útil. Del mismo modo, existirá “apropiación” cuando se destruya la sustancia del bien total o parcialmente, se le disminuya considerablemente su valor económico, se lo enajene, etc. siempre que dichas conductas supongan para el titular del bien una reducción de su funcionalidad.

A nuestro juicio, por tanto, se afirmará una “apropiación” por existir una “expropiación” definitiva de la cosa, cuando objetivamente se constate que el funcionario, mediante el uso ilegítimo del bien público, suprimió posibilidades de que la cosa sea aprovechada por la administración pública de la misma forma que lo hacía antes; es decir, cuando luego del uso indebido la cosa ya no esté en condiciones de cumplir las mismas funciones públicas que tenía asignadas.

2.4.1.2 Los usos penalmente irrelevantes

Teniendo en consideración la definición de “apropiación” que hemos esbozado, los meros usos serían aquellas conductas consistentes en destinar el objeto ajeno a un fin diverso al autorizado, no generando la disminución de la funcionalidad del bien (no existe “expropiación”)²⁹⁷. Aquel funcionario que sustrae un viernes por la noche una laptop de su centro de labores para jactarse de que tiene una frente a sus amigos un fin de semana, pero la devuelve a la

²⁹⁷Cfr. QUINTANO RIPOLLES citado por DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. Op. cit. p. 166.

Administración el lunes por la mañana, sólo habría usado el caudal, mas no se lo habría “apropiado”, dado que no se redujo ni privó a la Administración del uso funcional del bien conforme lo venía haciendo antes.

Al respecto, como se afirma respecto del delito de apropiación indebida español, **el mero uso del bien objeto material del peculado es irrelevante penalmente**²⁹⁸. Las conductas que realmente son desvaloradas por el delito de “peculado tradicional”, por tener una gravedad y dañosidad suficiente, son sólo las conductas apropiatorias, siendo que, como se explicará más adelante, el elemento típico “utilización” hace referencia a una modalidad delictiva distinta de “gestión desleal de patrimonio público”. En efecto, aun cuando a partir de un entendimiento puramente literal del elemento típico “utilización” del precepto, se podría pensar que las conductas de mero uso son también punibles, sobre la base de una interpretación teleológica-axiológica²⁹⁹ de este elemento típico, se puede afirmar que el mero uso no autorizado del bien constituiría, en todo caso, sólo una infracción de naturaleza administrativa, mas no un delito³⁰⁰.

²⁹⁸Cfr. SILVA CASTAÑO, María Luisa. Comentarios al Código Penal. op. cit. p. 404 y DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. loc. cit.

²⁹⁹Conforme sostiene JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. op. cit. p. 166, la interpretación teleológica es aquella que apela a los fines y valores de la ley penal para su entendimiento. En esta línea, LUZON PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General I. op. cit. p. 169, sostiene que *“el criterio teleológico y valorativo atiende a la finalidad de la norma (fundamentalmente la ley), a su voluntad «objetiva» en su configuración actual y a las valoraciones implícitas o explícitas de la misma; y en el caso de las leyes penales, a los objetivos de política criminal que el sistema penal ha plasmado en un precepto o grupo de preceptos a través de un determinado tenor literal, con valoraciones y fines que se desprenden no sólo de la redacción de los hechos típicos y de la mayor o menor gravedad de su sanción, sino también de su puesta en relación con los principios y límites del ius puniendi”*.

³⁰⁰Sobre este punto, cabe mencionar que, si bien el artículo 388° CP sanciona a aquel funcionario que simplemente usa de forma no autorizada ciertos bienes públicos, este precepto penal sólo se aplica para bienes que constituyen herramientas de trabajo comunes, quedando fuera de su ámbito de aplicación los bienes que tiene el funcionario para custodiar, percibir o disponer (realizar negocios jurídicos). Además de ello, a nuestro juicio, este precepto penal del

Sobre el funcionario público que tiene a su cargo patrimonio público recae una serie de deberes funcionales especiales -positivizados en la normativa administrativa- de debida utilización como el estipulado en el artículo 7°.5 del Código de Ética de la Función Pública. Según este precepto, el funcionario debe hacer lo siguiente:

“proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones de manera racional, evitando su abuso, derroche o desaprovechamiento, sin emplear o permitir que otros empleen los bienes del Estado para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran sido específicamente destinados.”

En tal sentido, **la vulneración de este deber de uso debido de los bienes públicos por parte del funcionario encargado constituiría una falta o infracción administrativa** (Art. 10° del Código de Ética de la Función Pública), pues dicha conducta supone también un cierto grado de menoscabo al correcto funcionamiento de la administración pública que amerita que el Derecho Administrativo sancionador, como una manifestación adicional del *ius puniendi* estatal, intervenga (no se está proponiendo aquí una impunidad absoluta del hecho).

En efecto, al igual que sucede con otros ámbitos de regulación normativa en la que coexiste regulación penal y la regulación administrativa (regulación en el ámbito medioambiental por ejemplo), **el Derecho Administrativo también fomenta, conjuntamente con el Derecho Penal, el “correcto funcionamiento**

Art. 388° CP resultaría contrario al principio constitucional de proporcionalidad por contravenir la naturaleza *ultima ratio* del Derecho Penal, por lo que de *lege ferenda* debería ser derogado.

de la administración pública” (en específico, por ende, se protegería también el patrimonio público en sentido funcional)³⁰¹. La diferencia entre estos dos tipos de manifestación del *ius puniendi* estatal es que el Derecho penal, en tanto *última ratio*, sólo intervendrá frente a las conductas más lesivas que afectan el correcto funcionamiento de la administración pública³⁰². Es por ello que, como lo afirma sector de la doctrina penal, el riesgo que es tolerado o permitido por el Derecho Penal debe ser mayor al tolerado o permitido por el Derecho Administrativo³⁰³; es decir, no necesariamente lo que es prohibido para el Derecho Administrativo es prohibido para el Derecho Penal.

Así, a nuestro juicio, **la conducta de mera “utilización” del caudal público no reviste la gravedad o entidad lesiva suficiente como para ameritar la intervención del Derecho Penal a través de la aplicación del delito de “peculado por apropiación”**. Como dijimos, el delito de “peculado tradicional” sancionaría solamente conductas que en estricto son apropiatorias, dejando al Derecho Administrativo la labor de reprimir las conductas de utilización indebida de bienes públicos por parte de los funcionarios.

³⁰¹ Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana. Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios. En: La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Carlos María Romeo Casabona y otros (Editores). Tecnos: Madrid, 2002. p. 54. En sentido similar pero refiriéndose al ámbito del Derecho Penal económico CARO CORIA, Dino Carlos. op. cit. p. 19.

³⁰² Creemos que lo que distingue a la sanción administrativa de la sanción penal es la mayor gravedad del injusto de este. Se trata, entonces, de una diferencia cuantitativa, pues la sanción administrativa se deberá aplicar en casos de infracciones menores, de poca conmoción social, mientras que la sanción penal en virtud del principio de subsidiariedad y *última ratio*, deberá intervenir en aquellos casos en los cuales la sanción administrativa resulte insuficiente de cara a sus efectos preventivos generales [Cfr. ROXIN, Claus. op. cit. p. 71-75]. Sobre este punto MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Derecho Penal. Parte General. Tomo 1. Astrea: Buenos Aires, 1994. p. 23; sostiene que la diferenciación cuantitativa entre estos dos tipos de sanción ha sido la que ha tenido mayor acogida doctrinal.

³⁰³ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. El riesgo permitido en Derecho Penal (régimen jurídico penal de las actividades peligrosas). Ministerio de Justicia e Interior: Madrid, 1995. p. 79; y CARO CORIA, Dino Carlos. op. cit. p. 20.

2.4.2 Conceptualización del elemento típico “utilización”

Si hemos señalado que la conducta de mero uso indebido (no apropiatoria) resulta penalmente irrelevante para el delito de “peculado tradicional” por no tener el grado de gravedad suficiente, entonces ¿Tiene alguna utilidad práctica el término “utilizar” empleado en el precepto penal del Art. 387° CP? La respuesta es afirmativa; no obstante, la conducta típica de “utilización” configura una modalidad especial del delito de peculado que se diferencia de la tradicional modalidad de “peculado por apropiación”. En esta medida, el elemento típico “utilizar” no debe ser entendido genéricamente como cualquier clase de uso indebido de un bien público, sino como “disposición abusiva” de bienes públicos dados en “administración” al sujeto activo.

Como se explicará detalladamente más adelante, aquí **no se sanciona el mero uso indebido del bien público que el funcionario posee por razón de su cargo, sino que se reprime una conducta desleal especialmente grave en razón del abuso de la facultad de “disposición patrimonial” con la que contaba el funcionario, lo cual genera una apariencia de legalidad y regularidad de la operación frente a terceros.** Es decir, a nuestro juicio, esta conducta -no apropiatoria en estricto- sí detenta la gravedad suficiente para ser penalmente relevante, pues, a diferencia del mero uso indebido de cosas públicas, los actos de gestión desleal de patrimonio público representan un plus de desvalor debido a la presencia de un quebrantamiento del deber de realizar correctamente negocios jurídicos con terceros que disponen bienes públicos. Estas conductas

constituyen un ataque más grave al patrimonio público y un reproche social mayor, en la medida que se abusa de un **poder especial** que le permite al funcionario restringir el uso y/o sacar de la esfera de dominio de la Administración bienes públicos, produciendo una apariencia de regularidad o legalidad de los negocios jurídicos realizados frente a terceros; es decir, el plus de desvalor del hecho está en el uso indebido (abuso) del poder de disposición que el funcionario tiene sobre el bien.

Como se mencionó *supra*, no pueden ser objeto material del delito de peculado doloso tradicional bienes de naturaleza inmaterial y bienes inmuebles, pues estos no son susceptibles de “apropiación”. Sin embargo, este tipo de bienes, así como cualquier otro, sí pueden ser pasibles de una “disposición abusiva”; es decir, de una aplicación privada indebida por quien tiene el deber de administrarlos o gestionarlos para cumplir ciertas finalidades públicas. Precisamente, este es el ámbito de aplicación de la conducta típica de “utilización”.

En definitiva, a nuestro juicio y siguiendo parcialmente en este punto al Prof. Montoya Vivanco, el elemento típico “utilización” cobra utilidad práctica cuando se le conjuga con los elementos típicos “administración” y “caudales públicos” – explícitamente mencionados por la redacción del Art. 387° CP-. En este supuesto, **la conducta típica de “utilización” viene a constituir una modalidad delictiva especial del delito de peculado, al cual podemos denominar “administración desleal de patrimonio público”³⁰⁴.**

³⁰⁴Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan. Los viáticos como objeto de la acción del delito de peculado. Boletín N° 8. Diciembre 2011. p. 3-6. En:

Sobre el fundamento, contenido y alcance de esta modalidad delictiva se abundara en el siguiente capítulo.

2.5 Consumación del delito

Desde una perspectiva formal, un delito se consuma cuando el sujeto activo realiza todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal³⁰⁵. Desde esta perspectiva, la consumación hace referencia al cumplimiento de los elementos que se describen en el tipo penal³⁰⁶. Por otro lado, desde una perspectiva material, con la consumación se produce la perturbación del bien jurídico (lesión o puesta en peligro)³⁰⁷; es decir, la consumación marca el surgimiento del “desvalor de resultado” del injusto (sea éste un injusto tipificado expresamente en la parte especial del Código Penal o leyes especiales, o el injusto de un “delito tentado” que se tipifica a partir de las reglas generales de la tentativa del artículo 16º CP)³⁰⁸; el “desvalor de resultado” coincide con la consumación material del delito³⁰⁹.

http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/diciembre_2011_n08.pdf
f. Visitado el 16 de agosto de 2012.

³⁰⁵Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. op. cit. p. 556 y LUZON PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General. Volumen I. Universitas: Madrid, 2004. p. 350 y

³⁰⁶Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Grijley: Lima, 2013. p. 422.

³⁰⁷En este sentido VASQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. op. cit. p. 301y 302.

³⁰⁸Cfr. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. op. cit. p. 339; quien sostiene que la tentativa es, en puridad, un delito distinto al consumado.

³⁰⁹Según VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. op. cit. p. 422 la consumación concuerda con el desvalor de acción y el desvalor de resultado. De la misma opinión es LAURENZO COPELLO, Patricia. El resultado en el derecho penal. Tirant lo Blanch: Valencia, 1992. p. 160 quien sostiene que para los que adoptan –como nosotros- una concepción dualista del injusto, toda consumación supone desvalor de resultado, entendido como “perturbación” del bien jurídico.

En ese sentido, **el delito tradicional de “peculado por apropiación” se consuma cuando se produce la “expropiación definitiva” del objeto ajeno**, puesto que es en este momento que se perturba el bien jurídico “patrimonio público en sentido funcional” disminuyendo o privando a la administración pública de las posibilidades funcionales de aprovechamiento del objeto público. Conforme sostiene Silva Castaño, el “resultado típico”, “desvalor de resultado” o “consumación” en los “delitos de apropiación” se verifica en el segundo aspecto de la conducta de “apropiación”, esto es, la “expropiación definitiva” del titular del bien objeto de la apropiación³¹⁰. De la misma opinión es Sánchez-Vera, quien refiriéndose al delito de apropiación indebida, señala que este se consuma con el acaecimiento de los dos elementos o aspectos de la “apropiación”: “apropiación en estricto” y “expropiación”³¹¹.

En esta medida, la consumación del delito no requiere que se produzca un efectivo beneficio o provecho económico contable en el sujeto activo o un tercero³¹². La “apropiación” no implica, necesariamente, que el sujeto activo se enriquezca ni que, paralelamente, el sujeto pasivo (Administración) se empobrezca contablemente, dado que lo que se está protegiendo aquí son las posibilidades de ejercicio efectivo de las facultades dominicales que otorga la propiedad al titular de un objeto, mas no la situación patrimonial del sujeto pasivo³¹³. Conforme lo sostiene la doctrina de manera consensuada, la “apropiación” no disminuye

³¹⁰Cfr. SILVA CASTAÑO, María Luisa. El delito de apropiación indebida y administración desleal de dinero ajeno. op. cit. p. 96.

³¹¹Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Administración desleal y apropiación indebida. op. cit. p. 1213-1214, quien denomina a estos dos elementos “expropiación ideal” y “apropiación ideal”.

³¹²De esta opinión también es ROJAS VARGAS, Fidel. op. cit. p. 501.

³¹³Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Administración desleal y apropiación indebida. op. cit. p. 1215-1216.

contablemente el patrimonio del sujeto pasivo, pues este sigue detentando jurídicamente la titularidad del objeto “apropiado”³¹⁴.

En efecto, como sostuvimos cuando tomamos postura sobre el bien jurídico protegido por esta figura delictiva, para que se produzca un daño patrimonial no se requiere verificar una disminución económicamente cuantificable en las arcas del Estado, sino que –de acuerdo a un entendimiento funcional del patrimonio- se requiere la valoración de los fines públicos que se ven frustrados con la actuación antijurídica.

- **Sobre la apropiación “para sí o para otro”**

Cobra especial importancia en este punto de nuestro estudio, el entendimiento de los elementos típicos “para sí” y “para otro” del delito de peculado tradicional. En efecto, el delito de peculado tradicional señala que la “apropiación” puede darse “para sí” (para el sujeto activo) o “para otro” (para un tercero distinto al sujeto activo), lo cual debe entenderse como que la “apropiación” puede tener como consecuencia un **“favorecimiento” o “beneficio” al propio sujeto activo o a un tercero particular**³¹⁵.

A nuestro juicio, **la mención explícita que hace el tipo penal a estos dos elementos resulta superflua**, pues el propio concepto de “apropiación” los engloba. El tipo penal pudo no haber mencionado que la “apropiación” era “para sí

³¹⁴Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. op. cit. p. 134.

³¹⁵En sentido similar, ABANTO VASQUEZ, Manuel. op. cit. p. 354.

o para otro” y de igual forma se hubiera entendido que la “apropiación” de un objeto ajeno puede suponer un beneficio para el sujeto activo o para un tercero. Por ejemplo, habrá una “apropiación para sí” cuando la manifestación de la actuación indebida como pseudo-propietario (aspecto positivo de la “apropiación”) sea la realización de un viaje interprovincial de vacaciones familiar con un vehículo del Estado; mientras que habrá una “apropiación para otro” cuando esa manifestación de actuación como pseudo-propietario sea la entrega de una laptop del Estado como regalo de cumpleaños a la hermana del sujeto activo.

En los dos ejemplos mencionados, la “apropiación” se produce con el acaecimiento de disminución o privación de las posibilidades de aprovechamiento funcionales que tiene el objeto para la administración pública (expropiación); no obstante, en el primer caso, producto de la “apropiación” hubo un beneficio personal del sujeto activo, pues el sujeto activo se aprovechó de una de las facultades que dimanaban de la propiedad sobre el objeto (uso); mientras que, en el segundo ejemplo, mediante la conducta del sujeto activo hubo un beneficio para tercero (recibió un objeto sobre el que podrá ejercer fácticamente las facultades que emanan de la propiedad sobre él, expropiando a la Administración del objeto).

Toda “apropiación” siempre supone favorecer u obtener un beneficio privado (para sí o para otro) del objeto. Como se dijo, la propia naturaleza de las conductas apropiatorias hace que este beneficio se encuentre presente. Por ende, la mención expresa de los elementos “para sí o para otro” no hace más que reafirmar que existen diversas formas de manifestación de las conductas apropiatorias, las cuales pueden acarrear un beneficio para el sujeto activo, pero también, en algunos casos, un beneficio para un tercero.

En esta medida, para poder sancionar al tercero -que recibe dolosamente una cosa pública del sujeto activo- como partícipe del delito de peculado³¹⁶, habrá que analizar en cada caso concreto cuándo se produjo la “expropiación” definitiva del objeto público. Si la “expropiación” se produjo antes de que el tercero dolosamente recibiera en su esfera de dominio el objeto público, entonces no se podrá sancionar al tercero como partícipe, pues su intervención es post-consumativa³¹⁷. No obstante, si la “expropiación” se produce recién cuando el tercero recibe o tiene en su poder el objeto público, entonces el tercero podrá responder como partícipe del delito por intervenir en fase de consumación del delito.

Es sobre la base de estas consideraciones que nosotros no compartimos la opinión de Reaño Peschiera, quien refiriéndose a la conducta típica de “apropiación para otro” del delito señala que *“su consumación exige que el tercero acepte los caudales que indebidamente le ofrece el funcionario público. La aceptación del particular configura el acto de apropiación que consume el delito, y sólo a partir de ese momento puede afirmarse que el Estado ha sufrido una lesión patrimonial”*³¹⁸.

³¹⁶Sobre este punto, compartimos la opinión de MONTOYA VIVANCO, Yvan y otros. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. op. cit. p. 50, quienes sostienen que no existe impedimento para que el *extraneus* que participa como “interviniente necesario” en los delitos de encuentro (como el “peculado por apropiación para otro”), responda penalmente como cómplice si con su conducta se crea un riesgo penalmente prohibido para el bien jurídico. En sentido similar, pero sosteniendo que la conducta del interviniente necesario debe ir más allá de un “aporte mínimo necesario”, ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. op. cit. p. 80. Del mismo modo, se acerca a nuestro planteamiento, MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. op. cit. p. 233.

³¹⁷No obstante, el tercero podrá, de ser el caso, responder penalmente por un delito de lavado de activos por ejemplo.

³¹⁸REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias. Lima: Jurista editores, 2004. p. 43.

El autor referido sostiene que en la modalidad de “peculado por apropiación para otro” la consumación del mismo no se produce con el acto de “apropiación” mismo, sino con el acto de aceptación de los caudales por parte del tercero. A nuestro juicio, este entendimiento del elemento “para otro” no es acertado, pues introduce en la conducta típica de “apropiación” un elemento ajeno e innecesario. La aceptación por parte de un tercero de los bienes públicos no determina de ninguna manera la existencia de “apropiación”, sino que es siempre la verificación de una “expropiación” definitiva del objeto en perjuicio del Estado lo que configura la conducta apropiatoria. Según sea el caso, como se dijo, esta “expropiación” podría producirse antes de que el tercero acepte el objeto o, también, cuando éste ya lo tiene en su poder.

Por tanto, lo decisivo aquí no es la aceptación o recepción del objeto por parte del tercero, sino la verificación de los dos aspectos positivo (apropiación en estricto) y negativo (expropiación definitiva) de la “apropiación”.

CAPITULO III

LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE PATRIMONIO PÚBLICO

El presente capítulo de la investigación tiene por objeto estudiar, desde la dogmática-penal, la modalidad típica de administración desleal de patrimonio público contenida en el artículo 387° CP. En efecto, luego de que se ha delimitado el contenido y alcance del delito tradicional de peculado por “apropiación”, corresponde determinar el ámbito de aplicación y contenido material de la modalidad típica especial de administración desleal de patrimonio público, la cual fue referida por nosotros en el capítulo precedente cuando se conceptualizó el elemento objetivo de “utilización” contemplado en el tipo penal del Art. 387° CP.

En esta medida, en el presente capítulo en un primer momento se abordara lo referido al ámbito de aplicación de la modalidad de administración desleal de patrimonio público. En segundo lugar, se delimitará la conducta típica de esta modalidad a partir del análisis de las distintas teorías que se han formulado para la “administración desleal”. Por último, se analizará cómo se consuma la modalidad delictiva.

3.1. Ámbito de aplicación de la administración desleal de patrimonio público

Como se explicará con detenimiento *infra*, la modalidad delictiva de administración desleal de patrimonio público tiene aplicación allí donde el

funcionario público que detenta facultades de disposición patrimonial (facultad de realizar negocios jurídicos con terceros) abusa de dichas facultades para dar una aplicación privada a los bienes públicos, generando un perjuicio patrimonial al Estado. Es decir, esta modalidad delictiva se aplica cuando se gestiona patrimonio público en interés privado.

En esta modalidad, lo que fundamenta la gravedad del hecho y justifica la intervención del Derecho Penal es i) el abuso de las facultades de disposición que detenta el funcionario en la administración de un bien público, ii) la generación de una apariencia de legalidad y regularidad de la operación frente a terceros y iii) en los supuestos en lo que el funcionario detenta discrecionalidad administrativa, la mayor situación de vulnerabilidad del bien jurídico³¹⁹. Aquí, **el patrimonio público no es perturbado mediante la disminución de las posibilidades funcionales de la sustancia o valor bien objeto material del delito (como sucede con el “peculado tradicional por apropiación”), sino a través del abuso de las facultades de disposición que tiene concedidas el sujeto activo**³²⁰. En esta modalidad de administración desleal de patrimonio público, el patrimonio del Estado se ve menoscabo cuando, mediante dicho abuso, se destina el bien público a una finalidad privada ajena al interés general.

En este sentido, **la conjugación de los elementos típicos “utilización”, “administración” y “caudales” o “efectos” del Art. 387° CP permite el**

³¹⁹ En sentido parecido, refiriéndose a la administración desleal de patrimonio societario, MAYO CALDERON, Belén. La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del artículo 295° del Código Penal español y propuesta de *lege ferenda*. Comares: Granada, 2005. p. 300.

³²⁰ En sentido similar, refiriéndose a la administración desleal de patrimonio societario, aunque con sus particularidades, MAYO CALDERON, Belén. La administración fraudulenta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. op. cit. p. 157.

surgimiento de esta modalidad delictiva especial, la cual no sanciona conductas apropiatorias en estricto de cosas públicas –peculado tradicional-, sino de gestión desleal de bienes públicos (disposición patrimonial abusiva).

Sobre este punto, cabe precisar que, a diferencia del delito de peculado doloso tradicional, **los bienes públicos sobre los que puede recaer la conducta típica de la administración desleal de patrimonio público, también, pueden ser i) bienes inmateriales, ii) bienes inmuebles o iii) bienes que han sido autorizados para disponerse discrecionalmente por el sujeto activo, dado que el hecho penalmente desvalorado ya no es la “apropiación” de una “cosa mueble”, sino el abuso de una facultad especial de disposición de bienes públicos.**

En efecto, conforme lo ha reconocido Hernández Basualto, las limitaciones que detenta el delito de apropiación indebida para aplicarse en los supuestos en los que el objeto material lo constituyen estos tres tipos de bienes antes mencionados también son trasladables al delito de peculado tradicional (malversación de caudales públicos)³²¹. Así, el ámbito de aplicación del tradicional delito de “peculado por apropiación” no podría abarcar los supuestos en los que el objeto material lo constituyen cualquiera de estos tres tipos de bienes mencionados, pues, al igual que la apropiación indebida, el verbo rector “apropiación” no lo permitiría.

³²¹ Cfr. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. La administración desleal en el derecho penal chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXVI. 2005. p. 239.

En esta medida, a continuación se estudiarán las características y elementos de esta modalidad especial a fin de delimitar su ámbito de lo prohibido y notar las semejanzas y diferencias que guarda con el delito de peculado doloso tradicional contenido en el mismo precepto penal.

3.1.1 Sobre el sujeto activo

La modalidad especial de administración desleal de patrimonio público es, como sucede también con el delito de peculado doloso tradicional, un delito especial que exige que el sujeto activo tenga una vinculación funcional especial con el caudal público objeto material del delito. El sujeto activo debe ser un funcionario que tenga en “administración” el objeto material del delito, por ende, no puede ser sujeto activo de esta modalidad el funcionario que sólo “percibe” o “custodia” el bien público.

El funcionario público sujeto activo del delito no es cualquier funcionario por el solo hecho de serlo, sino que debe ser uno que tenga por razón de su cargo la disponibilidad sobre el bien público. Como se dijo en el capítulo anterior, el funcionario público debe tener una competencia normativa especial sobre el bien público, la cual puede surgir a partir de una norma (legal o reglamentaria), disposición (acto administrativo) u orden de la autoridad competente. Por ende, no puede ser sujeto activo del delito, el funcionario público que de manera ocasional tiene inmediatez con el bien público.

3.1.2 Sobre el objeto material del delito

Objeto material de la modalidad de administración desleal de patrimonio público pueden ser tanto “caudales” como “efectos” públicos. En relación a la adjetivación de los bienes como “públicos”, como se explicó en el capítulo anterior, un bien es público cuando, -en sentido amplio- “pertenece” a la administración pública; es decir, cuando el bien está destinado o adscrito al patrimonio de la administración pública (no necesariamente de su propiedad) y, por ende, al cumplimiento de finalidades públicas. Los bienes “pertenecen” a la administración pública desde que son percibidos por el funcionario en representación de aquella (teoría del derecho expectante) para cumplir finalidades públicas.

Ahora bien, es de notar que las clases de bienes públicos sobre los que puede recaer la modalidad especial de administración desleal de patrimonio público son diversas. **Estos bienes pueden ser “cosas muebles”, como también bienes inmateriales, bienes “inmuebles” y los bienes autorizados para disponerse discrecionalmente por el sujeto activo.** Dependiendo del caso, entonces, el objeto material del delito podrá constituir un “caudal” o “efecto” público en los términos del Art. 387º CP. Sobre el entendimiento de estos dos elementos típicos, nos remitimos a lo señalado en el capítulo precedente.

Lo particular del objeto material de la acción de esta modalidad de administración desleal de patrimonio público y que lo distingue del objeto material de la acción del peculado doloso tradicional es que también puede estar constituido por bienes que no pueden –por su propia naturaleza- ser objeto de “apropiación” en estricto, como aquellos que no detentan las características de

corporeidad, aprehensibilidad y posibilidad de traslado, o aquellos sobre los que el sujeto activo tiene amplio poder de disposición discrecional. Al sancionar esta modalidad delictiva, específicamente, conductas de abuso de facultades de disposición patrimonial -distintas a las “apropiaciones”- no existe obstáculo para que el objeto material de la acción de esta modalidad sean i) bienes incorpóreos (no aprehensibles), ii) bienes “inmuebles” (no trasladables físicamente)³²² o iii) bienes autorizados para disponerse discrecionalmente.

Precisamente, a continuación analizaremos detenidamente estos tres tipos de bienes (objeto material de la acción) sobre los que puede recaer la conducta típica de la administración desleal de patrimonio público.

a) Los bienes inmateriales

La modalidad de administración desleal de patrimonio público contenida en el Art. 387º CP puede tener como objeto material de la acción a bienes que no tienen un sustrato material tangible y no son apreciables por los sentidos humanos, esto es, bienes incorpóreos o inmateriales como, por ejemplo, los “derechos de crédito” o los derechos de propiedad intelectual o industrial, integrantes de un “activo patrimonial”.

Conforme lo ha reconocido la doctrina, los “activos patrimoniales” son cualquier elemento patrimonial que integra el “haber” contable de una persona natural o jurídica (dinero, bienes, créditos a su favor, acciones, etc.)³²³. Dentro del

³²² Comparte esta opinión, HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. op. cit. p. 234.

³²³ Cfr. PEREZ MANZANO, Mercedes. Las defraudaciones (ii). Apropiación indebida y defraudaciones del fluido eléctrico y análogas. En: Compendio de Derecho Penal. Parte

concepto de “activo patrimonial” se incluyen cualquier derecho que sea susceptible de tener un valor medible en dinero, como, por ejemplo, un derecho de crédito³²⁴.

En efecto, es de especial relevancia para la presente investigación el análisis de los “derechos de crédito” como objeto material del delito. El “derecho de crédito” es aquel que otorga al acreedor el derecho a que el deudor cumpla con una obligación³²⁵, cuyo objeto es la realización de una prestación de “dar”, “hacer” o “no hacer”³²⁶.

Los supuestos en los que un funcionario público administra un “derecho de crédito” integrante del patrimonio público es muy diverso; no obstante, en la presente investigación creemos pertinente analizar los siguientes ejemplos de “derechos de crédito” que son objeto material de la acción de la modalidad delictiva de administración desleal de patrimonio público: i) derechos de crédito surgidos a partir de la entrega en propiedad de un objeto como bien fungible y ii) el dinero “electrónico”, “bancario” o “giral”.

Especial. Volumen II. Miguel Bajo Fernández (Director). Centro de Estudios Ramón Erecos: Madrid, 1998. p. 481.

³²⁴Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín. De la apropiación indebida. En: Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Gonzalo Quintero Olivares (Director). Aranzadi: Navarra, 2007. p. 691. Reconoce también al “derecho de crédito” como un elemento integrante del patrimonio, PASTOR MUÑOZ, Nuria. La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho Penal patrimonial y económico. op. cit. p. 106.

³²⁵Reconoce al “derecho al cumplimiento de las obligaciones” como “derecho de crédito” integrante del patrimonio SILVA CASTAÑO, María Luisa. El delito de apropiación indebida y la administración desleal de patrimonio ajeno. op. cit. p. 179.

³²⁶Nuestra legislación civil reconoce tres tipos obligaciones: i) las obligaciones que tienen por objeto realizar una “prestación de dar” (Art. 1132° y ss. del C.C.), ii) las obligaciones que tiene por objeto realizar una “prestación de hacer” (Art. 1148° y ss. del C.C.) y iii) las obligaciones que tienen por objeto realizar una “prestación de no hacer” (Art. 1158° y ss. del C.C.).

DIEZ PICAZO, Luis. Fundamento del Derecho Civil patrimonial. Volumen I. Tecnos: Madrid, 1988. pp. 67-66; reconoce en los derecho de crédito, aquellos que dan al acreedor i) el derecho a una prestación de servicios (hacer o no hacer), ii) el derecho a obtener la entrega de una suma de dinero, iii) el derecho a obtener la entrega de cosas genéricas, iv) el derecho a obtener la entrega de una cosa concreta y determinada.

a.1) Los derechos de crédito surgidos a partir de la entrega en propiedad de un objeto como bien fungible

Los bienes fungibles son aquellos que pueden ser sustituidos por otros a propósito del cumplimiento de una obligación. Estos bienes son iguales en su valor, peso o medida; son equivalentes unos con otros y por eso pueden ser reemplazados a la hora del pago³²⁷. El bien fungible por excelencia es el dinero, dado que los billetes o monedas pueden ser sustituidos a la hora del cumplimiento de una obligación por otros del mismo valor económico.

En efecto, a menudo la propia Administración o un tercero entrega dinero a un funcionario público para que este realice cierta prestación de naturaleza pública (caso de la asignación de viáticos o del cajero que cobra una cantidad de dinero en nombre de la Administración por ejemplo). En estos casos, a la Administración poco le importa que el valor dinerario que utilice el funcionario en su labor funcional sea concretamente el otorgado u otro del mismo valor. De la misma forma, le es irrelevante que se devuelva el mismo dinero entregado (o parte de él) y no utilizado en la comisión de servicios u otro distinto del mismo valor dinerario. Ello en razón de que el bien otorgado tiene naturaleza fungible³²⁸.

Al respecto, debe notarse que de una interpretación conjunta de los artículos 1648° y 1654° del Código Civil peruano (C.C en adelante), se desprende que toda entrega de dinero -como bien fungible -transmite necesariamente su

³²⁷ Cfr. AVENDAÑO V., Francisco. op. cit. p. 33.

³²⁸ Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan. Los viáticos como objeto de la acción del delito de peculado. loc. cit.

propiedad al que lo recibe³²⁹. Cuando un bien fungible es entregado a otra persona se transfiere con este acto, necesariamente, la propiedad sobre el mismo, por lo que, el funcionario que recibe en su esfera privada de dominio un bien público fungible de la Administración adquiere la propiedad del mismo, esto es, el bien deja de formar parte del patrimonio de la administración pública y se incorpora el patrimonio personal del funcionario.

Además de ello, como sostiene De la Mata, cuando se entrega dinero (como bien fungible) a un mandante, comitente o representante, éste adquiere la propiedad del mismo, puesto que quien entrega el dinero pierde la posibilidad de reivindicarla, dado que existe dificultad para su identificación al producirse una mezcla y confusión con el patrimonio personal del que lo recibe³³⁰.

Cabe notar que cuando los bienes fungibles se incorporan al patrimonio personal del funcionario nace automáticamente en el patrimonio de la Administración un “derecho de crédito” que constituye un “activo” en su patrimonio. Es decir, como contrapartida a la entrega en propiedad del bien, se origina un incremento en el “haber” de la administración pública. Este “activo patrimonial” o “derecho de crédito” se satisfará cuando el funcionario cumpla con entregar a la Administración cierta suma de dinero o bien, o cumpla con la prestaciones establecidas³³¹. En definitiva, se genera una relación funcionario-Administración

³²⁹Esta interpretación también ha sido realizada por la doctrina española mayoritaria respecto de los artículos 1740° y 1743° del Código Civil español [Cfr. MORALES GARCÍA, Oscar. op. cit. p. 249; SILVA CASTAÑO, María Luisa. op. cit. p. 402 y BAJO FERNANDEZ, Miguel y otros. op. cit. p. 428.] cuya de redacción es similar a los artículos 1648° y 1654° del C.C. peruano.

³³⁰DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. op. cit. p. 536.

³³¹Sobre este punto, MANJON-CABEZA OLMEDA, Araceli citada por DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de propiedad y delitos de apropiación. op. cit. pp. 98-99, sostiene que cuando se entrega en propiedad un bien fungible como el dinero, lo que el delito

que exige al funcionario realizar ciertas prestaciones valorables económicamente para satisfacer el derecho de crédito constitutivo de un “activo” perteneciente a la Administración.

Por tanto, objeto material de la acción de la modalidad de administración desleal de patrimonio público no es el bien fungible entregado -pues él ya perdió la calidad de “público”-, sino el “derecho de crédito” o “activo patrimonial” (como bien inmaterial) adscrito al patrimonio de la administración pública. En este caso, también estamos ante un “caudal” público, toda vez que, como sostuvimos anteriormente, el concepto amplio de “caudal” incluye en general a cualquier “bien”, lo cual permite incluir, de manera genérica, a los “activos patrimoniales”.

a.2) El dinero giral en operaciones bancarias

Otro supuesto destacable de bienes inmateriales que constituyen objeto material de la modalidad de administración desleal de patrimonio público es el referido al “dinero bancario” (también denominado “dinero giral”)³³². Por “dinero bancario” se entiende el valor dinerario o monetario que es creado por los bancos a través del sistema de “cuenta corriente”³³³. Este tipo de “dinero” es utilizado en las operaciones bancarias como las “transferencias bancarias de crédito”, “depósitos bancarios”, “retiros bancarios”, etc.

de apropiación indebida protege es el “derecho al cumplimiento de la obligación de devolución de algo del mismo valor”.

³³²De esta opinión también es partidario HERNANDEZ BASUALTO, Héctor. op. cit. p. 232 y 234.

³³³ARANEDA DORR, Hugo. Economía política. Colección manuales jurídicos: Santiago de Chile, 1980. p. 370

Para que puedan darse estas operaciones bancarias que utilizan “dinero giral”, en principio, debe existir un contrato de cuenta corriente entre una entidad bancaria y otra persona. El contrato de cuenta corriente o ahorro es un contrato de gestión de negocios, que impone a la entidad bancaria (gestor) diversas obligaciones. La gestión consiste en desempeñar en beneficio del cliente un “servicio de caja”, el cual abarca los pagos y los cobros que el banco ha de realizar por cuenta y en interés de su cliente. Los pagos se anotaran en su “debe”, los cobros en su “haber”, de tal manera que la sucesión de unos y otros se traducirá gráficamente en la forma contable de una cuenta corriente o de ahorro³³⁴.

Es decir, la persona que tiene en su patrimonio “dinero bancario”, no es propietaria de dinero líquido alguno, sino que tiene un “derecho de crédito” a su favor respecto de la entidad bancaria. Dicho “derecho de crédito” -de naturaleza incorporal- constituye un “activo” inserto en el patrimonio del cliente del banco, de tal manera que cada vez que ella solicite al banco la entrega de cierta cantidad de dinero en efectivo, éste tendrá la obligación de hacerlo.

Por tanto, cuando alguien tiene en su patrimonio “dinero bancario”, en puridad lo que tiene es una acreencia o derecho de crédito que constituye un “activo” incorporal en su patrimonio. En esta medida, cuando un funcionario administra deslealmente fondos o dinero bancario de la administración pública, en puridad, administra deslealmente un “derecho de crédito”, el cual obliga a la entidad bancaria respectiva a –entre otras cosas- entregar ciertas sumas de dinero

³³⁴Cfr. GARRIGUES, Joaquín. Contratos bancarios. Aguirre: Madrid, 1975. pp. 158-159. Este autor prefiere hablar genéricamente de cuenta corriente, aunque reconoce que en la práctica también se utilizan otros términos para fenómenos similares como el de la cuenta de ahorro [Cfr. GARRIGUES, Joaquín. op. cit. p. 369].

líquido (retiro de dinero en ventanilla p. ej.) o “activos” (mediante transferencias bancarias de crédito³³⁵ p. ej.) a los representantes de la Administración cuando estos así se lo requieran a aquella entidad bancaria. Este “derecho de crédito”, como se dijo, constituye un elemento adscrito al “activo” del patrimonio público.

b) Bienes “inmuebles”

Cuando se tuvo oportunidad de explicar las características del bien público objeto material del delito de peculado doloso tradicional, se señaló que la cosa debía ser pasible de traslado o desplazamiento de un lugar a otro para ser pasible de “apropiación”. En esta medida, quedaban fuera del ámbito del delito de “peculado por apropiación” los bienes “inmuebles” que no podían ser movilizados de un lugar a otro. No obstante, en la modalidad delictiva de “administración desleal de patrimonio público” un tercer tipo de bienes pasibles de ser objeto material de delito son los “bienes inmuebles”, puesto que, como sostiene Sánchez-Vera, si bien ellos no pueden ser pasibles de “apropiación”, sí pueden ser sujetos de “disposición abusiva” contraria a los deberes que el principal impuso a su administrador³³⁶.

En efecto, como se explicará con detenimiento más adelante, la conducta típica de esta modalidad delictiva viene representada por una disposición abusiva

³³⁵La transferencia bancaria de crédito es aquella operación bancaria mediante la cual el ordenante manda u ordena a una entidad bancaria que efectúe un adeudo de un determinado importe (suma de dinero) en su cuenta corriente, de tal manera que dicho importe se abone (“prestación de dar”) en la cuenta corriente del beneficiario [Cfr. VÁSQUEZ MENA, Manuel José. La transferencia bancaria de crédito. Marcial Pons: Madrid, 1998. p. 136 y ss.].

³³⁶ Reconoce también a los bienes inmuebles como objeto material de la acción de la “administración desleal de patrimonio” SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. Administración desleal y apropiación indebida. op. cit. p. 1219. A favor de incluir a los “bienes inmuebles” como objeto material de la acción de la “administración desleal de patrimonio privado” también MAYO CALDERON, Belén. La administración fraudulenta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. op. cit. p. 162.

de elementos patrimoniales; es decir, la conducta típica supone la realización de negocios jurídicos con terceros que sacan del ámbito de disponibilidad o restringen el uso de bienes públicos. En esta medida, no existe obstáculo dogmático para apreciar una administración desleal de patrimonio público que recaiga sobre “bienes inmuebles” pertenecientes al patrimonio de la Administración, en tanto este tipo de bienes pueden ser pasibles de enajenaciones, alquileres, gravámenes, etc.

Así, por ejemplo, se configuraría esta modalidad delictiva cuando el funcionario, que tiene la facultad y el deber de enajenar cierto terreno del Estado a una determinada persona, dona el mismo a otro sujeto que es su familiar o permite que éste habite allí, usufructuando indebidamente el terreno.

c) Bienes autorizados para disponerse discrecionalmente

Por último, también pueden ser objeto material de la acción de la modalidad de administración desleal de patrimonio público los bienes públicos (cualesquiera sean estos) que están autorizados para disponerse con amplia discreción por parte del funcionario encargado. Estos bienes pueden ser corporales, incorporales, “muebles” o “inmuebles”, puesto que lo que fundamenta que ellos no puedan ser pasibles de “apropiación” y sí de “disposición patrimonial abusiva” es la facultad de disposición con amplio margen de discreción que recae sobre ellos.

Como se abundará más adelante, cuando se aborde lo referente a la conducta típica de esta modalidad delictiva, estos bienes no pueden ser pasibles de “apropiación”, pues el funcionario ya está autorizado para comportarse como pseudo-propietario (primer elemento o aspecto de la conducta de “apropiación”).

Como sostiene Morales García, el funcionario no podría “apropiarse” de aquel bien que la administración pública le ha “legitimado” para disponer comportándose como si fuera dueño (con amplios márgenes de discreción en su disposición)³³⁷. En estos casos lo que sucede es que el funcionario perjudica al patrimonio del Estado a través del abuso doloso de su facultad de disposición discrecional sobre bienes públicos.

3.1.3 Sobre la “administración” del bien público

En la modalidad delictiva de “administración desleal de patrimonio público” se exige necesariamente que el bien público objeto material de la acción esté confiado al sujeto activo para su “administración”.

Como se señaló en el capítulo anterior respecto del delito de peculado doloso tradicional, la “administración” debe ser entendida en un sentido amplio, es decir, no sólo como un poder de disposición dominical (enajenación p. ej.), sino más genéricamente como “poder de gestión” que incluye el mero uso funcional del

³³⁷Cfr. MORALES GARCÍA, Oscar. op. cit. p. 253.

Sobre este punto, es relevante también mencionar lo sostenido por MAYO CALDERON, Belén. La administración fraudulenta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. Nuevo Foro Penal. N° 71. Enero-Junio 2007. p. 156; quien sostiene que el “administrador” tiene otorgadas las mismas facultades de disposición que tiene el propietario y, por tanto, al ejercer dichas facultades realiza un acto dominical, en principio, lícito. Según esta autora, no comete una “apropiación” sino una “administración desleal o fraudulenta” aquel que, siendo administrador, utiliza sus facultades de disposición en sentido contrario al fin para el que se le han otorgado, perjudicando de esta manera el patrimonio de quien le otorgó dichas facultades. A nuestro juicio, la afirmación de esta autora es acertada sólo en parte, dado que si bien creemos que no puede cometer una “apropiación” quien tiene poderes de disposición sobre un bien ajeno, ello sólo es así cuando se tiene dicho poder con amplios márgenes de discrecionalidad en la determinación del fin o el procedimiento de disposición. Por el contrario, Mayo Calderón parece sostener que basta con que el administrador tenga cualquier poder de disposición sobre cualquier bien (así este prefijado el fin y el procedimiento) para que sea imposible verificar una “apropiación”.

patrimonio. No obstante, **esta modalidad delictiva exclusivamente puede presentarse cuando el sujeto activo detenta poder de “disposición patrimonial”** sobre el bien público, esto es, cuando el funcionario está facultado para realizar negocios jurídicos que extraen de una esfera de dominio bienes (transferencia de propiedad), los someten a gravámenes de garantía (v. gr. hipotecas) o a otros derecho reales limitadores del uso y/o disfrute (v.gr. usufructo o servidumbre), o los someten a derechos obligacionales o de crédito (v. gr. arrendamiento, donación, contratos atípicos, etc.)³³⁸.

En este sentido, **el elemento típico “administración”, debe ser entendido, para esta modalidad, de manera más restringida que en el caso del peculado doloso tradicional, pues supone una administración patrimonial de mayor intensidad.** Aquí, el sujeto activo sólo puede ser aquel “administrador” que detenta legitimidad para “disponer” de patrimonio público. Ello en razón de que, como se explicara luego, el desvalor de acción de esta modalidad se ubica en el abuso de la facultad de disposición patrimonial que quebranta los deberes de disposición leal de bienes públicos (recordemos que el mero uso de bienes públicos, desde nuestro punto de vista, es penalmente irrelevante).

En la modalidad de administración desleal de patrimonio público, el sujeto activo puede tener en “administración” el bien público de dos maneras: **i) sin discrecionalidad en la determinación del destino específico del bien público ni la forma en la que este bien será dispuesto, y ii) con discrecionalidad en la determinación del destino específico del bien público y/o la forma en la que**

³³⁸ Entiende de esta manera la “disposición patrimonial” LUZON PEÑA, Diego Manuel y ROSO CAÑADILLAS, Raquel. op. cit. p. 11 y 17.

este bien será dispuesto. Conforme se explicará detenidamente *infra* dependiendo del tipo de “administración” del funcionario, se configurará la submodalidad de “administración desleal común” o la submodalidad de “administración desleal arbitraria”, las cuales merecen distinto grado de reproche penal.

En esta medida, esta modalidad delictiva se aplica tanto cuando el funcionario está facultado para disponer del bien de determinada manera y para determinados asuntos sin amplia discrecionalidad administrativa, como cuando el funcionario está facultado para comportarse como pseudo-propietario en virtud de la amplia discrecionalidad administrativa que tiene para disponer del patrimonio público³³⁹. Como se explicará más adelante, según estemos ante alguno de los dos supuestos de “administración” mencionados, se evidenciará alguna de las dos sub-modalidades que presenta la administración desleal de patrimonio público.

3.2 Sobre el bien jurídico específico protegido

La modalidad de administración desleal de patrimonio público contenida en el artículo 387º CP protege, al igual que el delito tradicional de peculado doloso, el **“patrimonio público en clave funcional”**. Ello no podría ser de otra forma, dado que lo que se busca es que el patrimonio perteneciente a la Administración sea correctamente gestionado por los funcionarios públicos a cargo. Tanto en el delito de “peculado por apropiación”, como en la administración desleal de patrimonio

³³⁹Para esta última forma de “administración” ya no existe el obstáculo que existía en el delito de peculado doloso tradicional, cual era que no podía existir “apropiación” de algo sobre lo que el sujeto activo podía legítimamente comportarse como pseudo-propietario.

público, la tutela penal tiende a garantizar la “adecuada gestión del patrimonio público” para la consecución de los fines prestacionales-sociales de la administración pública³⁴⁰.

Al respecto cabe mencionar que la doctrina penal española ha reconocido que en el delito de administración desleal de patrimonio ajeno español (inserto en el precepto penal del delito de apropiación indebida del Art. 252º del Código Penal español) se protege de manera general el “patrimonio”³⁴¹. Se sostiene que lo decisivo en este delito no es la “apropiación” de un objeto que afecte las facultades dominicales que emanan de la propiedad, sino el “perjuicio patrimonial” que sufre el sujeto pasivo mediante la administración desleal (disposición patrimonial abusiva)³⁴². **Este patrimonio puede verse afectado mediante el menoscabo de un derecho de crédito (activo) o cualquier otro derecho (real o personal) que sea parte integrante de él**³⁴³. Sobre este punto el Prof. Rojas Aguirre, refiriéndose a la administración desleal del Derecho Penal alemán, sostiene lo siguiente:

“(...) debe considerarse que el ataque propio de la administración desleal se dirige contra objetos patrimoniales, sobre los cuales se ha conferido al autor competencia de decisión. Éstos representan el objeto de la acción en la administración desleal. De esta manera es posible concluir, que el fin del tipo de administración desleal es la protección del patrimonio contra aquella modalidad de ataque, que se dirige

³⁴⁰Para mayor explicación de lo que se entiende por “patrimonio público” como bien jurídico específico protegido ver el punto 1.3 de esta investigación.

³⁴¹Cfr. SILVA CASTAÑO, María Luisa. El delito de apropiación indebida y la administración desleal de patrimonio ajeno. Op. cit. pp. 71 y 72, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español. (consideraciones comparativas entre el Derecho alemán y el español). En: Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas de honor del Profesor Klaus Tiedemann. Boletín Oficial del Estado: Madrid, 1995. P. 390 y LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. La administración desleal. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. Lima. 2004. N° 14. P. 215.

³⁴²Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español. Op. cit. p. 389 y LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op cit. p. 225.

³⁴³Reconoce al derecho de crédito como elemento integrante del patrimonio SILVA CASTAÑO, María Luisa. El delito de apropiación indebida y la administración desleal de patrimonio ajeno. Op. cit. p. 72. Entiende al patrimonio como concepto que engloba todos estos derechos, BAJO FERNANDEZ, Miguel y otros. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. op. cit. p. 265 y 266.

contra sus objetos y que consiste en una conducta que infringe el deber de lealtad [el énfasis es nuestro].³⁴⁴

En esta medida, **la administración desleal de patrimonio público contenida en el Art. 387° CP protege al patrimonio público frente a conductas desleales de administración que la perjudican.** La diferencia que se presenta, en este punto, con el peculado doloso tradicional es que no se protege al patrimonio público frente a conductas “apropiatorias” que disminuyen o privan la funcionalidad (sustancia y/o valor) de la cosa, sino que se pretende evitar perjuicios patrimoniales en agravio de la administración pública a través del abuso de facultades de disposición de bienes públicos³⁴⁵. En esta medida, la modalidad de administración desleal de patrimonio público contenida en el Art. 387° CP constituye un **ataque diferente contra el patrimonio público**³⁴⁶.

En efecto, conforme lo sostiene Silva Castaño refiriéndose al delito de administración desleal de patrimonio público previsto en el artículo 433° del Código Penal español (CP español en adelante), el objeto de protección en este delito es el patrimonio público, en la medida que se busca una administración leal de los fondos públicos por parte de los funcionarios³⁴⁷. Según esta autora, esta modalidad especial de malversación de caudales públicos supondría un injusto más grave que la administración desleal de patrimonio privado (contenida en el

³⁴⁴ Cfr. ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán. En: Revista Penal. N° 23. Enero 2009. p. 140.

³⁴⁵ En sentido similar, refiriéndose a la administración desleal de patrimonio societario MAYO CALDERON, Belén. La administración fraudulenta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. op. cit. p. 157.

³⁴⁶ Cfr. MAYO CALDERON, Belén. La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. op. cit. p. 279, quien se refiere a la distinta forma de ataque al patrimonio que constituye la administración desleal frente al delito de apropiación indebida.

³⁴⁷ Cfr. SILVA CASTAÑO, María Luisa. El delito de apropiación indebida y la administración desleal de patrimonio ajeno. Op. cit. p. 82.

artículo 252° CP español) en razón de la cualidad especial del sujeto activo (funcionario público) y la naturaleza pública del objeto material de la acción³⁴⁸. En la misma línea, López Barja de Quiroga sostiene que no existiría obstáculo dogmático alguno que pudiera impedir que la administración desleal no solo menoscabe el patrimonio privado, sino también al patrimonio público³⁴⁹.

Conforme se explicará detenidamente más adelante, en esta modalidad delictiva el bien jurídico “patrimonio público” se ve menoscabado o perturbado (desvalor de resultado) cuando el sujeto activo dispone abusivamente de un bien público, dándole una finalidad privada ajena a los intereses públicos. En virtud de un entendimiento funcional del bien jurídico, se perjudica patrimonialmente a la administración pública cuando se destina el patrimonio público a una finalidad privada opuesta al interés general.

3.3 Delimitación de la conducta típica en la administración desleal de patrimonio público

La conducta típica de la modalidad delictiva de administración desleal de patrimonio público prevista en el Art. 387° CP implica un quebrantamiento de deberes funcionales de naturaleza administrativa que exigen al funcionario público disponer del patrimonio del Estado lealmente a fin de que éste pueda cumplir con sus objetivos prestacionales sociales. No obstante, el quebrantamiento de estos deberes no colma el desvalor de acción del injusto penal de esta modalidad

³⁴⁸Ibíd. P. 83.

³⁴⁹Cfr. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. cit. pp. 222-224.

delictiva, puesto que, se requiere, además, que dicha infracción suponga un riesgo penalmente relevante para menoscabar el bien jurídico protegido; es decir, además debe evaluarse la afectación a los intereses patrimoniales legítimos de la Administración.

Como se mencionó *supra*, el Derecho Penal, en tanto *ultima ratio*, debe sancionar conductas que tengan un plus de gravedad respecto de las infracciones administrativas³⁵⁰. Por ejemplo, no cabe duda de que el usar por una hora un auto del Estado para fines personales constituye –en términos coloquiales– una gestión indebida del patrimonio público; sin embargo, como ya se explicó, si esta conducta no supone una “apropiación” no es penalmente relevante para el delito de peculado doloso tradicional. Del mismo modo, esta conducta tampoco es sancionada por la modalidad de “administración desleal de patrimonio público”, pues, como se explicará, esta modalidad delictiva supone la realización de una “disposición patrimonial” abusando de una facultad especial de disposición.

En esta medida, la “administración desleal de patrimonio público” deberá hacer referencia a una conducta que, además de infringir una norma administrativa, tenga sus propias características que la dotan de relevancia penal. Es decir, se tendrá que dotar de contenido penal propio al elemento típico “utilizar” como verbo rector de esta modalidad delictiva. Conforme se explicará con detenimiento a continuación, a nuestro juicio, el núcleo del injusto de esta modalidad delictiva y, por ende, el contenido del elemento “utilizar” del tipo penal se relaciona con la “disposición abusiva” de patrimonio público.

³⁵⁰Ver al respecto lo señalado sobre el particular en el punto 2.4.1.2 de esta investigación.

Ahora bien, a fin de tomar postura sobre el entendimiento de la conducta típica de la “administración desleal de patrimonio público” es pertinente analizar, primero, el debate que se produjo en la doctrina y jurisprudencia española sobre la conducta típica de la “administración desleal de patrimonio privado”³⁵¹. En efecto, respecto de esta modalidad típica se han reconocido dos vertientes teóricas en cuanto a la interpretación de su conducta típica: **i) la teoría del “tipo de infidelidad” o “tipo de deslealtad” y ii) la teoría del “tipo de abuso patrimonial”**³⁵².

a) La administración desleal de patrimonio público como “tipo de infidelidad”

En cuanto al análisis de esta teoría, dividiremos la exposición en dos puntos: primero, abordaremos el entendimiento del “tipo de infidelidad” de la administración desleal de patrimonio privado en el contexto alemán y, luego, adundaremos sobre dicho entendimiento en el contexto español.

³⁵¹En la doctrina española, se ha sostenido que el precepto penal de la apropiación indebida (Art. 252° CP español) contiene dos delitos diferenciados: la apropiación ilícita tradicional y la “administración desleal de patrimonio ajeno” o “gestión desleal de patrimonio ajeno” [Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín. op. cit. p. 692.]. El delito de apropiación ilícita clásico estaría reservado para los supuestos de “apropiación” de objetos muebles no fungibles entregados con la obligación de restitución; mientras que el delito de “administración desleal de patrimonio ajeno” se aplicaría para cuando medien entregas en propiedad de bienes muebles fungibles [Sentencia del Tribunal Supremo en el caso del BSCH de 17 de julio de 2006 (Ponente: Sánchez Melgar) citada por GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. –La problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el Derecho Penal Español: ¿Un tipo de administración desleal en el artículo 252 del Código Penal? En: La administración desleal de los órganos societarios. Carlos Gómez-Jara Diez y Percy García Caverro (editores). Ara editores: Lima, 2010. p. 185 o cuando el objeto de la acción sean bienes inmuebles dados en administración [Cfr. SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Administración desleal y apropiación indebida. op. cit. p. 1219.].

³⁵²Cfr. GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Op. cit. p. 176 y ss.

a.1) El “tipo de infidelidad” en el contexto alemán

El “tipo de infidelidad” o “tipo de deslealtad” en la administración de patrimonio ajeno (denominado *untreue*) ha sido regulado en el parágrafo 266° del Código Penal Alemán (StGB en adelante)³⁵³. Este delito se configura, genéricamente, cuando **de cualquier forma se viola el deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos, generando en el principal un perjuicio patrimonial**. Como sostiene Martínez-Bujan, el “tipo de deslealtad” del parágrafo 266° StGB“(…) *preserva el patrimonio ante las agresiones que se producen en la esfera interna, habida cuenta de que en él se sanciona a quien lesione el deber que le incumbe de custodiar intereses patrimoniales ajenos*”³⁵⁴.

Esta teoría de la mera infidelidad o deslealtad ubica el núcleo de la conducta típica exclusivamente en la violación de deberes por parte del administrador, esto es, en el quebrantamiento de la confianza surgida de la relación entre administrador y principal. En efecto, como sostiene Bacigalupo, el “tipo de infidelidad” tiene por finalidad proteger las “relaciones internas” entre el titular del patrimonio y el administrador, respecto de los daños patrimoniales que se deriven del no cumplimiento de deberes del administrador³⁵⁵. El delito se

³⁵³ “**Artículo 266°.- Administración desleal**

El que abusa de las facultades que le han sido concedidas por una ley, mandato de la autoridad o por un negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro, o el que viola el deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos, al que está obligado por ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o una relación de confianza, y ocasiona de esta forma un perjuicio a los intereses que le han sido confiados, será castigado con la pena privativa de la libertad de hasta cinco años y multa.”

³⁵⁴ MARTÍNEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. El delito societario de administración fraudulenta. op. cit. p. 271-272.

³⁵⁵ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. cit. p. 390.

comete, de manera genérica, mediante una conducta (cualquiera sea esta) que califica como típicamente “desleal” o “infiel” por quebrantar ciertos deberes u obligaciones surgidos de su relación jurídica con el titular del patrimonio (principal).

Como puede apreciarse, el ámbito de aplicación de esta figura delictiva de la legislación alemana es bastante amplio³⁵⁶. Aquí, el sujeto activo puede cometer el delito mediante una multiplicidad de conductas sobre cualquier elemento patrimonial ajeno, siempre que ellas supongan un perjuicio patrimonial para el principal por el incumplimiento del deber genérico de salvaguardar los intereses patrimoniales del principal³⁵⁷.

Así, sobre la base de este entendimiento amplio de la administración desleal, podría cometer el delito quien estando obligado a realizar cierta operación de inversión en un negocio, no realiza la misma, pero devuelve el dinero a su principal. También cometería el delito quien habiendo recibido una computadora para repararla, no cumple con realizar dicha labor, perjudicando patrimonialmente al principal.

³⁵⁶ Así también lo afirma BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. op. cit. p. 392.

³⁵⁷ Sector de la doctrina y jurisprudencia alemana han tratado de limitar el ámbito de aplicación del delito señalando, entre otros criterios, que i) sólo se aplica cuando el deber de custodiar intereses patrimoniales represente el contenido típico y esencial de la relación de fidelidad de que se trate (que sea el “deber principal”) y ii) sólo se aplica cuando el sujeto obligado por la relación de lealtad posea una plena facultad de decisión autónoma (que haya podido actuar de modo diferente a como actuó) para el cumplimiento de un deber patrimonial que, además, se asuma con relación a verdaderos negocios jurídicos. No obstante, la doctrina y jurisprudencia alemana dominante considera que dichos criterios limitativos resultan insuficientes MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. El delito societario de administración fraudulenta. op. cit. pp. 273-275].

a.2) El “tipo de infidelidad” en el contexto español

La “teoría de la infidelidad” fue recogida por el Tribunal Supremo español, en un primer momento, en sus sentencias de 7 y 14 de marzo de 1994, y posteriormente -de manera más desarrollada- en su sentencia del caso *Argentina Trust* de 26 de febrero de 1998. Los partidarios de esta tesis sostienen que el Art. 252° CP español recogería el “tipo de infidelidad” de la administración desleal³⁵⁸.

En efecto, en la sentencia de 7 de marzo de 1994 el Tribunal Supremo español sostuvo que la administración desleal de patrimonio ajeno “*se comete cuando el administrador o el comisionista perjudican patrimonialmente a su principal en la medida en la que, **habiendo recibido sumas de dinero para ser entregados a dicho principal, no lo hacen distraendo el dinero de cualquier forma** (el énfasis es nuestro)”³⁵⁹.*

Del mismo modo, en la sentencia de 16 de febrero de 1998, el mismo tribunal reafirma su posición sobre el particular cuando señala lo siguiente:

*“el tipo [administración desleal] se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, **únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su “status”**” (el énfasis es nuestro)³⁶⁰.*

Esta interpretación del Tribunal Supremo también tuvo cobertura doctrinal en el contexto español. Al respecto, Silva Castaño sostiene que el delito de

³⁵⁸ Así lo afirma BACIGALUPO ZAPATER citado por GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Op. cit. p. 182. Se adhiere a esta teoría también SILVA CASTAÑO, María Luisa. Comentarios al Código Penal. op. cit. p. 406.

³⁵⁹ Extracto de la sentencia citado por GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Op. cit. p. 177

³⁶⁰ Extracto de la sentencia citado por GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Op. cit. p. 178.

administración desleal se aplica allí donde median entregas de una “cantidad” de dinero -concebido como bien fungible- para que se administre o se le dé un fin determinado, de manera que el sujeto activo perjudica patrimonialmente al principal a través de un **quebrantamiento de la confianza depositada en aquél**; esto es, “(...) *el sujeto activo realiza una **conducta desleal** de tales características que le produce al sujeto pasivo un perjuicio patrimonial*”³⁶¹.

En sentido similar, Manjón-Cabeza afirma que ante entregas de dinero (como bien fungible) mediante negocios jurídicos que impongan la obligación de dar un fin determinado al mismo (mandato p. ej.) el delito de apropiación indebida³⁶² se configura con la conducta del sujeto que **hace suyo ilegítimamente el dinero, separándolo de su fin**. En estos casos, afirma la autora, no se protege el derecho de propiedad del principal, sino un “derecho de crédito” que tiene a su favor y que consisten en el “derecho a la devolución de lo entregado”³⁶³.

Bajo este entendimiento del “tipo de infidelidad”, cometería este delito el administrador que habiendo recibido una suma de dinero para comprar un auto, no compra el mismo y, además no devuelve a su principal el monto dinerario entregado. Aquí, la administración desleal de patrimonio se configuraría cuando se produce el incumplimiento de la obligación de devolver una suma de dinero de equivalente valor al entregado, frustrando, con ello, el derecho de crédito del principal.

³⁶¹Cfr. SILVA CASTAÑO, María Luisa. El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno. Op. cit. p. 72.

³⁶²Aunque a nuestro juicio esta conducta no representaría una forma de apropiación indebida, sino una “administración desleal de patrimonio”, conforme sostiene Silva Castaño. Como se dijo, la conceptualización de la “apropiación” imposibilita que en estos supuestos se aprecie un delito de apropiación indebida.

³⁶³Cfr. MANJÓN-CABEZA OLMEDO, Araceli citada por DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. Op cit. pp. 97-100.

Como puede apreciarse, el Tribunal Supremo español y sector de la doctrina española, sólo consideran aplicable el “tipo de infidelidad” en la administración desleal de patrimonio privado para supuestos en los que median entregas de sumas de dinero en propiedad al administrador. Es decir, a diferencia de lo que sucedía con el entendimiento del “tipo de infidelidad” en el contexto alemán, el alcance de la modalidad de administración desleal se encuentra limitada exclusivamente a los casos en los que el dinero es entregado como bien fungible, no aplicándose el mismo para casos en los que la conducta desleal recae sobre cosas muebles o inmuebles, u otros bienes inmateriales (dinero bancario p. ej.).

Esta limitación del alcance del “tipo de infidelidad”, como explicaremos más adelante, puede resultar positiva en la medida que soluciona relativamente el problema de la excesiva amplitud que se detectó en el “tipo de infidelidad” alemán; no obstante, también genera que se consideren impunes supuestos que, a nuestro juicio, por lo menos en el ámbito de la administración pública, ameritan sanción penal, como por ejemplo, la administración desleal que recae sobre bienes inmuebles de naturaleza pública o sobre “dinero bancario”.

b) La administración desleal de patrimonio público como “tipo de abuso patrimonial”

En cuanto al análisis de esta teoría, igualmente, dividiremos la exposición en dos puntos: primero, abordaremos el entendimiento del “tipo de abuso” de la

administración desleal de patrimonio privado en el contexto alemán y, luego, adundaremos sobre dicho entendimiento en el contexto español.

b.1) El “tipo de abuso patrimonial” en el contexto alemán

El “tipo de abuso patrimonial” en la administración desleal de patrimonio ajeno ha sido recogido expresamente en la legislación penal alemana, al igual que el tipo de infidelidad”, en el párrafo 266° StGB anteriormente citado³⁶⁴.

Según esta teoría, la administración desleal tiene como conducta típica un **abuso de poderes de disposición por parte del administrador**. Como se establece expresamente en el párrafo 266° StGB, se reprime al administrador “*que abusa de las facultades que le han sido concedidas por una ley, mandato de la autoridad o por un negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno (...)*”.

El “tipo de abuso patrimonial” tiene como finalidad proteger al titular del patrimonio administrado en las denominadas “**relaciones externas**”, esto es, en las relaciones jurídicas obligacionales creadas frente a terceros por el administrador respecto del patrimonio administrado en uso del poder de

³⁶⁴ “**Artículo 266°.- Administración desleal**

El que abusa de las facultades que le han sido concedidas por una ley, mandato de la autoridad o por un negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro, o el que viola el deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos, al que está obligado por ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o una relación de confianza, y ocasiona de esta forma un perjuicio a los intereses que le han sido confiados, será castigado con la pena privativa de la libertad de hasta cinco años y multa.”

disposición conferido³⁶⁵. Como sostiene Martínez- Bujan, “(...) *el tipo del abuso tutela el patrimonio frente a los ataques que se derivan del otorgamiento de facultades de disposición en la esfera externa de la relación intersubjetiva, puesto que en él se castiga el abuso de la facultad de disponer de patrimonio ajeno (...)*”³⁶⁶.

Así, por ejemplo, cometerá el “tipo de abuso patrimonial” del parágrafo 266° del StGB, quien habiendo sido nombrado como administrador de una empresa y estando legitimado para disponer de bienes sociales, transfiere indebidamente a una cuenta bancaria de tercero fondos pertenecientes al activo de la empresa.

Así el rasgo distintivo del “tipo de abuso patrimonial” es que su conducta típica supone un ejercicio (si bien indebido o abusivo) de una facultad de disposición patrimonial conferida al administrador. A nuestro juicio, la regulación y entendimiento alemán de este “tipo de abuso” engloba **i) aquellas disposiciones abusivas que se dan en finalidades o formas no autorizadas y ii) disposiciones abusivas que se dan en el marco de las genéricas finalidades y formas autorizadas.**

Como se mostrará a continuación, estas dos modalidades del “tipo de abuso” han sido reconocidas y analizadas por la jurisprudencia y doctrina española en referencia al delito de “administración desleal” previsto en los artículos 252° y 295° CP español.

³⁶⁵ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. cit. p. 390.

³⁶⁶ MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. El delito societario de administración fraudulenta. op. cit. p. 271.

b.2) El “tipo de abuso patrimonial” en el contexto español

El “tipo de abuso patrimonial” de la administración desleal también ha sido reconocido por la jurisprudencia y doctrina española. Así, como señala Gómez-Jara, el Tribunal Supremo español ha sostenido, más recientemente, que la modalidad de administración desleal de patrimonio ajeno que se encuentra contenida en el Art. 252º del CP español (apropiación indebida) recoge el denominado “tipo de abuso”, renunciando a su anterior posición que se adscribía al “tipo de infidelidad”³⁶⁷.

En la sentencia del caso BSCH de 17 de julio de 2006, el Tribunal Supremo español sostuvo que, cuando se trata de **dinero u otros bienes fungibles** como objeto material del delito, el injusto del Art. 252º CP español se configura de la siguiente manera:

“Cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo”³⁶⁸.

En la misma línea de la anterior sentencia, el Tribunal Supremo en su sentencia del caso BBVA de 14 de noviembre de 2006, se decantó explícitamente por el “tipo de abuso” en la administración desleal del Art. 252º CP español, señalando lo siguiente:

³⁶⁷Cfr. GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Op. cit. p. 184 y ss.

³⁶⁸Extracto de sentencia citada por GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Op. cit. p. 185.

“Es sabido que sobre la esencia del delito de administración desleal, la doctrina ha dado tres respuestas diferentes: la primera considera que la esencia del delito es el abuso del poder de disposición sobre patrimonio ajeno. La segunda estima que se trata de la infracción del deber de velar por el patrimonio ajeno. Y la tercera se basa en el quebrantamiento de una relación de confianza, aunque ello no tenga base en la infracción de deberes emergentes de una relación jurídica concreta.

(...)

De las tres posibles respuestas, la primera es la que resulta más adecuada al derecho vigente.

(...)

Consecuentemente, la expresión “distraer dinero” debe ser entendida en el sentido tradicional de la noción de abuso de poderes otorgados por Ley o por un negocio jurídico para disponer sobre un patrimonio ajeno. La Ley requiere de esta manera que el administrador haya excedido los límites de su poder de disposición”³⁶⁹.

Es decir, sobre la base de lo sostenido por estas dos sentencias, el delito de administración desleal de patrimonio privado se configuraría a través de la disposición abusiva del dinero u otra cosa fungible entregada en administración. Sobre este punto, Vives Antón y Gonzales Cussac sostienen que cuando se trata de dinero dado en propiedad, la conducta típica del delito del Art. 252° CP español consiste en una **“disposición abusiva de valores patrimoniales”** que afecta un derecho de crédito a favor del principal³⁷⁰.

Ahora bien, el Tribunal Supremo español y sector de la doctrina española han reconocido dos modalidades o dos formas de cometer el delito de administración desleal de patrimonio (entendido como “tipo de abuso patrimonial”)³⁷¹, a las que nosotros denominaremos “administración desleal común”

³⁶⁹ Extracto de sentencia citada por GOMEZ JARA DIEZ, Carlos. Op. cit. pp. 188 y 189.

³⁷⁰ Cfr. VIVES ANTON, Tomas S. y Gonzales Cussac, José L. op. cit. p. 504.

³⁷¹ Que estaría tipificado tanto en el artículo 252° CP español, como en el artículo 295° del mismo cuerpo legal.

El artículo 295° CP español establece lo siguiente: *Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”.*

y “administración desleal arbitraria”. La explicación de estas dos formas de “administración desleal” es importante para nuestra investigación, puesto que nos permitirá diferenciar, también, en la “administración desleal de patrimonio público” estas dos clases o formas de “abuso patrimonial”, siendo que, a nuestro juicio, una deberá tener un mayor reproche penal que la otra, debido a la presencia de un dato adicional que hace desvalorar más intensamente la conducta del funcionario.

Así pues, por un lado, una forma o clase de administración desleal (siempre entendida como “abuso patrimonial”) implica que el administrador dé al patrimonio ajeno un destino definitivo diferente del autorizado o asignado, **excediendo del marco de sus facultades limitadas de disposición**³⁷². Es decir, el administrador no destina el bien ajeno a la finalidad por la fue encomendada en administración, sino que lo destina a un fin privado distinto, excediendo con ello su poder de disposición limitado³⁷³. Como sostiene Bacigalupo, la administración desleal contenida en el Art. 252º CP español vendría definida por los siguientes elementos: 1) El carácter de administrador del sujeto activo –que se identifica con el hecho de ser apoderado para disponer sobre el patrimonio dinerario ajeno-; 2) el exceso respecto de los límites de dichos poderes –elemento fundamental del tipo de abuso-; 3) el perjuicio patrimonial³⁷⁴

Aquí, la conducta típica consiste en la disposición de bienes ajenos excediéndose de las facultades o poderes que se confirieron, esto es, se destina el

³⁷² Así lo sostiene el Tribunal Supremo español en su sentencia de 21 de junio de 2007 citada por GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Op. cit. p. 212, refiriéndose sólo a dinero u otra cosa fungible como objeto material de la acción en el caso del Art. 252º CP español.

³⁷³ Nótese aquí, que, si bien el administrador excede ilícitamente de su poder de disposición (en cuanto a la determinación del destino del bien), su actuación se da en el marco del ejercicio de su poder legítimo de disposición patrimonial.

³⁷⁴ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique citado por GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Op. cit. p. 192.

bien ajeno a una finalidad no prevista o se dispone del bien a través de un procedimiento distinto al establecido por el titular. En estos casos, además de la infracción de deberes que supone el incumplir con la obligación impuesta por la relación interna con el principal (acreedor), se requiere que dicha infracción se plasme a través de una conducta de disposición indebida que implica generar relaciones jurídicas obligacionales con terceros.

Un ejemplo de esta primera modalidad de “abuso patrimonial” en la administración desleal sería la del administrador social que, estando obligado a vender mercadería a determinado precio, vende la misma por debajo de dicho monto dinerario³⁷⁵. Otro ejemplo de esta modalidad de “tipo de abuso” sería la del mandatario que estando obligado a gastar el dinero recibido por un tercero (principal) en la compra de determinado objeto, no lo hace, gastando el dinero en cuestiones personales³⁷⁶.

Por motivos metodológicos y de economía conceptual, nosotros nos referiremos a esta primera modalidad o forma de abuso patrimonial en la administración desleal como “**administración desleal común**”.

Por otro lado, una segunda modalidad o forma de “abuso patrimonial” en la administración desleal de patrimonio ajeno es la que el Tribunal Supremo español ha reconocido en su sentencia recaída en el caso BSCH de 17 de julio de 2006. Así, en dicho pronunciamiento el Tribunal Supremo español señala lo siguiente:

³⁷⁵ Esta conducta se encuadraría en el Art. 295º CP español (administración desleal de patrimonio social), pues el objeto material del delito no es dinero ni otro bien fungible.

³⁷⁶ Aquí, se aplicaría el Art. 252º CP español, en la medida que el objeto material del delito lo constituye dinero entregado como bien fungible.

*“Esta última exigencia supone que el administrador desleal del artículo 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. **El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas** [el énfasis es nuestro]”³⁷⁷.*

En sentido similar, el Tribunal Supremo español reconoce esta segunda forma o modalidad de administración desleal de patrimonio en su sentencia de 21 de junio de 2007, en la cual sostuvo lo siguiente:

“Cuando los actos de disposición de los bienes sociales o la asunción de obligaciones a cargo de la sociedad se realiza dentro de las facultades del administrador, aunque se ejecutan fraudulentamente respecto de la sociedad o resultan abusivas y perjudiciales para ésta, la conducta quedará subsumida en el artículo 295 del Código Penal.”³⁷⁸

Como se puede apreciar, el Tribunal Supremo español sostiene que el presente “abuso patrimonial” supone una disposición desleal de patrimonio que se enmarca dentro de las facultades de disposición conferidas; es decir, **el administrador no excede de sus facultades, sino que las ejerce indebidamente o infielmente en perjuicio de su principal**³⁷⁹. Se sostiene que en esta modalidad de “abuso patrimonial” existe una infracción de deberes internos de disposición patrimonial que impone el principal al administrador, estos es, una infracción del deber genérico de disposición leal y fiel del patrimonio ajeno.

³⁷⁷ Extracto de sentencia citado por GOMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. op. cit. p. 186.

³⁷⁸ Extracto de sentencia citado por GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. op. cit. p. 212.

³⁷⁹ Cfr. GÓMEZ LANZ, Javier. La disociación entre el delito societario de disposición fraudulenta de los bienes sociales y el delito de apropiación indebida: estado actual de la jurisprudencia. En: Derecho de sociedades. Congreso UNIJÉS 2007. Tomo II. Bosch: Barcelona, 2008.p. 401.

En tal sentido, mientras que en la primera modalidad de administración desleal descrita (a la que nosotros denominamos “administración desleal común”) existe una violación manifiesta y evidente de una obligación específica o concreta de disposición de bienes para un fin determinado o a través de un procedimientos preestablecido, en la presente modalidad o clase de administración desleal existe un “abuso patrimonial” que desnaturaliza o desvía un aparente ejercicio legítimo de facultades genéricas y discrecionales de disposición patrimonial. Aquí no se evidencia, desde un inicio y de manera evidente, una violación de las facultades limitadas de disposición patrimonial, sino que se contravienen las finalidades públicas en el aparente ejercicio legítimo de una discrecionalidad administrativa³⁸⁰.

En esta modalidad, se puede sostener que **el reproche penal es mayor, puesto que el funcionario abusa de una posición especial respecto del patrimonio administrado que le da facultades amplias de disposición similares a las que tiene el propietario.** En esta medida, además del desvalor que supone el abuso de una facultad de disposición, en esta modalidad específica, se desvalora el hecho de que dicho abuso se da desde una posición de mayor vulnerabilidad del patrimonio ajeno, pues el titular le confirió al administrador – asumiendo mayores niveles de riesgo- mayores niveles de discrecionalidad en la disposición de su patrimonio.

Un ejemplo de esta modalidad de abuso patrimonial sería el caso del director de una empresa que, estando obligado genéricamente a vender bienes de la empresa para generar liquidez (sin haberse establecidos precios fijos), vende los

³⁸⁰ En sentido similar, GOMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. Op. cit. p. 214.

mismos a un precio irrisorio (muy por debajo del precio de mercado) para beneficiar a los compradores, quienes eran amigos suyos.

Nosotros denominaremos a esta clase o modalidad específica de abuso patrimonial “**administración desleal arbitraria**”.

A nuestro juicio, la diferencia fundamental entre los dos tipos de “abuso patrimonial” en la administración desleal (“administración desleal común” y “administración desleal arbitraria”) se encuentra en la **naturaleza concreta o general de la obligación infringida** de disposición que tiene el sujeto respecto de la administración del bien³⁸¹, lo cual genera que la finalidad o el procedimiento de disposición patrimonial este o no preestablecido para el administrador. La “administración desleal arbitraria” se presentaría cuando el administrador disponga de patrimonio dentro de las facultades generales y amplias de disposición, las cuales le otorgan al administrador la posibilidad de determinar discrecionalmente el destino de los bienes o el procedimiento a seguir para la disposición (cuando el fin ya esté determinado)³⁸².

³⁸¹ *Ibidem*.

³⁸² Refiriéndose al delito de administración desleal de patrimonio social, FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en el Derecho Penal económico y empresarial. Indret, Barcelona, mayo de 2009. En: www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/130911/180677. Visitado el 16 de agosto de 2013. P. 35. Este autor señala que estas actuaciones suponen un riesgo no permitido que quebrantan un deber especial de no actuar en perjuicio de la sociedad o de sus socios. En estos casos, a deslealtad se presenta cuando los administradores sociales detentan una “amplia libertad de gestión” del patrimonio social.

c) Toma de postura

En este punto, en principio se criticará la teoría de la infidelidad o deslealtad y, luego, se expondrán los fundamentos del acogimiento de la teoría del abuso patrimonial.

c.1) Crítica al entendimiento de la administración desleal como “tipo de infidelidad”

Efectuando un traslado de la “teoría de la infidelidad” de la administración desleal al ámbito de la administración pública, consideramos que la misma no resulta adecuada dogmática y político-criminalmente, en razón de los argumentos que a continuación expondremos:

En primer lugar, haciendo un traslado del “**tipo de infidelidad**” regulado por la legislación alemana (parágrafo 266° StGB), la conducta típica de la “administración desleal de patrimonio público” vendría representada por la infracción de deberes (derivados de normativa administrativa) que imponen al funcionario gestionar adecuadamente en interés de la administración pública el patrimonio público que tiene a su cargo³⁸³.

³⁸³Sobre este punto, cabe mencionar que la posibilidad de trasladar este entendimiento del “tipo de infidelidad” al ámbito de los delitos funcionariales contra el patrimonio público ya ha sido evaluada en el contexto comparado. Así, por ejemplo, el “Anteproyecto de Reforma Penal” presentado por el Poder Ejecutivo español en el año 2012 sancionaba en su artículo 432° a “la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 de este Código sobre el patrimonio público administrado (...)” [CASTRO MORENO, Abraham y GUTIÉRREZ RODRIGUEZ, María. Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado. En: Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Javier Álvarez García (Director). Tirant lo Blanch: Valencia, 2013. P. 779]. El artículo 432° del anteproyecto lo que estaba regulando era el “tipo de infidelidad” (en el entendimiento amplio alemán) de la “administración desleal de patrimonio público”, puesto que el artículo 252°.2 del anteproyecto, al cual se remite aquel precepto penal, regulaba la “administración desleal de patrimonio

En nuestra opinión, dado el amplio ámbito de aplicación de este “tipo de infidelidad”, se consideraría casi cualquier infracción administrativa en la gestión de ciertos bienes públicos como delito de “administración desleal de patrimonio público”, lo cual conduciría a una **sobrecriminalización** en el ámbito de las actividades funcionariales y a un peligro a la seguridad jurídica³⁸⁴. Por ejemplo, cometería la modalidad de administración desleal de patrimonio público el funcionario que, estando facultado para administrar los fondos bancarios de una entidad pública, no realiza cierta transferencia bancaria de crédito para pagar las remuneraciones a ciertos trabajadores. Otro ejemplo sería el del funcionario que, estando obligado a vender un terreno del Estado, no cumple con dicho mandato. En este caso, igualmente, el delito se configura con el simple incumplimiento del deber de gestión del bien público (terreno) que perjudica los intereses patrimoniales (patrimonio funcional) del Estado³⁸⁵.

En estos dos ejemplos, el funcionario público está administrando un derecho de crédito o activo de la Administración –en el primer ejemplo- y un bien inmueble –en el segundo ejemplo-, por lo que cuando aquel no utiliza los bienes públicos de la manera debida (infringe su deber), perjudica los intereses patrimoniales del Estado, configurando la modalidad de administración desleal de

privado” en los siguientes términos: *“las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanados de la ley, encomendado por autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar”* [CASTRO MORENO, Abraham y GUTIÉRREZ RODRIGUEZ, María. Op. cit. p. 765].

³⁸⁴Respecto a los efectos nocivos para la seguridad jurídica del “tipo de infidelidad”, JESCHECK, Hans-Heinrich citado por MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. El delito societario de administración fraudulenta. op. cit. p. 273.

³⁸⁵Sobre este punto, PASTOR MUÑOZ, Nuria y COCA VILA, Ivo. El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. Iuris 2°. Junio 2013. P. 37; sostiene que este tipo de delito abre las puertas al castigo de las meras omisiones que impliquen la infracción del deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos.

patrimonio público. Como se explicara más adelante, en nuestra opinión, estas conductas no constituyen una administración desleal de patrimonio público, pues, en los dos ejemplos, la omisión del funcionario no se equipara valorativamente a una “disposición abusiva patrimonial”.

Al respecto, aun cuando reconocemos que en los delitos funcionariales - como la modalidad de administración desleal de patrimonio público- existe el elemento de abuso de la función pública y la adjetivación pública del patrimonio afectado (elementos que no están presentes en la administración desleal de patrimonio privado), creemos que elevar automáticamente a la categoría de delitos irregularidades en la gestión de bienes públicos resulta excesivo y contrario al principio de proporcionalidad penal³⁸⁶. En todo caso, consideramos que en estos supuestos podría intervenir el sistema administrativo sancionador o disciplinario a fin de asegurar eficazmente la correcta gestión de los recursos públicos.

En efecto, este “tipo de infidelidad” -en el ámbito privado- ha sido muy criticado por la doctrina y jurisprudencia alemana, siendo, incluso, tachado como uno de los capítulos más oscuros de la Parte Especial del StGB³⁸⁷. Entre otras cosas, se sostiene que el mismo resulta vulneratorio del principio de taxatividad penal, pues no se brinda, mediante su tipificación, suficiente certeza del tipo de conductas que se pretende incriminar³⁸⁸. Asimismo, Castro Moreno y Gutiérrez Rodríguez, además de aunarse a la crítica basada en el efecto excesivamente

³⁸⁶ En específico, se podría ver afectado el principio de fragmentariedad penal, el cual establece que el Derecho Penal sólo debe intervenir ante los ataques más graves contra los bienes jurídicos [Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto. El principio de proporcionalidad penal. Tirant lo Blanch: Valencia, 2007. P. 160].

³⁸⁷ Cfr. GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Op. cit. p. 197.

³⁸⁸ Así lo afirma MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. El delito societario de administración fraudulenta. op. cit. p. 275

expansivo del “tipo de infidelidad” de la legislación alemana, sostienen que el mismo tiene un origen histórico reprochable, puesto que se habría incorporado al Código Penal alemán en 1933 por órdenes del gobierno nacionalsocialista, a fin de ser aplicado a los judíos y otros “enemigos del Régimen” que estaban al frente de importantes empresas³⁸⁹.

Por otro lado, realizando un traslado del **“tipo de infidelidad” reconocido por la doctrina y jurisprudencia española en el Art. 252º CP español**, la conducta típica de la “administración desleal de patrimonio público” vendría representada por la infracción de los deberes de gestión leal del dinero recibido, separándolo de su fin público. Sobre este punto, **consideramos que este entendimiento de la “administración desleal de patrimonio público” limita demasiado el ámbito de aplicación del delito**³⁹⁰. En efecto, como se explicó, el “tipo de infidelidad” de la administración desleal de patrimonio ajeno, en el contexto español, está circunscrito exclusivamente a los supuestos en los que el administrador (sujeto activo) recibe dinero (como bien fungible) en propiedad para cumplir determinado encargo.

Desde nuestro punto de vista, limitar el alcance de la administración desleal de patrimonio en el ámbito de la administración pública sólo a los supuestos en los que median entregas de dinero, deja espacios de impunidad indeseados. **Así, sobre la base de este entendimiento restringido de la administración desleal de patrimonio público, no serían objeto material del delito los i) bienes “inmuebles” o cosas “muebles” en general, ii) “dinero bancario” u otros**

³⁸⁹Cfr. CASTRO MORENO, Abraham y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, María. Op. cit. p. 769-770.

³⁹⁰En el mismo sentido se pronuncia MAYO CALDERON, Belén. La administración fraudulenta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. op. cit. p. 155.

bienes inmateriales o iii) bienes sobre los que se tiene amplios poderes de disposición discrecional. La impunidad de la “disposición abusiva” de estos bienes, desde nuestro punto de vista, resulta político-criminalmente negativa, puesto que en la práctica es muy frecuente que los funcionarios, precisamente, dispongan abusivamente de “dinero bancario” o bienes sobre los que se tienen amplios poderes de disposición para, así, procurarse beneficios personales.

Sin perjuicio de las críticas que hemos efectuado para cada uno de los entendimientos (alemán y español) del tipo de infidelidad de la administración desleal, a nuestro juicio, el “tipo de infidelidad” en la administración desleal de patrimonio público no puede ser compartido, en razón de dos aspectos:

Primero, el acoger la “teoría de la infidelidad” podría suponer elevar automáticamente al rango de delito las meras infracciones de deberes de naturaleza administrativa. Como ya se tuvo oportunidad de explicar, **el injusto penal no puede reducirse a la mera constatación de infracción de deberes extrapenales**³⁹¹, en tanto que se vaciaría de contenido material propio al bien jurídico-penal protegido. Las infracciones administrativas deben suponer un riesgo para el bien jurídico cuya intensidad o gravedad es menor que el de los delitos. En virtud de la naturaleza de **ultima ratio del Derecho Penal**, no puede sostenerse

³⁹¹Sobre este punto, FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Op. cit. p. 18; sostiene que los delitos societarios, en el cual se encuentra el delito de administración desleal de patrimonio societario, no pueden ser interpretados como una mera bolsa de deberes extrapenales que protegen o garantizan con penas deberes extrapenales.

una accesoriedad administrativa absoluta del Derecho Penal, sino sólo una accesoriedad relativa³⁹².

Segundo, este entendimiento del injusto de la administración desleal de patrimonio público nos acercaría a la concepción que reconoce como objeto de protección genérico en los delitos funcionariales a la fidelidad al Estado (**“teoría del deber del cargo”**). Conforme ya hemos sostenido en el capítulo primero de esta investigación, este entendimiento del objeto de tutela en los delitos funcionariales no es acertada, pues ella se centraría exclusivamente en la relación funcionario público – Estado, postulando un Estado por encima de los intereses sociales e individuales y dejando en un segundo plano la labor prestacional y social de la administración pública.

c.2) Acogimiento del entendimiento de la administración desleal como “tipo de abuso patrimonial”

Desde nuestro punto de vista, la teoría que debe ser acogida para delimitar la conducta típica de la administración desleal de patrimonio público es la “teoría del abuso patrimonial” (recogida expresamente en el parágrafo 266° StGB alemán y el Art. 295°CP español, e implícitamente en el Art. 252° CP español), la cual reprimiría la disposición patrimonial abusiva por parte de un administrador que actúa en representación del Estado frente a terceros.

Como sostiene la doctrina alemana mayoritaria para el delito de “administración desleal de patrimonio privado” (parágrafo 266° StGB), el “tipo de

³⁹²Sobre la accesoriedad administrativa relativa del Derecho Penal ver HEINE, Günter. Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del medio ambiente. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. N° 46. 1993. p. 295 y ss.

abuso patrimonial” vendría a representar, materialmente, una hipótesis específica del “tipo de infidelidad”, puesto que al igual que éste supone una infracción de deberes de fidelidad en la gestión de patrimonio ajeno³⁹³. **En este sentido, toda conducta de disposición abusiva de patrimonio supone una deslealtad o infidelidad, mas no toda infidelidad configuraría el “tipo de abuso patrimonial”³⁹⁴** (todo aquel que dispone abusivamente de bienes ajenos es “infiel” en la gestión del patrimonio ajeno, mas no todo aquel que gestiona “infielmente” patrimonio ajeno dispone abusivamente de bienes ajenos).

Cabe mencionar que la posibilidad de trasladar la “teoría del abuso patrimonial” de la administración desleal hacia el ámbito de los delitos funcionariales contra el patrimonio público ya ha sido evaluada en España. Ello, dado que el “Anteproyecto de Reforma Penal” sancionaba en su artículo 432° a *“la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 de este Código sobre el patrimonio público administrado (...)”*. En esta medida, el artículo 432° del anteproyecto tipifica la administración desleal de patrimonio público entendida como “tipo de abuso patrimonial”, puesto que el artículo 252°.1 del anteproyecto, al cual se remite aquel precepto penal, regula la administración desleal de patrimonio privado en los siguientes términos: *Serán punibles (...) los que teniendo facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las*

³⁹³Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. El delito societario de administración fraudulenta. op. cit. p. 272.

³⁹⁴Cfr. GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Op. cit. p. 192 y PASTOR MUÑOZ, Nuria. op. cit. p. 40.

*infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado*³⁹⁵.

Al respecto, Castro Moreno y Gutiérrez Rodríguez se muestran conformes con la eventual tipificación expresa de la administración desleal de patrimonio público como “tipo de abuso patrimonial” en el CP español³⁹⁶. Y es que mediante este “tipo de abuso patrimonial” se otorga un **contenido propio al injusto** de la administración desleal de patrimonio público, distinguiéndolo materialmente de las meras infracciones administrativas en la gestión de bienes públicos; asimismo, se da al injusto un ámbito de aplicación práctica razonable (ni demasiado amplio ni demasiado limitado), ya que sólo entrarán en el radio de aplicación del tipo penal aquellas infidelidades que i) saquen de la esfera de dominio de la administración pública bienes públicos o ii) restrinjan el uso y disfrute de los mismos. Es decir, de cara a este delito, no será suficiente que se afecte la funcionalidad del patrimonio público a través de cualquier conducta indebida del funcionario, sino que será necesario que el bien jurídico sea afectado mediante una “disposición” de bienes públicos.

En efecto, si conforme lo ha reconocido sector de la doctrina penal, “disponer” –en el ámbito de la administración desleal- implica, **la realización de negocios jurídicos intersubjetivos que extraen de una esfera de dominio bienes (transferencia de propiedad), los someten a gravámenes de garantía (v. gr. hipotecas) o a otros derecho reales limitadores del uso y/o disfrute (v.gr. usufructo o servidumbre), o los someten a derechos obligacionales o**

³⁹⁵ CASTRO MORENO, Abraham y GUTIERREZ RODRÍGUEZ, María. Op. cit. p. 765.

³⁹⁶ *Ibíd.* p. 781.

de crédito (v. gr. arrendamiento, donación, contratos atípicos, etc.)³⁹⁷; entonces, la conducta típica de la “administración desleal de patrimonio público” vendría representada por la indebida o abusiva realización de cualesquiera de los mencionados negocios jurídicos sobre bienes públicos en perjuicio de los intereses patrimoniales de la administración pública. Lo que se sanciona es que el funcionario haya abusado de su “facultad de disposición” (facultad de modificar el patrimonio en su estado jurídico)³⁹⁸ en el marco de su poder de representar a la Administración frente a terceros y, por ende, también, haya abusado de la confianza depositada en él para realizar negocios jurídicos con terceros, perjudicando los intereses del Estado y **generando una apariencia de regularidad y legalidad frente a terceros**³⁹⁹⁴⁰⁰.

Nótese que, como bien afirma Luzón Peña, la conducta típica de “disponer” no implica la realización de cualquier acto indebido de “gestión” (entendido en sentido genérico) sobre el patrimonio público, pues esa conceptualización nos acercaría al entendimiento demasiado amplio de la administración desleal⁴⁰¹ (semejante a lo que proponía el entendimiento de la administración desleal como “tipo de infidelidad”). Lo que se desvalora penalmente es que el sujeto activo abuse de su facultad de representación para que, mediante la apariencia de

³⁹⁷Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel y ROSO CAÑADILLAS, Raquel. loc. cit.; quien afirma que, en el delito de administración desleal de patrimonio societario, el verbo rector “disposición” abarca actos de disposición definitiva como, también, conductas de disposición temporal o parcial. Entienden también la conducta típica de “disponer” como realización de negocios jurídicos Nieto Martín y Bacigalupo Zapater [Cfr. MAYO CALDERON, Belén. La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. op. cit. p. 308.].

³⁹⁸ ROJAS AGUIRRE, Emilio. op. cit. p. 159.

³⁹⁹Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel y ROSO CAÑADILLAS, Raquel. op. cit. p. 22, refiriéndose al abuso de la administración desleal de patrimonio societario.

⁴⁰⁰Sobre este punto, cabe notar que, a nuestro juicio, el abuso típico de este delito es independiente de si se producen eficazmente, desde un punto de vista civil o administrativo, efectos jurídicos de la realización del negocio jurídico [Cfr. SCHUNEMANN, Bernd citado por ROJAS AGUIRRE, Emilio. op. cit. p. 160.].

⁴⁰¹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel y ROSO CAÑADILLAS, Raquel. op. cit. p. 17.

regularidad y legitimidad frente a terceros, se realicen negocios jurídicos que i) extraen de la esfera de dominio bienes públicos, ii) someten a gravámenes de garantía bienes públicos, iii) someten a derechos reales limitadores del uso y/o disfrute bienes públicos o iv) someten a derechos obligacionales o de crédito a bienes públicos, perjudicando de esta manera patrimonialmente al Estado.

- **Diferenciación de las dos formas o submodalidades de “abuso patrimonial” en la administración desleal de patrimonio público**

Cuando se expuso lo referente al entendimiento de la administración desleal como “tipo de abuso patrimonial” se sostuvo que existían dos formas o submodalidades del delito: por un lado, estaba la “administración desleal común” (disposición abusiva patrimonial que consiste en excederse del marco de las específicas facultades de disposición conferidas) y, por otro, la “administración desleal arbitraria” (disposición abusiva patrimonial que se da en el ejercicio de las genéricas y amplias facultades de disposición conferidas). En esta medida, a continuación trataremos de trasladar estas dos formas de administración desleal al ámbito de la “administración desleal de patrimonio público” a fin de hacer notar el distinto nivel de gravedad que representa una submodalidad a comparación de la otra.

Así pues, en primer lugar, trasladando la submodalidad de “**administración desleal común**” al ámbito de la administración desleal de patrimonio público, la conducta típica vendría representada por **la disposición de bienes de naturaleza**

pública a una finalidad privada distinta a la asignada o mediante un procedimiento distinto al establecido por la normativa administrativa (norma abstracta, acto administrativo u orden de autoridad). Es decir, aquí se reprime al funcionario-administrador por haberse extralimitado en los poderes de disposición conferidos, disponiendo del bien público para un fin privado distinto al específicamente asignado o haciéndolo a través de un procedimiento distinto al específicamente previsto.

Por ejemplo, cometería este delito el funcionario público que, estando facultado por razón de su cargo a disponer de “dinero bancario” (derecho de crédito) de una institución pública para determinados asuntos públicos taxativamente establecidos (pago de remuneraciones, compra de materiales de trabajo, pago de servicios de luz, agua, etc.); realiza una transferencia bancaria de una suma de dinero a la cuenta bancaria de un amigo suyo.

Por otro lado, trasladando la **submodalidad de “administración desleal arbitraria”** al ámbito de la administración desleal de patrimonio público, la conducta típica se presentaría cuando **el funcionario que detenta amplios poderes discrecionales de disposición sobre bienes públicos, dispone de manera arbitraria (abusiva) de ellos, generando un perjuicio patrimonial al Estado**. Es decir, aquí el funcionario abusa de sus facultades genéricas de disposición patrimonial.

En estos casos, el delito de administración desleal de patrimonio público se presenta cuando se atribuye al funcionario público competencias para determinar el fin del objeto material o para que fije los procedimientos cuando el fin está

determinado; es decir, en los supuestos de amplia “**discrecionalidad administrativa**”⁴⁰². Aquí, se abusa de la potestad discrecional administrativa, superando en la administración de caudales o efectos públicos los niveles de riesgo permitido en el seno de la administración pública⁴⁰³. Con ello se separa al patrimonio de su fin constitucional de servir al interés general, destinándolo arbitrariamente a otros fines privados.

La esencia de la administración desleal, en estos supuestos, es que el administrador aparentemente actúa dentro del marco amplio de facultades de disposición que tiene asignadas (este marco de actuación obviamente es mucho mayor que el de la otra modalidad de “abuso patrimonial”, pues aquí la Administración no ha establecido específicamente en qué se dispondrá el bien o cómo se dispondrá de él), pero, en realidad, en uso (o abuso) de dicha discrecionalidad administrativa desvía las finalidades públicas a finalidades privadas. Lo característico de esta clase de “abuso patrimonial” es que, en un inicio, aparentemente, el funcionario actúa dentro del amplio marco de poder de disposición patrimonial; no obstante, luego, desnaturaliza su discrecionalidad administrativa para anteponer intereses privados frente a las finalidades públicas que subyacen al otorgamiento de dicha facultad discrecional. El funcionario desnaturaliza sus legítimas facultades de disposición patrimonial discrecional para perjudicar al Estado, desviando los recursos públicos para fines privados.

⁴⁰²Cfr. MORALES GARCÍA, Oscar. op. cit. p. 253, quien se refiere al delito de malversación de caudales públicos regulado en el Art. 433° CP español.

⁴⁰³Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La malversación por aplicación privada de bienes muebles o inmuebles de organismos públicos (Art. 434 CP). Un tipo desafortunado. En: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “*in memoriam*”. Luis Alberto Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez (coordinadores). Vol. 2, 2001. p. 89.

Por ejemplo, se configurará el delito cuando el funcionario que tiene márgenes de discrecionalidad para otorgar préstamos, otorga uno sin exigir garantía que sea objetivamente suficiente⁴⁰⁴. Asimismo, habrá una “arbitrariedad” típica cuando el funcionario (administrador) realiza contrataciones -con disposición de patrimonio-que resultan perjudiciales para el Estado en comparación con otras más beneficiosas que se podrían haber realizado, pero con las que el administrador sale indebidamente beneficiado (recibe comisiones subrepticias p. ej.)⁴⁰⁵. Por último, un tercer ejemplo, sobre el que se abundará con detalle en el punto 3.4 de esta investigación, sería el del funcionario que teniendo la obligación de devolver a la administración pública el dinero que representa la diferencia entre el monto dinerario otorgado por concepto de viáticos y el dinero efectivamente gastado en su comisión de servicios, no devuelve dolosamente dicho valor dinerario a la Administración para aprovecharse de él.

Sobre este punto, cabe notar que el autor no se comporta ilícitamente como un pseudo-propietario (como sucede en el “peculado por apropiación”), pues el titular del patrimonio administrado (administración pública) le ha otorgado legítimamente ese status de pseudo-propietario al permitirle disponer del bien con amplio margen de discrecionalidad⁴⁰⁶. Precisamente, el abuso cometido desde una posición similar a la del titular del patrimonio (Administración) genera que esta modalidad de administración desleal detente un plus de gravedad que ameritaría

⁴⁰⁴ Este ejemplo es planteado por MORALES GARCÍA, Oscar. op. cit. p. 262-263.

⁴⁰⁵ Refiriéndose al delito de administración desleal de patrimonio societario, utiliza este ejemplo FEIJOO, SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial. op. cit. p. 35.

⁴⁰⁶ Cfr. MORALES GARCÍA, Oscar. loc. cit.

un **mayor reproche penal**⁴⁰⁷, dado que el funcionario perjudica el patrimonio público desde una posición de mayor y especial vulnerabilidad del bien jurídico. Aquí, se podría afirmar que existe un aprovechamiento indebido de una **dobles vulnerabilidad del bien jurídico “patrimonio público”**: i) la vulnerabilidad que todo bien jurídico soporta respecto del sujeto activo(funcionario) en los delitos funcionariales y ii) la especial vulnerabilidad del patrimonio público respecto del funcionario que tiene amplios poderes discrecionales de disposición similares a los de un propietario⁴⁰⁸.

En tal sentido, no se configurará esta submodalidad de “administración desleal arbitraria” cuando el funcionario detenta simplemente facultades de disposición limitadas a un fin específico determinado o a un procedimiento de disposición establecido. La modalidad de administración desleal de patrimonio público que aquí analizamos requiere que el funcionario (administrador) viole deberes genéricos de administrar lealmente con discrecionalidad el patrimonio⁴⁰⁹. En esta medida, en nuestra opinión, cuando el funcionario, que detenta facultad de disponer de un bien público en un fin determinado o de una forma determinada, dispone del mismo extralimitándose del poder conferido en beneficio propio o de tercero, comete la modalidad de “administración desleal común” de la administración desleal de patrimonio público previsto en el Art. 387° CP, mas no la

⁴⁰⁷ De *lege ferenda* esta modalidad de administración desleal debería estar conminada con una pena abstracta mayor que la otra modalidad de administración desleal, en la cual no hay abuso de la discrecionalidad administrativa.

⁴⁰⁸ En sentido similar, MAYO CALDERON, Belén. La administración fraudulenta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. op. cit. p. 158; quien sostiene que en la administración desleal de dinero recibido, el sujeto activo puede perjudicar el patrimonio “desde dentro”, esto es, puede perjudicarlo utilizando las mismas facultades de disposición que tiene el propietario, lo que determina que la víctima se encuentre en una posición de especial indefensión.

⁴⁰⁹ Cfr. refiriéndose al delito de administración desleal del Art. 295° CP español, GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. Crisis financiera y retribución de directivos. op. cit. p. 20.

modalidad de “administración desleal arbitraria” de la administración desleal de patrimonio público⁴¹⁰. Como se dijo, esta distinción tendría relevancia a la hora de determinar la pena concreta por el delito, dado que, en nuestra opinión, la “administración desleal arbitraria” supone un mayor desvalor de acción que la “administración desleal común”.

- **Alcance del deber de lealtad en la submodalidad de “administración desleal arbitraria”**

Un tema importante para efectos de nuestra investigación es el referido a la determinación del alcance de los deberes de lealtad que se imponen al sujeto activo en la administración del patrimonio público cuando éste detenta amplios poderes de disposición discrecional. Este análisis resulta relevante, puesto que el mismo permitirá contar con criterios para determinar cuándo la actividad del administrador supone un riesgo penalmente prohibido que configure la modalidad de “administración desleal arbitraria”.

Dicha labor cobra especial importancia práctica si se toma en cuenta que, actualmente, el fenómeno de la corrupción en el uso del patrimonio público utiliza precisamente estos espacios de discrecionalidad funcional para facilitar el desvío del poder público. Muchas veces, los funcionarios utilizan ilícitamente estos espacios de no regulación normativa estricta y de discrecionalidad para privilegiar sus intereses personales por encima de los intereses generales.

⁴¹⁰ Comparte nuestra opinión, aunque refiriéndose a la distinción entre la administración desleal tipificada en el Art. 295° CP español y la tipificada en el Art. 252° CP español, GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. Crisis financiera y retribución de directivos. op. cit. p. 19.

Así pues, es de notar, en primer término, que para determinar que una conducta llevada a cabo por alguien se corresponde con la previsión del tipo penal es necesario realizar un juicio de imputación objetiva del comportamiento. En este nivel de análisis ha de comprobarse, por ende, que la conducta del funcionario responde a los parámetros normativos generales del tipo objetivo de la modalidad delictiva de “administración desleal de patrimonio público” previsto en el Art. 387° CP⁴¹¹.

Una de las instituciones dogmáticas que la doctrina penal ha reconocido para llevar a cabo el mencionado juicio de valor es el “riesgo permitido”. Según esta institución dogmática, “(...) *en el marco de la realización de actividades arriesgadas existen determinados espacios que ya desde un principio no se hallan abarcados por las normas penales de comportamiento por responder a una configuración vital que es tolerada de modo general (...)*”⁴¹². Allí donde se está ante conductas toleradas en la práctica social o permitidas normativamente se sostiene que se está en el marco de un “riesgo permitido”.

Como sostiene Cancio Meliá, el riesgo permitido abarca dos grandes grupos de casos: por un lado, los supuestos en los que una actividad generadora de riesgos para bienes jurídicos está permitida en determinadas circunstancias, bien existiendo una reglamentación extrapenal expresa (tráfico rodado p. ej.) o no expresa (*lex artis* en actividad médica p. ej.); y por otro lado, supuestos en los que

⁴¹¹ Entiende de esta manera a la imputación objetiva del comportamiento, CANCIO MELIA, Manuel. Aproximación a la teoría de la imputación objetiva. En: Cuestiones actuales de derecho penal económico. Colex: Madrid, 2008. p. 45.

⁴¹² CANCIO MELIA, Manuel. Aproximación a la teoría de la imputación objetiva. loc. cit.

el elemento preponderante es la normalidad social (conductas cotidianas)⁴¹³. Es en el primer grupo de casos mencionados que se ubican las conductas desarrolladas por el administrador de patrimonio público, en tanto que existe una normativa administrativa extensa que regula e impone ciertos deberes (de actuar o de abstenerse) de observancia obligatoria cuando se gestiona dicho patrimonio.

En esta medida, resulta ejemplificativo para nuestro análisis los criterios que se utilizan en la administración desleal de patrimonio societario español para determinar el riesgo penalmente prohibido. Sobre este punto, Feijoo Sánchez señala lo siguiente:

*“(...) La existencia de roles económicos con deberes positivos no significa que el sujeto tenga que hacer todo lo posible en beneficio de otro ámbito de organización (la sociedad o los socios). En lo que respecta al administrador de una sociedad, este no responde penalmente si los socios no obtienen los mismos beneficios que los de otras empresas similares. **Lo que pretenden garantizar las normas penales son sólo unas prestaciones mínimas indispensables o irrenunciables por parte de sujetos que detentan deberes especiales** (...) Lo que garantiza el Derecho Penal no es que una sociedad tenga los mejores gestores, sino que éstos gestionen lealmente (...) [el énfasis es nuestro]”⁴¹⁴.*

Como sucede con la administración desleal de patrimonio societario, **no se le va a exigir al funcionario público encargado que obtenga el mejor resultado en la gestión del patrimonio público o el máximo rendimiento del mismo**, sino que se le exigirá que cumpla, en cada caso concreto, con su deber de administrar leal o fielmente los bienes públicos a fin de no perjudicar patrimonialmente al Estado. Evidentemente, el alcance del deber de gestión leal del patrimonio público deberá evaluarse, en cada caso concreto, a partir del tipo de

⁴¹³ Ibíd. p. 45-46.

⁴¹⁴ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en el Derecho Penal económico y empresarial. op. cit. p. 33.

entidad pública que es titular del patrimonio (empresas públicas, municipalidades, colegios estatales, entidades financieras públicas, etc.) y de la función o finalidad que dicha entidad le otorga a dicho patrimonio. En esta medida, entre el alcance del deber de lealtad que se le imponen a los administradores del patrimonio de algunas empresas privadas y el alcance del deber de lealtad que tiene el funcionario-administrador de entidades estatales existiría una diferencia cuantitativa, dado que en la función pública existe una mayor cantidad de deberes y principios que regulan la gestión del patrimonio.

En efecto, en lo que respecta a la submodalidad de “administración desleal arbitraria”, las normas administrativas que regulan la gestión del patrimonio público (leyes, reglamentos, directivas internas, órdenes de autoridad competente) van a ser útiles para indicar cuándo se está ante una conducta que supone un riesgo penalmente prohibido para el bien jurídico “patrimonio público”⁴¹⁵. En especial, servirán de parámetro para evaluar la presencia de una violación del deber de fidelidad penalmente relevante las **directivas internas** de cada entidad pública y las concretas **órdenes o disposiciones** que se emitan al administrador para la gestión del patrimonio⁴¹⁶. Ello en la medida que estas normas y disposiciones dan

⁴¹⁵. Seguimos en este punto la posición intermedia suscrita por NAVARRO FRIAS, Irene. Delitos de administración desleal y discrecionalidad de los administradores sociales. Cuadernos de Política Criminal. N° 109, I, Época II, mayo 2013. p. 210-211, quien sostiene que la presencia de una conducta permitida en el ámbito mercantil debe llevar de manera automática a excluir la responsabilidad penal y, por otro lado, la presencia de un ilícito mercantil nunca puede llevar a afirmar sin más comprobaciones la presencia de un ilícito penal, sino que tendrá un efecto meramente indiciario. En el mismo sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación objetiva en el Derecho Penal económico y empresarial. op. cit. p. 34

⁴¹⁶ Sobre este punto, MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. El delito societario de administración fraudulenta (entre el delito patrimonial de “infidelidad” y el delito societario del “abuso de facultades jurídico sociales). Estudios penales y criminológicos. N° 17. 1993-1994. p. 75; refiriéndose a la administración desleal de patrimonio societario, señala que la contrariedad del deber de fidelidad se concreta a partir de la infracción de normas legales o reglamentarias que disciplinan el funcionamiento de la sociedad, y las disposiciones que regulan la relación de fidelidad entre administrado y administrador.

cuenta de la forma en la que se estructuró la relación de confianza entre administrador y administrado⁴¹⁷. El entendimiento funcional del bien jurídico “patrimonio público” permite apreciar un perjuicio patrimonial penalmente relevante cuando, sobre la base de la normativa administrativa en sentido amplio, se le dé a un elemento patrimonial un destino distinto al que fue programado por la Administración.

No obstante lo anterior, como bien apunta Navarro Frías, en esta clase de “abusos patrimoniales”, raras veces algo estará claramente prohibido o permitido en la normativa extrapenal, por lo que el intérprete se mueve en una “**zona gris**”⁴¹⁸ (aun cuando reconocemos que en ámbito de la actividad funcional existe menos libertad de acción discrecional, dado que hay mayor regulación normativa). El deber de lealtad, muchas veces, se configura y concreta en la normativa extrapenal de forma vaga, por lo que resulta difícil en un caso concreto determinar cuándo se está ante una conducta penalmente prohibida⁴¹⁹.

Y es que, como mencionábamos antes, la nota característica de la modalidad de “administración desleal arbitraria” es la presencia de una amplia discrecionalidad administrativa para determinar el específico fin o el específico procedimiento de disposición del patrimonio, por lo que, muchas veces, existe una falta de regulación o vaguedad de los deberes extrapenales fijados para la concreta actuación funcional. Esta falta de regulación o vaguedad normativa es comprensible si se toma en cuenta las numerosas posibles variables o alternativas

⁴¹⁷ Refiriéndose al delito de administración desleal de patrimonio societario, LUZON PEÑA, Diego-Manuel y ROSO CAÑADILLAS, Raquel. op. cit. p. 22.

⁴¹⁸ Cfr. NAVARRO FRIAS, Irene. op. cit. p. 212.

⁴¹⁹ *Ibidem*.

de actuación que el funcionario puede tener en la realidad para cumplir con las finalidades públicas encomendadas; asimismo, cabe notar que la Administración, en similitud con las empresas privadas, asume un riesgo (mayor o menor según el tipo de institución pública y el carácter de la operación comercial) a la hora de contratar para la obtención o dación de bienes y servicios.

En esta medida, se hace necesario desarrollar ciertos criterios o elementos referenciales para determinar, en el caso concreto, la presencia de una conducta penalmente relevante. A este respecto, en esta modalidad especial de “abuso patrimonial” serán útiles, entre otros indicios o datos concretos, por ejemplo, la infracción de algunos **deberes administrativos genéricos** que se encuentran plasmados en el **Código de Ética de la Función Pública** (Ley N° 27815)⁴²⁰ o la **Ley de Contrataciones del Estado** (Decreto Legislativo N° 1017)⁴²¹, de manera que, cuando se aprecie en la conducta discrecional del administrador una infracción de una pluralidad de los deberes o principios recogidos en referido código, habrá más certeza e indicios para afirmar la tipicidad penal de la conducta por haberse desnaturalizado la discrecionalidad administrativa conferida en finalidades privadas⁴²².

⁴²⁰En este código se plasman deberes generales como el de veracidad, lealtad, obediencia, justicia, equidad, transparencia, uso adecuado de los bienes del Estado, responsabilidad, etc.

⁴²¹Esta ley erige lo deberes de moralidad, libre concurrencia y competencia, imparcialidad, razonabilidad eficiencia, transparencia, economía, equidad, trato justo e igualitario, etc.

⁴²²Sobre este punto, NAVARRO FRIAS, Irene. op. cit. p. 214 señala que en la administración desleal de patrimonio societario resultan criterios referenciales para apreciar la infracción del deber de lealtad que es indicio de la creación de un riesgo penalmente prohibido, los criterios señalados por el BGH alemán en el caso *Reutlingen*: i) el alejamiento respecto del objetivo social, ii) una cierta inadecuación atendiendo a la rentabilidad y situación patrimonial, ii) la falta de transparencia dentro de la empresa, iii) la existencia de motivos espurios, y iv) la consecución de preferencias puramente individuales.

Del mismo modo, GOMEZ BENITEZ, José Manuel. Remuneraciones abusivas y simuladas de los administradores: reflexiones con motivo del caso BSCH. En: Gobierno corporativo y derecho penal. Miguel Bajo Fernández (Director). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Erecas,

3.4 La posibilidad de apreciar una disposición patrimonial abusiva a través de una conducta omisiva

Conforme se explicó anteriormente, la conducta típica de la modalidad delictiva de administración desleal de patrimonio público consiste en la disposición patrimonial abusiva de ciertos bienes públicos, entendiendo por “disposición” la realización de negocios jurídicos que extraen de una esfera de dominio bienes (transferencia de propiedad), los someten a gravámenes de garantía (v. gr. hipotecas) o a otros derecho reales limitadores del uso y/o disfrute (v.gr. usufructo o servidumbre), o los someten a derechos obligacionales o de crédito (v. gr. arrendamiento, donación, contratos atípicos, etc.). En esta medida, podría pensarse que el delito sólo podría ser cometido mediante conductas “comisivas”; no obstante, creemos que, excepcionalmente, existen supuestos especiales en los cuales se puede afirmar la presencia de una conducta típica de “disposición” mediante omisiones, cuando éstas, por ser valorativamente equivalentes a las conductas “activas”, tiene los mismo efectos lesivos⁴²³.

En efecto, creemos que en algunos supuestos se puede sostener que la omisión efectuada por el funcionario puede acarrear una sanción pena por el delito

2008. p. 240, sostiene que para determinar la infracción del deber de lealtad de los administradores, en casos de dación de remuneraciones abusivas, se debe apelar a los siguientes criterios: la situaciones económica de la empresa, el sistema de remuneración, el porcentaje sobre el beneficio que significa, el resultado del ejercicio, la vinculación o no a resultados o rendimientos, la transparencia en su aprobación, la ausencia de motivos espurios o que obedezcan a interés personales en vez que al interés social, y la actividad laboral o los servicios de futuro a realizar por el administrador como contrapartida cierta de la remuneración pactada.

⁴²³ En el mismo sentido, refiriéndose a la administración desleal de patrimonio societario LUZON PEÑA, Diego-Manuel y ROSO CAÑADILLAS, Raquel. op. cit. p. 17.

en “comisión por omisión” u “omisión impropia” (Art. 13° CP)⁴²⁴, en tanto que existe una “equivalencia valorativa” entre este comportamiento y la conducta comisiva de disposición abusiva.

Al respecto, en primer lugar, habría que reconocer que la modalidad delictiva de administración desleal de patrimonio público es un delito con “**elementos especiales de la acción**”, en la medida que (al igual que la estafa p. ej.) requiere para su configuración al realización de una determinada forma de actuación para atacar al bien jurídico, esto es, la conducta típica no sólo hace referencia a la producción de un resultado (“matar” en el homicidio p. ej.)⁴²⁵. En efecto, en la administración desleal de patrimonio público el funcionario debe realizar un negocio jurídico con tercero que disponga de patrimonio (conforme sostiene la teoría del “tipo de abuso” que nosotros defendemos), no basta, por ende, con perjudicar los intereses patrimoniales del Estado de cualquier manera (como sugería la tesis que entiende a la administración desleal como mera infidelidad).

Pues bien, conforme sostiene Jescheck, en esta clase de delitos con “elementos especiales de acción”, además de la posición de garante, el segundo elemento de equivalencia exigible en la omisión impropia es que “*el resultado se realice aproximadamente como exige el tipo*” o “*de una forma que pueda equipararse valorativamente*”⁴²⁶. En el mismo sentido, Martínez-Bujan Pérez,

⁴²⁴“**Artículo 13** .- El que omita impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.

2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

La pena del omiso podrá ser atenuada.”

⁴²⁵Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich. op. cit. pp. 677 y 678.

⁴²⁶Ibíd. p. 678 y VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. op. cit. p. 673.

refiriéndose específicamente al delito de administración desleal de patrimonio social español, señala que para realizar el “tipo de abuso patrimonial” en comisión por omisión se requerirá “(...) además de una posición jurídica de garantía, un juicio adicional de equivalencia según el sentido del texto de la ley que comporte una identidad en el plano de las estructuras normativas, de tal suerte que el resultado pueda imputarse objetivamente a la conducta omisiva como si se tratase de una comisión activa”⁴²⁷.

De esta manera, a nuestro juicio, de cara a la administración desleal de patrimonio público, **las omisiones penalmente relevantes serán aquellas que provoquen una disposición de elementos patrimoniales**⁴²⁸; es decir, aquellas omisiones que generen una restricción de uso, pérdida de dominio, gravámenes, etc. sobre bienes integrantes del patrimonio público.

En tal sentido, una primera clase de casos en los que, excepcionalmente, es dogmáticamente viable afirmar la configuración de la modalidad de administración desleal de patrimonio público en comisión por omisión es en la que se encuentran omisiones funcionariales indebidas que generan i) una pérdida de dominio de bienes públicos o ii) una prolongación temporal no prevista de las restricciones de uso que recaen legítimamente sobre bienes públicos. Así, por ejemplo, sería posible afirmar una disposición abusiva típica cuando el funcionario (administrador con amplio margen de discrecionalidad) permite dolosamente que terceros adquieran la propiedad de inmuebles por prescripción adquisitiva, o

⁴²⁷ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal económico. Parte especial. Tirant lo Blanch: Valencia, 2005. p. 468.

⁴²⁸ En sentido similar, aunque exigiendo además que las omisiones sean interpretadas como “declaraciones de voluntad” en el tráfico jurídico, FARALDO CABANA, Patricia citada por MAYO CALDERON, Belén. La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. op. cit. p. 323.

cuando permite que terceros consigan la prórroga automática de arrendamientos de inmuebles del Estado⁴²⁹.

De otro lado, un segundo grupo de casos en donde se puede apreciar, excepcionalmente, una perpetración del delito en comisión por omisión es en el que se encuentran omisiones indebidas que generan una frustración o cancelación de un “derecho de crédito” que la Administración tenía a su favor⁴³⁰.

Un primer ejemplo de estos supuestos sería el del funcionario que, teniendo la obligación de cobrar una deuda (recibir dinero) a favor de la administración pública, no cobra la misma a fin de beneficiar al deudor, generando la cancelación del derecho de crédito que la Administración tenía a su favor⁴³¹. Otro ejemplo, ya mencionado, sería el del funcionario que teniendo la obligación de devolver a la administración pública el dinero que representa la diferencia entre el monto dinerario otorgado por concepto de viáticos y el dinero efectivamente gastado en su comisión de servicios⁴³², no devuelve dolosamente dicho valor dinerario a la Administración para aprovecharse de él.

En los dos ejemplos planteados, existe una equivalencia valorativa entre la conducta omisiva y la conducta comisiva de “disposición abusiva”, puesto que, además de que el funcionario público tiene una posición de garante que le obliga a

⁴²⁹Cfr. LUZON PEÑA, Diego-Manuel y ROSO CAÑADILLAS, Raquel. loc. cit., refiriéndose al delito de administración desleal de patrimonio societario. Asimismo, MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. Derecho Penal económico. Parte especial. op. cit. p. 467.

⁴³⁰Cfr. MORALES GARCÍA, Oscar. op. cit. pp. 262-265.

⁴³¹ Refiriéndose a un ejemplo similar, MORALES GARCÍA, Oscar. op. cit. p. 265. Este autor señala que el precepto penal es igualmente hábil para sancionar las conductas en las que la no resolución de un expediente administrativo cancela o frustra un derecho de crédito (silencio administrativo positivo) cierto a la administración pública en beneficio del deudor, cuando existe un interés del agente en la frustración o cancelación del mismo.

⁴³² Esta obligación se encuentra establecida en el artículo 3° del Decreto Supremo N° 007-2013-EF y en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 047-2002-PCM.

salvaguardar intensamente los intereses patrimoniales de la Administración⁴³³, él produce el resultado (perturbación al bien jurídico) de una forma que se aproxima a una comisiva “disposición patrimonial abusiva”, en tanto que la administración pública termina perdiendo la disponibilidad o dominio de un derecho de crédito a su favor (que le daba derecho a recibir una suma de dinero) a través de una conducta funcional del sujeto activo que se da en el marco de una relación jurídica con un tercero (en el ejemplo de los viáticos, el tercero es el mismo funcionario, quien actúa como particular y funcionario-administrador a la vez). Es decir, la conducta omisiva se puede equiparar valorativamente, puesto que el funcionario -de manera aproximada a como sucede con la modalidad comisiva- genera la pérdida funcional de un elemento patrimonial (derecho de crédito) mediante una conducta (omisión) que se relaciona con un negocio jurídico con tercero.

Esto último, no sucede, por ejemplo, en el caso, al que ya hemos hecho referencia, del funcionario que no cumple con realizar la transferencia bancaria de crédito por concepto de remuneraciones a favor de trabajadores de una entidad estatal. A nuestro juicio, este supuesto queda fuera del ámbito de aplicación del

⁴³³ Estaríamos ante una posición de garante de protección del “patrimonio público en sentido funcional” (de mayor amplitud e intensidad que la posición que consiste en “control de fuentes de peligro”), fundamentada en el dominio de la situación de vulnerabilidad o desamparo del bien jurídico [Cfr. SCHUNEMANN, Bernd. Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Marcial Pons: Madrid, 2009. p. 288 y MONTOYA VIVANCO, Yvan F. La responsabilidad penal del funcionario público superior en los delitos contra la administración pública cometidos por sus subordinados. En: Veinte años de vigencia del código penal peruano. Raúl Pariona Arana (Director). Grijley: Lima, 2012. p. 560]. Esta posición de garante surge a partir de una “asunción voluntaria de protección” o “libre aceptación”, en tanto que el autor asume voluntariamente la salvaguarda del bien jurídico, llevando a la administración pública a depositar en aquel su confianza y a dejar de tomar ciertas precauciones sobre el cuidado del bien jurídico [Cfr. MIR PUIG, Santiago. op. cit. p. 322; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. op. cit. p. 667; y, por último, MAURACH, Reinhart, GOSEL, Karl H. y ZIPF, Heinz. Derecho Penal. Parte General. Tomo 2. Astrea: Buenos Aires, 1995. p. 257, quien prefiere utilizar la frase “libre aceptación”].

tipo, pues la omisión indebida del funcionario no hace perder la disponibilidad o dominio del derecho de crédito o activo público ni se relaciona con un negocio jurídico con tercero (no hay un desdoblamiento de la figura del sujeto activo como sí ocurre en el supuesto de los viáticos). En este ejemplo, el funcionario simplemente incumple un deber de lealtad interno entre él y el Estado, pero la Administración sigue teniendo la disponibilidad o dominio del activo o derecho de crédito respectivo⁴³⁴. De esta manera, el acogimiento de la teoría del “abuso patrimonial” en la administración desleal de patrimonio público generaría, acertadamente, que sean atípicas una serie de actuaciones irregulares que si bien atentan contra la funcionalidad de un derecho de crédito integrante del patrimonio público (no se aplica o administra debidamente, sobre todo, “dinero bancario”), no revisten suficiente gravedad como para ser perseguibles penalmente, en tanto no suponen un abuso de facultades de disposición (no se dan en el marco de la realización de negocios jurídicos con tercero que suprimen a la Administración de la disponibilidad o dominio de un bien público).

Ahora bien, específicamente respecto del supuesto de los viáticos, Montoya Vivanco arriba a la misma conclusión que nosotros. Este autor sostiene que si el monto dinerario correspondiente no es devuelto en el momento debido, se estaría infringiendo el deber funcional de utilizar o gestionar adecuadamente un activo de la Administración, lo cual representaría una “administración desleal de patrimonio

⁴³⁴ En todo caso, podría apreciarse una “administración desleal” típica si es que producto de dicha omisión se genera un interés a favor del trabajador o un derecho de indemnización que perjudica el patrimonio público. En este supuesto, sí se aprecia una restricción de uso de elementos patrimoniales generada por la omisión del funcionario, por lo que, a nuestro juicio, habría un “abuso patrimonial” en comisión por omisión.

público”⁴³⁵. No obstante, cabe notar que este autor llega a tal conclusión en la medida que parece adscribirse a la denominada “teoría de la infidelidad”, por lo que, para él, la sola constatación de la infracción del deber de rendir cuentas adecuadamente (devolver cierta suma de dinero) sería suficiente para configurar el injusto de este delito⁴³⁶.

En contraste a la opinión de este autor, nosotros creemos que se puede afirmar la tipicidad de esta conducta, pero en tanto constituye una perpetración excepcional del delito de administración desleal de patrimonio público en “comisión por omisión”. Conforme sostuvimos anteriormente, la conducta típica de este delito se circunscribe al “abuso patrimonial”, es decir, se sanciona la “disposición patrimonial abusiva” y no la mera infracción de deberes extrapenales en la gestión del patrimonio público.

3.5 Consumación del delito

De la misma manera como se sostuvo en lo referente a la consumación del delito de peculado doloso tradicional, esta modalidad de administración desleal de patrimonio público se consuma cuando se produce el perjuicio patrimonial en agravio del Estado. La diferencia que existe con la consumación del peculado doloso tradicional es que la lesión al patrimonio público no se produce con el acaecimiento de una “expropiación” de una cosa pública, sino cuando se produce

⁴³⁵ Cfr. MONTROYA VIVANCO, Yvan. Los viáticos como objeto de la acción del delito de peculado. loc. cit.

⁴³⁶ Reconoce que no existe problema en subsumir estas conductas omisivas en el tipo penal si se concibe al delito como una infracción de deberes extrapenales MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal económico. Parte especial. loc. cit.

la frustración del fin público que determinado elemento patrimonial detentaba⁴³⁷. El patrimonio se perjudica cuando se quiebra la posibilidad de que la Administración cumpla el fin público asignado con cierto elemento patrimonial⁴³⁸. Como se sostuvo para la consumación del delito de peculado doloso tradicional, aquí no se requiere necesariamente que se verifique un perjuicio patrimonial económicamente cuantificable para consumir el delito⁴³⁹, sino que –de acuerdo a un entendimiento funcional del patrimonio- se requiere la valoración de los fines públicos que se ven frustrados con la actuación antijurídica.

Por otro lado, como sostuvimos en el análisis de la consumación del delito de peculado tradicional, los elementos típicos “para sí y “para otro” dan cuenta de que existen disposiciones abusivas que pueden acarrear un beneficio al propio funcionario o a un tercero. El primero de los supuestos mencionados sucederá, por ejemplo, cuando el funcionario dispone abusivamente de patrimonio público realizando una transferencia bancaria de crédito a su propia cuenta corriente; mientras que el segundo de los supuestos ocurrirá cuando, por ejemplo, el funcionario alquila abusivamente un inmueble de propiedad del Estado a un tercero. En este último caso, como explicamos *supra* en lo referente a la consumación del delito de “peculado por apropiación para otro”, siempre cabe la posibilidad de sancionar como partícipe del delito al tercero que recibe el bien.

⁴³⁷En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. op. cit. pp. 222 y ss.; refiriéndose a la administración desleal de patrimonio privado español.

⁴³⁸Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. op. cit. 107.

⁴³⁹De esta opinión también es MORALES GARCÍA, Oscar. op. cit. 254.

EXCURSO

CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA INTERPRETACIÓN REALIZADA SOBRE LA MODALIDAD DELICTIVA ESPECIAL DE “ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE PATRIMONIO PÚBLICO”

En el presente excursu, explicaremos las consecuencias prácticas de la interpretación que hemos realizado sobre la modalidad delictiva de “administración desleal de patrimonio público”. Para tal objetivo, en primer lugar, distinguiremos este delito de algunos otros delitos contra la administración pública; luego de ello, a modo de ejemplo, propondremos y explicaremos algunos casos ideales que constituyen, según nuestro planteamiento, “administración desleal de patrimonio público”.

i) Distinción del delito de administración desleal de patrimonio público con otros delitos contra la administración pública

Luego de que hemos delimitado la conducta típica y las submodalidades de la modalidad delictiva de administración desleal de patrimonio público previsto en el artículo 387° CP, merece la pena distinguir esta figura de otros delitos contra la administración pública que pudieran guardar ciertas semejanzas con aquel y que, por ende, pudieran poner en duda la utilidad del ámbito de aplicación del delito.

Específicamente, nos referiremos aquí a la distinción con los delitos de negociación incompatible y malversación de fondos públicos.

- **Distinción con el delito de negociación incompatible**

El delito de negociación incompatible tipificado en el artículo 399° CP sanciona al *“funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo (...)”*.

La doctrina ha reconocido tres elementos objetivos que deben concurrir para la configuración del tipo: i) el interés indebido (directo, indirecto o simulado) del funcionario en provecho propio o ajeno; ii) la presencia de un contexto de contratación pública (contratos u operaciones); y iii) la intervención del funcionario por razón de su cargo⁴⁴⁰.

Al respecto, una de las diferencias esenciales entre el delito del Art. 399° CP y la modalidad de administración desleal del Art. 387° CP -además de lo referente a la vinculación funcional entre sujeto activo y bienes públicos- guarda relación con el primer elemento objetivo mencionado anteriormente: la conducta de “interesarse”.

La doctrina nacional, ha entendido que la conducta de interesarse implica realizar una actuación interesada en contratos u operaciones, de tal manera que

⁴⁴⁰ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. op. cit. p. 820 y ss., y en sentido semejante ABANTO VASQUEZ, Manuel. op. cit. p. 508 y ss.

se vuelca sobre el negocio una pretensión de beneficio privado (particular o de tercero). En esta medida, aquí el funcionario actúa ilícitamente tanto como representante del Estado y como particular interesado. El funcionario actúa con tendencia a obtener un beneficio privado⁴⁴¹.

Ahora, si bien es cierto que el delito de negociación incompatible no protege en estricto el patrimonio público ni exige necesariamente para su configuración que el sujeto activo tenga una vinculación funcional con algún bien público, pueden darse en la práctica supuestos en los que la “actuación interesa” típica afecte de alguna forma el patrimonio público y sea llevada a cabo por un funcionario que tiene en administración bienes públicos. En estos casos, debe tenerse presente que, como lo ha reconocido Rojas Vargas, en la negociación incompatible, el interés privado ilícito del funcionario puede materializarse de muy diversas formas⁴⁴² (el interés privado puede consistir en estipular de determinada manera cláusulas en un contrato, ponerse en contacto con un determinado proveedor, no publicar debidamente cierta convocatoria, dar un trámite especial a un expediente en una licitación, retrasar notificaciones a ciertas empresas postoras en una licitación, etc.). Precisamente, esta posibilidad de materialización diversa del “interés” típico es uno de los rasgos que distingue, en estos casos, la negociación incompatible de la conducta típica de la administración desleal de patrimonio público del Art. 387° CP⁴⁴³.

⁴⁴¹ Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel. op. cit. pp. 510-511.

⁴⁴² Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. op. cit. p. 821.

⁴⁴³ Como explicaremos *infra*, en los casos en los que la conducta interesada del funcionario sea, por ejemplo, retrasar la tramitación de cierto expediente en una licitación pública no existirá una “administración desleal de patrimonio público”, sino simplemente una negociación incompatible.

Como mencionamos *supra*, la administración desleal de patrimonio público tiene como conducta típica la disposición abusiva de bienes públicos encomendados en administración. Este delito no se puede configurar con el simple “interés” del funcionario en determinado contrato u operación como es entendido en el delito del Art. 399° CP, sino que requiere que 1) el funcionario tenga amplio poder de disposición sobre bienes públicos y 2) que se realice una conducta de disposición de naturaleza abusiva. En esta medida, el delito de administración desleal de patrimonio público estaría pensado y debería aplicarse para aquellos casos específicos en los que concurren los elementos típicos mencionados, siendo el delito de negociación incompatible un **delito más genérico** que pretende sancionar diversas conductas desleales que no necesariamente se materializan en “disposiciones abusivas de patrimonio”.

Por ejemplo, en el caso del cajero (funcionario) encargado de la farmacia de un hospital público que vende varias medicinas a un amigo a la mitad del precio establecido; se aplicaría el delito de administración desleal del artículo 387° CP y no el de negociación incompatible, en virtud del principio de especialidad. En efecto, lo que en este caso se evidencia es un concurso aparente de leyes penales que se resuelve en favor de la aplicación del delito de administración desleal del Art. 387° CP.

El concurso aparente de leyes penales se presenta cuando dos tipos penales parecen poder aplicarse simultáneamente en un mismo caso concreto; sin embargo, sólo un tipo penal se aplicará en aras de salvaguardar el principio *ne bis in ídem*. El concurso aparente de leyes penales se resuelve en favor de un solo

tipo penal que es el que desvalora completamente todo el hecho⁴⁴⁴. Los criterios o principios más aceptados para resolver este concurso son los de especialidad, subsidiariedad y consunción⁴⁴⁵.

Respecto al principio de especialidad, se sostiene que el tipo penal más específico desplaza al tipo penal más general. Un precepto penal es más específico que otro cuando requiere, además de los presupuestos igualmente exigidos por éste, algún otro presupuesto adicional. Todo aquel que realiza el tipo penal especial realiza necesariamente el tipo penal general, pero no a la inversa⁴⁴⁶.

De esta manera, en la problemática específica que nos ocupa en esta investigación, existe un **concurso aparente de leyes penales, en el cual el delito de administración desleal del Art. 387° CP desplaza al delito de negociación incompatible, en la medida que aquel es más específico que el segundo**. El delito de administración desleal de patrimonio público, como se dijo, requiere necesariamente –además de la vinculación funcional entre bienes públicos y sujeto activo– la realización de negocios jurídicos con terceros que “dispongan” de patrimonio del Estado (abuso patrimonial). Este elemento no se exige en el delito de negociación incompatible, el cual sanciona de manera genérica cualquier clase de acción “interesada” de funcionario en contratos u operaciones públicas. Es decir, el delito de negociación incompatible también puede configurarse mediante otras conductas distintas a la disposición abusiva de patrimonio.

⁴⁴⁴Cfr. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. op. cit. p. 646. y HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Idemsa: Lima, 2011. p. 231.

⁴⁴⁵Cfr. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. op. cit. p. 648 y VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. op. cit. p. 712.

⁴⁴⁶Ibidem.

- **Distinción con el delito de malversación de fondos**

El delito de malversación de fondos públicos tipificado en el artículo 389° CP sanciona al *“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 (...)”*

Conforme lo ha reconocido la doctrina nacional, para la configuración de este delito se requiere la presencia de tres elementos: i) la administración de dinero o bienes con poderes de disposición, ii) la aplicación pública definitiva diferente a la destinada de los bienes y iii) la afectación del servicio o la función encomendada⁴⁴⁷.

Ahora bien, en cuanto a este segundo elemento del comportamiento típico, debe tenerse en cuenta que la aplicación indebida definitiva de los bienes es una aplicación de naturaleza pública diferente de aquella a la que están destinados el dinero. Es decir, la aplicación indebida de los bienes siempre tiene que darse a otras finalidades públicas con o sin finalidad de lucro para el autor o un tercero⁴⁴⁸. He aquí la principal diferencia con la modalidad delictiva de administración desleal de patrimonio público, pues en este delito el **acto de disposición patrimonial no tiene un destino público**.

⁴⁴⁷Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. op. cit. p. 551 y ss. y ABANTO VASQUEZ, Manuel. op. cit. p. 378 y ss.

⁴⁴⁸Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel. op. cit. p. 382 y la Ejecutoria Suprema recaída en el recurso de nulidad N° 4864-2006-LAMBAYEQUE de 26 de marzo de 2008 citada por ROJAS VARGAS, Fidel. Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia. op. cit. p. 312.

Asimismo, en lo que respecta al tercer elemento mencionado del delito de malversación (afectación del servicio o función), se entiende que “(...) *la asignación distinta del dinero o bienes tiene que ser de tal magnitud que comprometa seriamente la viabilidad del servicio, es decir, la función administrativa en el rubro destinado.*”⁴⁴⁹ En el caso de administración desleal de patrimonio público **este elemento de afectación del servicio o función no es necesario**. El resultado típico solo requiere que se perjudique patrimonialmente a la Administración mediante la disposición abusiva; sin embargo, ello no implica que la función administrativa en ese rubro tenga que volverse inviable.

ii) Casos que constituyen “administración desleal de patrimonio público”

El objeto de este apartado es aplicar, a través del análisis de algunos casos concretos, los postulados teóricos que se abordaron en el último capítulo de nuestra investigación sobre el entendimiento de la modalidad delictiva de “administración desleal de patrimonio público. Se pretende mostrar cómo la interpretación propuesta de la modalidad de “administración desleal de patrimonio público” ayuda dogmáticamente a sancionar ciertas conductas que, en principio y desde nuestro punto de vista, no podrían ser sancionadas (o no serían sancionadas suficientemente) por el tradicional delito de “peculado por apropiación” ni por otros delitos funcionariales. En esta medida, a partir del análisis de algunos casos especiales se tratará de evidenciar las importantes consecuencias prácticas que nuestra formulación supone.

⁴⁴⁹ROJAS VARGAS, Fidel. op. cit. p. 557.

a) Caso N° 1

El alcalde de una provincia del país que usa fondos de la partida presupuestaria correspondiente a “subvenciones sociales” de la municipalidad para donar víveres a distintos sectores sociales en vísperas de una elección municipal en la que pretende postular. El alcalde realiza estas subvenciones de forma –inusualmente- masiva con el fin de obtener los mayores réditos políticos posibles para alcanzar su reelección. Para ello, el alcalde reduce significativamente el presupuesto correspondiente a otros rubros (seguridad, ornato, etc.).

En este caso, en nuestra opinión, existe una “administración desleal de patrimonio público” en la modalidad de “administración desleal arbitrario”, debido a que el alcalde abusa de su facultad de disposición patrimonial discrecional para obtener un beneficio privado de carácter político.

En efecto, en primer lugar, habría que mencionar que, en este caso, el alcalde detenta legítimamente una facultad de “disponer” de patrimonio del Estado con amplio grado de discrecionalidad. El alcalde tiene un margen de discreción considerable para gastar fondos del municipio en los servicios públicos que crea pertinentes, así como la forma y momento en el que lo hará. Es decir, la Administración le ha otorgado al alcalde una posición o status aproximado al de un

propietario del patrimonio (pseudo-propietario), pues, si bien tiene limitaciones en cuanto a la finalidad y forma de disposición patrimonial (normativa administrativa extensa), detenta amplios márgenes de discrecionalidad para disponer del mismo.

En esta medida, el alcalde comete una deslealtad típica cuando desnaturaliza su discrecionalidad administrativa para alcanzar finalidades privadas mediante la realización de negocios jurídicos con terceros que sacan de la esfera de dominio del estado bienes públicos (donaciones). En este caso, no se puede hablar de un “peculado por apropiación” por dos razones: i) el elemento patrimonial sobre el que recae la acción típica no es una cosa mueble, sino “dinero bancario”, esto es, “derechos de crédito” de naturaleza inmaterial; y ii) el alcalde legítimamente tiene otorgadas facultades aproximadas a las de un propietario (está autorizado a comportarse como pseudo-propietario, aunque con limitaciones normativas), por lo que no se puede apreciar una conducta de “apropiación”, en la medida que ésta supone necesariamente comportarse ilícitamente como pseudo-propietario.

La infracción del deber de lealtad en la conducta del alcalde -si bien no parece ser tan evidente, dado que se da dentro del marco legítimo de su amplia discrecionalidad administrativa-, sí llega generar un riesgo penalmente relevante para el bien jurídico protegido, puesto que se desvía o desnaturaliza la función de “disposición patrimonial” para finalidades públicas, dejando en un plano segundo plano los intereses generales (quizá en ese momento no se requería llevar a cabo tan intensa política asistencialista) para priorizar los intereses privados (de índole política).

Así, en el presente caso, la determinación de la infracción del deber de lealtad penalmente relevante podrá realizarse a partir de la observancia de ciertos criterios como la vulneración de normas administrativas y principios en el procedimiento de disposición del patrimonio, la obtención de beneficios personales, la necesidad objetiva o no de realizar dichas subvenciones masivas, el perjuicio que sufren los servicios públicos en los otros rubros presupuestales, así como de la vulneración de ciertos deberes y principios genéricos en la función pública. Por ejemplo, respecto de este último criterio, en este caso, se estaría violando el “principio de probidad” regulado en el Art. 6.2 del Código de Ética de la Función Pública⁴⁵⁰ (que señala que el funcionario debe procurar satisfacer el interés general **y desechar todo provecho o ventaja personal**) y el deber de “uso adecuado de los bienes del Estado” del artículo 7° núm. 5° del mismo cuerpo normativo⁴⁵¹ (que señala que los bienes públicos deben ser **usados racionalmente y sin abusos**)

⁴⁵⁰ “Artículo 6°:

(...)

2. Probidad

Actúa con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona.”

⁴⁵¹ “Artículo 7.- Deberes de la Función Pública

El servidor público tiene los siguientes deberes:

(...)

5. Uso Adecuado de los Bienes del Estado

Debe proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones de manera racional, evitando su abuso, derroche o desaprovechamiento, sin emplear o permitir que otros empleen los bienes del Estado para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran sido específicamente destinados”.

b) Caso N° 2

El funcionario público, encargado de realizar un contrato con un proveedor para que su entidad pública cuente con nuevas computadoras, celebra un contrato con una empresa “X” que ofrece computadoras de menor calidad y durabilidad que las que ofrece la empresa “Y” por el mismo precio. El funcionario “A” lleva a cabo dicha contratación, puesto que la dueña de la empresa “X” es su actual pareja sentimental.

En el presente caso, estaríamos, también, ante un supuesto que encajaría en la modalidad delictiva de “administración desleal de patrimonio público”⁴⁵². En específico, este sería un caso que configuraría la modalidad de “administración desleal arbitraria”, dado que el sujeto activo abusa de la discrecionalidad que detenta para elegir el proveedor con el que la administración pública contratará, disponiendo patrimonio público.

En efecto, aun cuando en el ámbito de la contratación pública existe normativa administrativa que regula y limita, en cierta medida, los espacios de actuación discrecional de los funcionarios encargados, en los casos como el analizado, siempre existe un margen de discrecionalidad administrativa con el que el funcionario o funcionarios se pueden desenvolver en el contexto de la

⁴⁵² Respecto de un ejemplo similar al planteado, afirma también que es un supuesto de “administración desleal” MAYO CALDERON, Belén. La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. op. cit. p. 316.

contratación. Ello debido a que existe una multiplicidad de criterios (unos más objetivos o subjetivos que otros) que pueden servir para determinar qué propuesta es la más idónea.

De cara a la configuración de la “administración desleal de patrimonio público”, el funcionario “dispone” de bienes públicos, pues realiza un negocio jurídico con la empresa “X” que somete a derechos de crédito obligacionales elementos patrimoniales del Estado.

Aquí, el sujeto activo abusa de su legítima facultad de disponer patrimonio público para procurar un beneficio privado para otro (su pareja sentimental) en desmedro de los intereses generales. El funcionario comete una “deslealtad” típica en su actuación, toda vez que desnaturaliza su discrecionalidad administrativa para anteponer sus intereses privados frente a los intereses generales. Entre los criterios que se pueden hallar, en este caso, para apreciar una vulneración del “deber de lealtad” están la violación del “principio de eficiencia” consagrado en el artículo 4° inciso “f” de la Ley de Contrataciones del Estado⁴⁵³ que establece que las contrataciones estatales deben ser aquellas que cumplan los mejores niveles de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega; la obtención de beneficios personales o privados de la contratación, la no observancia de ciertos parámetros procedimentales en el transcurso de la contratación, la evaluación del grado de

⁴⁵³ “Artículo 4°.- Principios que rigen las contrataciones
(...)

f) Principio de eficiencia: Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia.”

diferencia entre la calidad objetiva de una oferta y otra, el grado de idoneidad o no idoneidad de la propuesta seleccionada, etc.

En esta medida, en el presente caso, se verificaría una afectación típica del bien jurídico “patrimonio público”, dado que la administración pública ve frustrado su interés de que parte de su patrimonio sea usado en la adquisición de computadoras de manera eficiente (con el menor gasto de dinero posible y con el mejor nivel de eficacia en la satisfacción de las necesidades de la Administración). El patrimonio es perjudicado en su funcionalidad cuando se le destina a fines para los que no estaba asignado por las normas administrativas, dificultando, así, que la administración pública pueda hacer llegar a la población los servicios públicos de manera adecuada y eficiente.

c) Caso N° 3

El alcalde municipal que, en el marco de su potestad de fijar las remuneraciones y demás ingresos del personal de alto rango de su municipalidad, en sesión de Concejo, decide -conjuntamente con todos los regidores- aumentar excesivamente en un 200% sus ingresos mensuales y los de sus regidores sin justificación objetiva suficiente. A partir de dicha decisión colegiada, el alcalde empieza a percibir su nueva escala remunerativa.

El presente caso constituye también un ejemplo de “administración desleal de patrimonio público” en la modalidad de “administración desleal arbitraria”. El sujeto activo, aquí, desnaturaliza su margen de discrecionalidad para generar a su favor y el de sus regidores beneficios económicos indebidos, anteponiendo los intereses privados frente a los intereses generales.

En efecto, el alcalde municipal, como miembro del Concejo Municipal, detenta (conjuntamente con los regidores que forman parte del Consejo) la facultad de fijar su remuneración y la de sus regidores con cierto grado de discrecionalidad. En este caso, -sin pretender entrar en la interesante discusión dogmática sobre la responsabilidad que se pueda hallar en los funcionarios que asistieron a la respectiva sesión del Concejo Municipal- el alcalde comete el delito en “comisión por omisión”, puesto que no evita que un funcionario subordinado, lleve a cabo el negocio jurídico “abusivo” que somete a derechos de crédito obligacionales elementos patrimoniales. El delito se configura cuando el alcalde omite contener el riesgo generado por el acuerdo colegiado que lesiona los intereses patrimoniales del Estado, esto es, cuando no evita que el funcionario encargado subordinado realice el abono de remuneraciones excesivas, perjudicando patrimonialmente al Estado⁴⁵⁴.

La infracción del deber de lealtad también se aprecia en este caso a partir de la violación de principios que inspiran la actividad funcional como el “principio de probidad” y el deber de “uso adecuado de los bienes del Estado” (artículo 7°

⁴⁵⁴ Sobre este punto coincidimos con PEREZ CEPEDA, Ana Isabel. Criminalidad de empresa: Problemas de autoría y participación. En: Revista Penal. N° 9. 2002. p. 116; quien sostiene que cuando se adopta un acuerdo colegiado se está recién en la fase de “actos preparatorios” no ejecutivos. En este sentido, lo que se desvalora penalmente de cara a la configuración del delito es la omisión posterior del funcionario que intervino en la adopción del acuerdo ilícito [Cfr. PEREZ CEPEDA, Ana Isabel. op. cit. p. 120.].

núm. 4° del Código de Ética de la Función Pública) antes citados. Además de ello, también podrían servir de criterios para afirmar una violación del “deber de lealtad” del alcalde en la gestión del patrimonio público los siguientes datos: la no existencia de trabajos o tareas que ameritaran aumentar la remuneración, la irregularidad del procedimiento de aprobación del aumento salarial, la marcada diferencia de la remuneración respecto de otros municipios, el no mejoramiento del estado financiero del municipio que ameritara un incremento de las remuneraciones de sus funcionarios, etc.

Aquí, el patrimonio público se ve perjudicado, en la medida que se utilizan recursos públicos de manera ineficiente; es decir, no se gasta el patrimonio del Estado de manera razonable. La funcionalidad del patrimonio se ve afectada, puesto que a la Administración le interesa que su acervo patrimonial sea usado de una forma tal que le permita alcanzar adecuadamente las finalidades públicas trazadas con un gasto proporcional o razonable de dinero. No hay duda de que es un interés legítimo de la Administración que se remunere debidamente a sus funcionarios de acuerdo al rango, responsabilidades, carga de trabajo, etc. que ellos detenten; no obstante, cuando dicha retribución económica es excesiva y no se corresponde con estos criterios (rango, carga de trabajo, etc.), la función del patrimonio público se desnaturaliza.

d) Caso N° 4

El funcionario público encargado de efectuar el pago de una deuda de su entidad pública no cumple oportunamente con cancelar la misma, generando, de esta manera, un interés moratorio a favor de la empresa acreedora por el doble del monto dinerario originalmente adeudado. El funcionario decide no realizar el pago debido, dado que quería beneficiar económicamente a los accionistas de la empresa acreedora, quienes eran miembros de su mismo partido político.

El presente caso constituye un supuesto que encaja en la modalidad delictiva de administración desleal de patrimonio público prevista en el artículo 387° CP, específicamente, en la submodalidad de “administración desleal común”. El funcionario, en este caso, comete el delito en “comisión por omisión”, puesto que la conducta que se desvalora penalmente es el no haber realizado el pago respectivo para cancelar la deuda.

En efecto, el sujeto activo tenía la obligación de realizar el pago correspondiente para saldar la deuda que tenía la Administración en su contra. Esta era una obligación concreta y determinada que no otorgaba al sujeto activo un ámbito de discrecionalidad en la administración del patrimonio público, es decir, el funcionario simplemente debía pagar determinado monto a cierta empresa en determinado momento.

En esta medida, cuando el funcionario-administrador no cumple con el deber de realizar el pago respectivo, administra deslealmente patrimonio público, pues abusa de su facultad de disposición patrimonial. El sujeto activo viola su deber de lealtad en la administración de fondos públicos, pues incumple con su deber de disposición patrimonial. Aquí, la omisión puede ser equiparable normativamente a la conducta típica de “disposición patrimonial”, toda vez que la omisión del funcionario produce que parte del patrimonio público sea sometido a una obligación adicional (intereses moratorios) que no estaba prevista por la Administración. Es decir, a través de la omisión se genera que un tercero tenga a su favor un derecho de crédito (al cobro de los intereses moratorios) en contra de parte del patrimonio público⁴⁵⁵. A fin de cuentas se destinan elementos patrimoniales de naturaleza pública a finalidades privadas (de connotación política) en contra del interés general.

De esta manera, la funcionalidad del patrimonio público se ve perjudicada, puesto que se somete al patrimonio estatal a cargas obligacionales que no se condicen con las finalidades públicas que habían sido programadas por la Administración. Aquí, se ve afectado el interés de la Administración en preservar su patrimonio y no someterlo a cargas obligacionales indebidas para, así, a futuro poder cumplir con su labor prestacional de llevar servicios públicos a la población.

⁴⁵⁵ Considera que esta clase de supuestos constituyen administración desleal, CASTRO MORENO, Abraham citado por MAYO CALDERON, Belén. La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. op. cit. p. 320. Este autor pone el ejemplo del no ingreso de cuotas retenidas a los trabajadores de un empresa por concepto de seguridad social y del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), que a su juicio constituiría administración desleal si es que genera en la empresa la obligación adicional de atender a recargos o a sanciones económicas que la Administración impone.

CONCLUSIONES

1. El buen funcionamiento de la “administración pública” –entendida como función pública- es un interés o valor constitucionalmente protegido que se desprende del artículo 39° de la Constitución y que tiene como finalidad garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en condiciones de igualdad. En un Estado social y constitucional de Derecho, a través de la “administración pública” se pone a disposición de la sociedad los respectivos servicios públicos (tutela de derechos a través de los Tribunales de Justicia, defensa del Estado, educación, telecomunicaciones etc.); es decir, a través de ella se da cumplimiento efectivo del interés general.

2. El Derecho Penal, en tanto mecanismo limitado de protección de bienes jurídicos a través de la prevención de delitos, constituye un instrumento de suma utilidad para garantizar el correcto funcionamiento de la administración pública. El bien jurídico-penal de naturaleza colectiva-institucional que se protege a través de los delitos funcionariales es el “correcto funcionamiento de la administración pública”; es decir, no se protege a los órganos administrativos como tales, sino a la función pública que supone vías procedimentales de actuación administrativa (instituciones) para que los ciudadanos puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses. En nuestra opinión, la teoría más acertada es la teoría del correcto funcionamiento o funcionalidad de la administración pública, puesto que se toma en consideración primordialmente la relación existente entre administración estatal y ciudadano, antes que la mera relación funcionario-Estado.

3. La función pública, en tanto esencia del bien jurídico-penal protegido por los delitos funcionariales, debe ser entendida, a efectos penales, conforme lo propone la “teoría teleológica intermedia”; es decir, como la función proyectada al interés colectivo o social y realizada por órganos estatales o instituciones que por delegación del Estado cooperan a los fines de éste sin formar parte de su burocracia (órganos paraestatales).

4. El “correcto funcionamiento de la administración pública” constituye el “bien jurídico general” o “bien jurídico mediato” en el delito de peculado previsto en el artículo 387° CP al igual que en todas las demás figuras de los delitos funcionariales. Este “bien jurídico general” se debe concretar en un bien jurídico específico” o “bien jurídico inmediato” que constituirá el auténtico objeto de protección de cada figura delictiva. El “correcto funcionamiento de la administración pública” no constituye el criterio de determinación del desvalor de resultado del injusto penal ni contribuye a realizar una función hermenéutica del tipo penal, sino que sólo es una *ratio legis* o razón político-criminal de la incriminación penal de ciertas irregularidades funcionariales.

5. El “bien jurídico inmediato” o “bien jurídico específico” que protege el delito de peculado doloso previsto en el artículo 387° CP es el “patrimonio público” entendido en “sentido funcional”. Es decir, el patrimonio público se protege penalmente en tanto es funcional para servir como instrumento que tiende a la consecución de los fines públicos asignados a la administración pública. Dicha funcionalidad se encuentra objetivada y garantizada legalmente, a través de los procedimientos administrativos respectivos, con base a los intereses generales.

A nuestro juicio, la tesis funcional del patrimonio es la que mejor se ajusta a un modelo de Estado social y constitucional de Derecho, dado que centra la valoración penal en la finalidad que el patrimonio público detenta para satisfacer necesidades sociales. Del mismo modo, el reconocer al patrimonio público en clave funcional como “bien jurídico específico” contribuye de mejor manera a diferenciar el peculado de otros delitos funcionariales. Ello en razón de que esta tesis, si bien reconoce la presencia de una infracción de deberes funcionales diversos en la comisión del delito, centra la verificación del “desvalor de resultado” en la afectación del “patrimonio público en sentido funcional” por parte de aquel funcionario que dada su especial posición social de acceso al bien jurídico, genera que este se encuentre en una especial situación de vulnerabilidad o desamparo respecto de él.

6. El delito de peculado tipificado en el artículo 387° CP regula dos modalidades delictivas distinguibles: El delito de “peculado tradicional” (o “peculado por apropiación”) y el delito de “administración desleal de patrimonio público (o “peculado por utilización”)

7. El delito de “peculado por apropiación” es un “delito especial” que, además de exigir una cualidad especial en el sujeto activo (que sea funcionario público), exige una particular vinculación entre sujeto activo (funcionario) y caudal público objeto material del delito. Esta vinculación especial debe ser entendida en sentido amplio, de tal forma que el sujeto activo, de manera genérica, debe detentar efectivo poder sobre la cosa con posibilidad de obrar sobre ella con exclusión de otros (no necesariamente se debe tener la posibilidad de actuar como dueño sobre el bien). Esta concepción amplia de la vinculación entre sujeto activo y caudal

público trasciende a las consideraciones civiles de “posesión” o “servidor de la posición”.

De esta manera, el funcionario público debe tener una competencia normativa especial sobre la base de una norma (legal o infra legal), disposición (acto administrativo) u orden de autoridad competente que habilite al funcionario para la gestión de los caudales o efectos públicos.

8. En el delito de “peculado tradicional” o “peculado por apropiación, el objeto material del delito está constituido por los bienes públicos que detentan las características de 1) corporeidad o tangibilidad, 2) aprehensibilidad y 3) posibilidad de traslado o desplazamiento y 4) idoneidad para satisfacer intereses de la administración pública. Es decir, objeto material del peculado por apropiación sólo podrá estar constituido por “cosas muebles” de naturaleza pública.

Un bien es adjetivado como público cuando, de manera amplia, “pertenece” al Estado, esto es, cuando los bienes están destinados o adscritos al patrimonio de la administración pública y, por ende, al cumplimiento de finalidades públicas. Bajo este entendimiento, son bienes públicos los que, no siendo de propiedad del Estado, son administrados por él para el cumplimiento de determinadas finalidades públicas.

9. En el delito de “peculado por apropiación”, el funcionario puede tener la “custodia”, “percepción” o “administración” del caudal o efecto público. La “administración” implica tener un ámbito de actuación discrecional mayor que la mera “custodia” o “percepción” del bien público. El “administrar” debe entenderse

en un sentido lato; es decir, además de hacer referencia a un poder de disposición también incluye actuaciones de “aprovechamiento” (usufructo) sobre el patrimonio público.

10. El delito de “peculado por apropiación” se asemeja, en su configuración típica, a los denominados “delitos de apropiación”, en la medida que el sujeto activo (funcionario) tiene legítimamente disponibilidad del bien objeto material del delito. El bien no se encuentra fuera de la esfera de disponibilidad del funcionario (como sí sucede en los denominados “delitos de apoderamiento”), sino dentro de dicha esfera por razón de las específicas funciones de “administración”, “percepción” o “custodia” que tiene el funcionario.

11. La conducta típica de “apropiación” viene definida por dos aspectos: 1) la apropiación en sentido estricto (aspecto positivo) y 2) la expropiación (aspecto negativo). El primero aspecto mencionado supone la “apropiación en sentido estricto”, que ha de ser al menos transitoria y consiste en que el sujeto se atribuye un poder de disposición igual que el del propietario o usurpando su posición (se comporta como pseudo-propietario); y 2) la expropiación del titular del bien que ha de ser permanente o definitiva.

La conducta de “apropiación” no tiene una vertiente subjetiva que se distinga de los dos elementos objetivos de “apropiación en sentido estricto” y “expropiación”. El ánimo *rem sibi habiendo* o “ánimo de apropiación” es, en realidad, una exigencia del propio concepto de “apropiación”, que se determinará a partir de la concurrencia de los dos elementos objetivos de la “apropiación”. De

esta manera, lo subjetivo de la conducta de “apropiación” es, como en cualquier otra conducta delictiva, parte integrante del dolo.

12. Siguiendo los postulados de la “teoría funcional”, la “apropiación” supone el aprovechamiento indebido de las posibilidades de uso inherentes a la función que una cosa -su sustancia, su valor o ambos- tiene para su propietario (apropiación en estricto), privando duraderamente de la cosa al propietario (expropiación). La “expropiación” debe ser entendida como la disminución o privación de las posibilidades de uso fácticas que fluyen de la propiedad de una cosa (su sustancia, su valor o ambos) y que permiten a su titular desarrollarse personalmente en el orden social.

13. El uso indebido de un bien ajeno, *per se*, no constituye “apropiación” típica. El mero uso indebido (penalmente atípico) debe diferenciarse de las conductas apropiatorias a partir de la disminución o no de las posibilidades funcionales de la cosa. Siguiendo la “teoría funcional”, no existirá “apropiación” típica cuando mediante el uso indebido de la cosa no se altera la funcionalidad de su sustancia y/o valor, toda vez que, en estos casos, no existirá “expropiación” definitiva o permanente del bien en perjuicio de su legítimo titular. En esta medida, existirá “apropiación” en el peculado tradicional, si tras el uso ilegítimo del caudal público por parte del funcionario público, se priva a la administración pública de aprovecharse de la sustancia, valor o sustancia y valor de la cosa de la misma manera que lo hacía antes de que fuera usada ilícitamente, esto es, se priva total o parcialmente a la Administración de las posibilidades de utilización de la cosa pública.

14. Los usos indebidos de caudales públicos, que no suponen “apropiación”, constituyen conductas penalmente irrelevantes para el injusto del “peculado tradicional” que son sancionadas, en todo caso, por la normativa administrativa o disciplinaria. Ello, en razón de la naturaleza *ultima ratio* del Derecho Penal y la función de protección del “correcto funcionamiento de la administración pública” (en específico, por ende, también el patrimonio público en sentido funcional) que también cumple el Derecho Administrativo.

15. El delito de “peculado por apropiación” se consuma cuando se produce la “expropiación” de la cosa pública en perjuicio de la Administración, dado que es en este momento que se perturba el bien jurídico “patrimonio público en sentido funcional” disminuyendo o privando a la administración pública de las posibilidades funcionales de aprovechamiento del objeto público. La consumación del delito no requiere que se produzca un efectivo beneficio o provecho económico contable en el sujeto activo o un tercero. La “apropiación” no implica, necesariamente, que el sujeto activo se enriquezca ni que, paralelamente, el sujeto pasivo (Administración) se empobrezca contablemente.

Los elementos típicos de “para sí o para otro” carecen de utilidad para determinar la configuración del delito, puesto que toda “apropiación” siempre supone favorecer u obtener un beneficio privado (para sí o para otro) del objeto. La propia naturaleza de las conductas apropiatorias hace que este beneficio se encuentre siempre presente. Por ende, la mención expresa de los elementos “para sí o para otro” no hace más que reafirmar la existencia de dos posibles consecuencias de las conductas apropiatorias: el beneficio del propio sujeto activo y el beneficio de un tercero. En este último caso, si la “expropiación” típica se

produce cuando el tercero recibe dolosamente la cosa pública, él también podrá ser sancionado como partícipe del delito.

16. La conducta típica de “utilización” descrita por el precepto penal del Art. 387° CP tiene utilidad práctica cuando se le combina con los elementos típicos de “administración” y “caudales”. De esta forma se configura la modalidad delictiva especial de “administración desleal de patrimonio público” que sanciona la disposición abusiva de bienes públicos. Esta modalidad no sanciona cualquier tipo de uso indebido del bien público que el funcionario posee por razón de su cargo, sino que se reprime un uso especialmente grave que supone un abuso de la facultad de “disposición patrimonial” con la que contaba el funcionario, lo cual genera una apariencia de legalidad y regularidad de la operación frente a terceros. Estas conductas especiales de uso constituyen un ataque más grave al patrimonio público y representan un reproche social mayor, en la medida que se abusa de un poder especial que le permite al funcionario restringir el uso y/o sacar de la esfera de dominio de la Administración bienes públicos, produciendo una apariencia de regularidad o legalidad de los negocios jurídicos realizados frente a terceros; es decir, el plus de desvalor del hecho está en el uso indebido (abuso) del poder de disposición patrimonial que el funcionario tiene sobre el bien.

A diferencia del delito de “peculado por apropiación”, los bienes públicos sobre los que puede recaer la conducta típica de la administración desleal de patrimonio público, también, pueden ser i) bienes inmateriales, ii) bienes inmuebles o iii) bienes que han sido autorizados para disponerse discrecionalmente por el sujeto activo, dado que el hecho penalmente

desvalorado ya no es la “apropiación” de una cosa mueble, sino el abuso de una facultad especial de disposición de bienes públicos.

17. Cuando la conducta de administración desleal recae sobre “dinero bancario” (fondos del Estado depositados en una entidad bancaria), lo que se está gestionando, en puridad, es un “derecho de crédito” de naturaleza inmaterial adscrito al activo patrimonial de la Administración. La entidad pública que tiene en su patrimonio “dinero bancario”, no es propietaria de dinero líquido alguno, sino que tiene en su activo patrimonial un “derecho de crédito” a su favor. Este “derecho de crédito” le da a la Administración el derecho a exigir a la entidad bancaria correspondiente la entrega de ciertas sumas de dinero cuando así se le indique.

Del mismo modo, cuando el funcionario, por razón de su cargo y para realizar cierta labor, recibe dinero como bien fungible, adquiere la propiedad del mismo, por lo que el objeto material del delito no es el dinero entregado, sino “el derecho de crédito” de naturaleza inmaterial que surge con la entrega del dinero y que obliga al funcionario a realizar cierta prestación a favor de la Administración.

18. En la modalidad delictiva de “administración desleal de patrimonio público” el elemento típico “administración” debe ser entendido en un sentido más restringido que en el “peculado por apropiación”, en la medida que el sujeto activo del delito sólo puede ser aquel “administrador” que detenta la facultad legítima de “disponer de patrimonio público. Es decir, no se trata de cualquier tipo de “administración” de bienes públicos, sino de una “administración” especial que permite que el funcionario realice negocios jurídicos que disponen de patrimonio público. En esta medida, en la modalidad de “peculado por utilización”

(administración desleal de patrimonio público), el sujeto activo no puede sólo “percibir” o “custodiar” el bien público.

19. El bien jurídico-penal “patrimonio en clave funcional” también es el objeto de protección de la modalidad delictiva de “administración desleal de patrimonio público”. La diferencia con el delito de “peculado por apropiación” es que se protege el patrimonio público frente a formas distintas de ataque. Mientras que en el “peculado por apropiación” se protege al patrimonio público frente a conductas “apropiatorias” que disminuyen o privan la funcionalidad (sustancia y/o valor) del bien, en la “administración desleal de patrimonio público” se pretende evitar perjuicios patrimoniales originados por el abuso de facultades de disposición de elementos patrimoniales. En esta última modalidad delictiva, la funcionalidad del patrimonio público se ve menoscabada, cuando se genera que los bienes no cumplan las finalidades públicas previstas por la Administración.

20. La conducta típica de la “administración desleal de patrimonio público” no debe ser determinada a partir de los postulados de la “teoría de la infidelidad”, puesto que, bajo este entendimiento se consideraría casi cualquier infracción administrativa en la administración de ciertos bienes públicos como delito de “administración desleal de patrimonio público”, lo cual conduciría a una sobrecriminalización en el ámbito de las actividades funcionariales y a un peligro a la seguridad jurídica. Aun cuando reconocemos que en la modalidad de “administración desleal de patrimonio público” existe el elemento de abuso de la función pública y la adjetivación pública del patrimonio afectado, creemos que elevar automáticamente a la categoría de delitos irregularidades en la gestión de bienes públicos resulta excesivo y contrario al principio de proporcionalidad penal.

Asimismo, limitar el ámbito de aplicación de la “administración desleal de patrimonio público” sólo a los supuestos en los que median entregas de dinero al funcionario público resulta político-criminalmente negativo, puesto que se genera la impunidad de conductas de “administración desleal” que recaen sobre otros bienes públicos (inmuebles, “dinero bancario”, etc.).

21. La conducta típica de la “administración desleal de patrimonio público” deber ser determinada a partir de los postulados de la “teoría del abuso patrimonial”. Es decir, la conducta penalmente desvalorada por este delito consiste en disponer abusivamente de elementos patrimoniales de la Administración. El núcleo del injusto consiste en el abuso de la facultad de disposición patrimonial otorgada al funcionario. A través de este entendimiento de la conducta típica se otorga un contenido propio al injusto de la administración desleal de patrimonio público, distinguiéndolo materialmente de las meras infracciones administrativas en la gestión de bienes públicos; asimismo, se da al injusto un ámbito de aplicación práctica razonable (ni demasiado amplio ni demasiado limitado).

Lo que se desvalora penalmente en la modalidad delictiva de “administración desleal de patrimonio público” es que el sujeto activo abuse de su facultad de representación para que, mediante la apariencia de regularidad y legitimidad frente a terceros, se realicen negocios jurídicos que i) extraen de la esfera de dominio bienes públicos, ii) someten a gravámenes de garantía bienes públicos, iii) someten a derechos reales limitadores del uso y/o disfrute bienes públicos o iv) someten a derechos obligacionales o de crédito a bienes públicos, perjudicando de esta manera patrimonialmente al Estado.

22. La modalidad delictiva de “administración desleal de patrimonio público” tiene a su vez dos submodalidades de distinta gravedad: la “administración desleal común” y la “administración desleal arbitraria”. La administración desleal común se presenta cuando el funcionario dispone de bienes de naturaleza pública a una finalidad privada distinta a la asignada o mediante un procedimiento distinto al establecido por la normativa administrativa (norma abstracta, acto administrativo u orden de autoridad). Es decir, aquí se reprime al funcionario-administrador por haberse extralimitado en los reducidos y limitados poderes de disposición conferidos, disponiendo del bien público para un fin privado distinto al específicamente asignado o haciéndolo a través de un procedimiento distinto al específicamente previsto. Por otro lado, la submodalidad de “administración desleal arbitraria” se configura cuando el funcionario que detenta amplios poderes discrecionales de disposición sobre bienes públicos, dispone, en representación de la Administración, de manera arbitraria (abusiva) de estos bienes, generando un perjuicio patrimonial al Estado. Aquí, el delito de “administración desleal de patrimonio público” se presenta cuando se atribuye al funcionario público competencias para determinar el fin del objeto material o para que fije los procedimientos cuando el fin está determinado y se abusa de dicha competencia, superando los niveles de riesgo permitido en el seno de la administración pública.

La submodalidad de “administración desleal arbitraria” detenta mayor entidad lesiva y gravedad que la submodalidad de “administración desleal común”, en la medida que el sujeto activo abusa de una posición jurídica similar a la de un propietario que produce que el bien jurídico esté en una especial situación de vulnerabilidad respecto de él. La submodalidad de “administración desleal

arbitraria” merece un reproche penal mayor que debe reflejarse en la mayor penalidad del delito, dado que, además de abusarse de una facultad de disposición patrimonial en representación de la Administración, se abusa de la especial discrecionalidad administrativa otorgada al funcionario. Aquí, existe una doble vulnerabilidad del bien jurídico “patrimonio público”: i) la vulnerabilidad que todo bien jurídico soporta respecto del sujeto activo (funcionario) en los delitos funcionariales y ii) la especial vulnerabilidad del patrimonio público respecto del funcionario que tiene amplios poderes discrecionales de disposición similares a los de un propietario.

23. En la submodalidad de “administración desleal arbitraria”, las normas administrativas que regulan la gestión del patrimonio público (leyes, reglamentos, directivas internas, órdenes de autoridad competente) servirán para indicar cuándo se está ante una conducta que supone un riesgo penalmente prohibido para el bien jurídico “patrimonio público”. En especial, servirán de parámetro para evaluar la presencia de una violación del deber de fidelidad penalmente relevante las directivas internas de cada entidad pública y las concretas órdenes o disposiciones que se emitan al administrador para la gestión del patrimonio.

Cuando estamos ante casos en los que resulta poco claro determinar si se está dentro del riesgo permitido o no dada la no regulación o vaguedad de los deberes extrapenales que regulan el concreto y específico ámbito de actuación funcional (esto es, cuando se está dentro de la denominada “zona gris”), serán útiles, entre otros indicios o datos concretos, por ejemplo, la infracción de algunos deberes administrativos genéricos que se encuentran plasmados en el Código de Ética de la Función Pública (Ley N° 27815) o la Ley de Contrataciones del Estado

(Decreto Legislativo N° 1017), de manera que, cuando se aprecie en la conducta discrecional del administrador una infracción de una pluralidad de los deberes o principios recogidos en referido código, habrá más certeza e indicios para afirmar la tipicidad penal de la conducta por haberse desnaturalizado la discrecionalidad administrativa conferida en finalidades privadas.

24. La modalidad de “administración desleal de patrimonio público” puede ser cometida omisivamente (en comisión por omisión). Para tal efecto, toda vez que la “administración desleal de patrimonio público” constituye un “delito con elementos especiales de la acción”, además de la concurrencia de una posición de garante, se necesitará que el sujeto activo realice una determinada forma de actuación para atacar al bien jurídico, de tal manera que el perjuicio al patrimonio público se realice aproximadamente como exige el tipo o de una forma que pueda equiparse valorativamente a la acción de “disposición patrimonial”. Las omisiones penalmente relevantes serán aquellas que provoquen una disposición de elementos patrimoniales; es decir, aquellas omisiones que generen una restricción de uso, pérdida de dominio, gravámenes, etc. sobre bienes integrantes del patrimonio público.

25. La consumación de la modalidad delictiva de “administración desleal de patrimonio público” se produce cuando se frustra la finalidad pública que determinado elemento patrimonial detentaba. El patrimonio se perjudica - consumando el delito- cuando se quiebra la posibilidad de que la Administración cumpla el fin público asignado con cierto elemento patrimonial. El menoscabo del patrimonio público (desvalor de resultado) debe entenderse como la merma de la

aptitud en el tiempo oportuno de los recursos públicos para cumplir los fines públicos legalmente prefijados.



BIBLIOGRAFÍA

A

- ABANTO VASQUEZ, Manuel A.
2006 Acerca de la teoría de los bienes jurídicos. Revista Penal, N° 18 (2006). En:
 <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/283/273>. Visitado el 25 de setiembre de 2012.

- ALCACER GIRAO, Rafael.
2003 ¿Lesión de un bien jurídico o lesión del deber? Apuntes sobre el concepto material del delito. Atelier: Barcelona.

- ALCOCER POVIS, Eduardo
2008 La autoría y participación en el delito de peculado. Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya. En:
 www.incipp.org.pe/modulos/documentos/descargar.php?id=18. Visitado el 06 de diciembre de 2013.

- ALVAREZ RICO, Manuel y GONZALES-HABA GUIADO, Vicente.
1992 Administración y función pública en España. Libertarias: Madrid.

- ARANEDA DORR, Hugo.
1980 Economía política. Colección manuales jurídicos: Santiago de Chile.

- ASUA BATARRITA, Adela.
1997 La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria. EN: Delitos contra la Administración Pública. Adela Asua Batarrita (directora). Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao. pp. 13-55.

- AVENDAÑO V., Francisco.
2003 “Comentarios a los artículos 885° y 886° del Código Civil”. En: El código civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica. pp. 36-46.

B

- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique.
1995 La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español. (Consideraciones comparativas entre el Derecho alemán y el español). En: Hacia un Derecho Penal económico europeo. Jornadas de honor del Profesor Klaus Tiedemann. Boletín Oficial del Estado: Madrid. pp.385-400.
- 1996 Manual de Derecho Penal. Parte General. Temis: Santa Fe de Bogotá.
- BAJO FERNANDEZ, Miguel y otros.
1993 Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Centro de Estudios Ramón Areces: Madrid.
- BIDART CAMPOS, Germán.
1991 Teoría general de los derechos humanos. Buenos Aires: Astrea.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan.
1991 Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Ariel: Barcelona.
2004 Los bienes jurídicos colectivos. En: Obras completas. Tomo II. Ara Editores: Lima. pp. 175-796.

C

- CANCIO MELIA, Manuel y otros.
1998 Un nuevo sistema del Derecho Penal. Grijley: Lima,
2008 Aproximación a la teoría de la imputación objetiva. En: Cuestiones actuales de derecho penal económico. Colex: Madrid. pp. 39-60.
- CARMONA CUENCA, Encarnación.
2000 El Estado Social de Derecho en la Constitución, Consejo Económico y Social: Madrid.
- CARO JOHN, José Antonio.

- 2003 Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. En: Anuario de Derecho Penal. Asociación Peruana de Derecho Penal. pp. 49-71.
- CASTRO MORENO, Abraham.
- 2001 La malversación de caudales en el Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch: Valencia.
- CASTRO MORENO, Abraham y GUTIÉRREZ RODRIGUEZ, María.
- 2013 Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado. En: Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Javier Álvarez García (Director). Tirant lo Blanch: Valencia. pp. 765-785.
- CHEVALLIER, Jacques.
- 1983 La ciencia administrativa. Fondo de Cultura Económica, México.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
- 2005 Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia N° 4-2005/CJ-116 de 30 de setiembre de 2005.
- 2010 Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia N° 1-2020/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010.
- CUELLO CALÓN, Eugenio.
- 1980 Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Vol. 1. Bosch: Barcelona

D

- DE LA MATA BARRANCO, Norberto J.
- 1994 Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida. PPU: Barcelona.
- 2009 Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública. En: Delitos contra la administración pública. Luis Miguel Reyna Alfaro (director). Jurista Editores: Lima. pp. 41-72.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel.

2001 La malversación por aplicación privada de bienes muebles o inmuebles de organismos públicos (Art. 434 CP). Un tipo desafortunado. En: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam". Luis Alberto Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez (coordinadores). Vol. 2. pp. 79-117.

- DIEZ PICAZO, Luis.

1988 Fundamento del Derecho Civil patrimonial. Volumen I. Tecnos: Madrid.

- DEMETRIO CRESPO, Eduardo.

2000 Corrupción y delitos contra la administración pública. En: La corrupción, aspectos jurídicos y económicos. Eduardo Fabián Caparrós (coordinador). Ratio Legis: Salamanca. pp. 67-72.

E

- ETXEBARRIA ZARABEITIA, Xavier.

1997 Malversación de caudales públicos. En: Delitos contra la administración pública. ASUA BATARRITA, Adela (editora). Instituto Vasco de Administración Pública: Bilbao. pp. 179-203.

F

- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo.

1995 Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Español de 1995: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 7/8. pp. 697-748.

2007 Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal. B de F: Montevideo-Buenos Aires.

2013 Imputación objetiva en el Derecho Penal económico y empresarial. Indret, Barcelona, mayo de 2009. En: www.raco.cat/index.php/Indret/article/download/130911/180677. Visitado el 16 de agosto de 2013.

G

- GALVES VILLEGA, Tomas Aladino
2012 Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Jurista editores: Lima.

- GARCIA TOMA, Víctor.
2005 La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo, Walter Gutiérrez (director). Tomo I. Gaceta jurídica: Lima.

- GARRIGUES, Joaquín
1975 Contratos bancarios. Aguirre: Madrid.

- GOMEZ BENITEZ, José Manuel.
2008 Remuneraciones abusivas y simuladas de los administradores: reflexiones con motivo del caso BSCH. En: Gobierno corporativo y derecho penal. Miguel Bajo Fernández (Director). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Erecas. pp. 229-254.

- GÓMEZ DÍAZ DE LEON, Carlos.
1998 Administración pública contemporánea. México: McGraw-Hill interamericana,

- GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos.
2010 –la problemática de la administración desleal de los órganos societarios en el Derecho Penal Español: ¿Un tipo de administración desleal en el artículo 252 del Código Penal? En: La administración desleal de los órganos societarios. Carlos Gómez-Jara Diez y Percy García Cavero (editores). Ara editores: Lima. pp. 171-221.

- 2009 Crisis financiera y retribución de directivos. ¿Terreno abonado para su cuestionamiento penal por vía de la administración desleal? Indret. Barcelona. Mayo. 2009. En: <http://www.indret.com/pdf/625.pdf>. Visitado el 25 de noviembre de 2013.

- GÓMEZ LANZ, Javier.
2008 La disociación entre el delito societario de disposición fraudulenta de los bienes sociales y el delito de apropiación indebida: estado actual de la jurisprudencia. En: Derecho de sociedades. Congreso UNIJÉS 2007. Tomo II. Bosch: Barcelona. pp. 391-402.

- GOMEZ MARTIN, Víctor.

2006 Los delitos especiales. Edisofer: Madrid

- GONZALES MORENO, Beatriz.

2002 El Estado social, naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales, Civitas: Madrid.

H

- HEINE, Günter.

1993 Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del medio ambiente. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Nº 46. pp.289-315.

- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor.

2005 La administración desleal den el derecho penal chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXVI. pp. 201-258.

- HUERTA TOCILDO, Susana.

2002 Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios. En: La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Carlos María Romeo Casabona y otros (Editores). Tecnos: Madrid. pp. 37-72.

- HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor.

2011 Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Idemsa: Lima.

J

- JAKOBS, Günther.

1996 Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Civitas: Madrid.

1997 Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons: Madrid.

- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas.
2002 Tratado de Derecho Penal. Parte General. Comares: Granada.

L

- LAURENZO COPELLO, Patricia.
1992 El resultado en el derecho penal. Tirant lo Blanch: Valencia.
- LOCKE, John.
1999 Segundo Tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil. Biblioteca Nueva: Madrid.
- LOPERA MEZA, Gloria Patricia.
2005 Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. En: Jueces para la democracia. N° 53. pp. 39-53.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo.
2004 La administración desleal. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. Lima. N° 14. 213-234.

M

- MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos.
1993 El delito societario de administración fraudulenta (entre el delito patrimonial de "infidelidad" y el delito societario del "abuso de facultades jurídico sociales). Estudios penales y criminológicos. N°17. pp. 261-352.
- 1995 El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria. En: Estudios Penales y Criminológicos, XVIII. pp. 123-196.
- 2005 Derecho Penal económico. Parte especial. Tirant lo Blanch: Valencia.
- MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz.
1994 Derecho Penal. Parte General. Tomo 1. Astrea: Buenos Aires.
- MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl H. y ZIPF, Heinz.

- 1995 Derecho Penal. Parte General. Tomo 2. Astrea: Buenos Aires.
- MAYO CALDERÓN, Belén.
- 2005 Derecho Penal y Tutela de bienes jurídicos colectivos. Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 17. pp. 288-377.
- 2005 La tutela de un bien jurídico colectivo por el delito societario de administración fraudulenta. Estudio del artículo 295° del Código Penal español y propuesta de lege ferenda. Comares: Granada.
- 2007 La administración fraudulenta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. Nuevo Foro Penal. N° 71. Enero-Junio 2007. pp. 145-169.
- MIR PUIG, Santiago.
- 2000 Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal. Bosch: Barcelona.
- 2004 Derecho Penal. Parte General. Reppertor: Barcelona.
- 2008 Límites del normativismo en el derecho penal. En: Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Legis: Bogotá. pp. 369-397.
- MONTOYA VIVANCO, Yvan y otros.
- 2011 Los viáticos como objeto de la acción del delito de peculado. Boletín N° 8. Diciembre 2011. En: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/diciembre_2011_n08.pdf. Visitado el 16 de agosto de 2012.
- 2012 La responsabilidad penal del funcionario público superior en los delitos contra la administración pública cometidos por sus subordinados. En: Veinte años de vigencia del código penal peruano. Raúl Pariona Arana (Director). Grijley: Lima. pp. 551-564.
- 2013 Manual de Capacitación para Operadores de Justicia en Delitos contra la Administración Pública. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima.
- MORALES GARCÍA, Oscar.

1999 Los delitos de malversación. Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos. Aranzadi: Navarra.

- MORALES PRATS, Fermín y MORALES GARCIA, Oscar.

2005 De la Malversación. En: Comentarios al Nuevo Código Penal. Tomo III. Gonzalo Quintero Olivares (Director). Aranzadi: Navarra. pp. 2155-2175.

- MUÑOZ CONDE, Francisco.

1990 Derecho penal. Parte especial. Tirant lo Blanch: Valencia.

2007 Derecho penal. Parte general. Tirant lo Blanch: Valencia.

N

- NAVARRO FRIAS, Irene

2013 Delitos de administración desleal y discrecionalidad de los administradores sociales. Cuadernos de Política Criminal. N° 109, I, Época II, mayo 2013. pp.175-215.

O

- OLAIZOLA NOGALES, Inés.

1997 Concepto de funcionario público a efectos penales. En: Delitos contra la Administración Pública. Adela Asua Batarrita (directora). Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao. pp. 77-85.

- ORTS BERENGUER, Enrique.

2010 Lección XXXIX: Delitos contra la administración pública (y ii): Cohecho. Tráfico de influencias. Malversación. Fraudes y exacciones ilegales. Actividades prohibidas. Abusos en el ejercicio de la función pública. Corrupción en las transacciones comerciales. En: Derecho Penal. Parte especial. Tirant lo Blanch: Valencia. pp. 711-734.

P

- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel.

- 1995 El riesgo permitido en Derecho Penal (régimen jurídico penal de las actividades peligrosas). Ministerio de Justicia e Interior: Madrid.
- PAREJO ALFONSO, Luciano.
- 1983 Estado social y administración pública, Los postulados constitucionales de la reforma administrativa. Civitas: Madrid.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria.
- 2013 La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho Penal patrimonial y económico. En: La teoría del delito en la práctica penal económica. Jesús María Silva Sánchez (Coordinador). La Ley: Madrid. pp. 83-109.
- PASTOR MUÑOZ, Nuria y COCA VILA, Ivo.
- 2013 El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal. Iuris 2°. Junio 2013. pp. 36-43.
- PÉREZ ALONSO, Esteban.
- 2007 La autoría y participación en el Código Penal español de 1995 y en la reciente reforma penal. En: Dogmática actual de la autoría y la participación criminal. Nelson Salazar Sánchez (coordinador). Idemsa: Lima. pp. 487-512.
- PEREZ CEPEDA, Ana Isabel.
- 2002 Criminalidad de empresa: Problemas de autoría y participación. En: Revista Penal. N° 9. 2002. pp. 106-121.
- PEREZ MANZANO, Mercedes.
- 1998 Las defraudaciones (ii). Apropiación indebida y defraudaciones del fluido eléctrico y análogas. Compendio de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II. Miguel Bajo Fernández (Director). Centro de Estudios Ramón Erecas: Madrid. pp. 475-500.

Q

- QUERALT JIMÉNEZ, Joan J.

1987 Derecho penal español. Parte Especial. Vol. II. Bosch: Barcelona.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín.

2007 De la apropiación indebida. En: Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Gonzalo Quintero Olivares (Director) y Fermín Morales Prats (Coordinador). Aranzadi: Navarra. p. 684-697.

R

- REAÑO PESCHIERA, José Leandro.

2004 Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias. Lima: Jurista editores.

- REVOLLO VARGAS, R.

2001 Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, L. II. del Código Penal español. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. Volumen I. Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca: Cuenca. 551-562.

- REYNA ALFARO, Luis Miguel.

2009 “El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública”. En: “Delitos contra la administración pública”. REYNA ALFARO, Luis Miguel (director). Jurista Editores: Lima. pp. 247-262.

- ROCA AGAPITO, Luis.

1999 El delito de malversación de caudales públicos. Bosch: Barcelona.

- RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GOMEZ, Alfonso

1994 Derecho Penal Español. Parte especial. Dykinson: Madrid.

- RODRIGUEZ LOPEZ, Pedro y SOBRINO MARTINEZ, Ana.

2008 Delitos contra la administración pública. Bosch: Barcelona.

- ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio.

2009 El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán. En: Revista Penal. N° 23. Enero 2009. pp. 138-171.

- ROJAS VARGAS, Fidel.

2007 Delitos contra la administración pública. Grijley: Lima.

2012 Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia. Tomo III. Ara editores: Lima.

- ROUSSEAU, J.J.

1999 El contrato social, EDAF: Madrid.

- ROXIN, Claus.

1997 Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Civitas: Madrid.

S

- SCHUNEMANN, Bernd.

2007 ¿El derecho Penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! Bogotá. Universidad externado de Colombia

2006 La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. En: Cuestiones básicas del Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio. Idemsa: Lima. pp. 137-169.

2009 Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia. Marcial Pons: Madrid, 2009.

- SILVA CASTAÑO, María Luisa.

1997 El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno. Dykinson: Madrid, 1997.

1999 Capítulo VI: De las Defraudaciones. Sección 2º: De la apropiación indebida. En: Comentarios al Código Penal. Manuel Cobo del Rosal (Director). Edersa: Madrid. pp. 399-430.

- SILVA SANCHEZ, Jesús M.

1992 Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. Bosch: Barcelona.

- SOTO NAVARRO, Susana.

2003 La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna.
Comares: Granada.

T

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2001 Sentencia N° 0002-2001-AI/TC de 04 de abril de 2001.

2003 Sentencia N° 0008-2003-AI/TC de 11 de noviembre de 2003.

2004 Sentencia N° 2945-2003-AA/TC de 20 de abril de 2004.

2004 Sentencia N° 2758-2004-HC/TC de 23 de noviembre de 2004.

2005 Sentencia N° 2235-2004-AA/TC de 18 de febrero de 2005.

2006 Sentencia N° 00012-2006-PI/TC de 15 de diciembre de 2006.

2007 Sentencia N° 000014-2006-PI/TC de 19 de enero de 2007.

2012 Sentencia N° 000017-2011-PI/TC de 03 de mayo de 2012.

V

- VÁSQUEZ MENA, Manuel José.

1998 La transferencia bancaria de crédito. Marcial Pons: Madrid.

- VASQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando.

2003 Los delitos contra la administración pública. Teoría general, Instituto Nacional de Administración Pública. Universidad de Santiago de Compostela: Santiago de Compostela.

- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.

2006 Derecho Penal. Parte General. Grijley: Lima.

- VIVES ANTON, Tomas S. y GONZALES CUSSAC, José L.

- 2004 Lección XXIII: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Robo y hurto de uso de vehículo. Usurpación. En: Derecho Penal. Parte especial. Tirant lo Blanch: Valencia. pp. 455-472.

Z

- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel
- 2010 Comentario previo al Título XVIII. En: Comentarios al Código Penal. Manuel Gómez Tomillo (Director). Lex Nova: Valladolid. pp. 909-915.

