

Delitos de peculado y de malversación de fondos

 **Daniel Quispe Meza**

Abogado PUCP.

Magíster en Derecho Penal
(Univ. Salamanca, España).

Docente universitario PUCP.



PECULADO DOLOSO: elementos del tipo

Artículo 387. Peculado doloso y culposo

El funcionario o servidor público que se **apropia o utiliza**, en cualquier forma, **para sí o para otro**, **caudales o efectos** cuya **percepción, administración o custodia** le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

A. TIPO OBJETIVO:

- Bien jurídico: pluriofensivo
- Sujeto activo: funcionario público por razón de su cargo.

- Sujeto pasivo: Estado
- Conducta típica: apropiación o utilización
- Para sí o para otro
- Caudales o efectos
- Percepción, administración o custodia



(...) Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico 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.

Bien jurídico

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PECULADO

El delito de peculado materialmente se configura en uno de infracción de deber, de aquí la indispensable verificación del nexo funcional entre el agente penal y los bienes objeto de apropiación.

El bien jurídico en este delito lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario.

Casación
N° 1765-2018
Fundamento jurídico 21.

En tal sentido, se pretende garantizar **la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública, mediante la sanción del quebrantamiento de los deberes funcionales de lealtad y probidad** que ostenta el funcionario o servidor público en los actos de percepción, administración y custodia que ejerce sobre los caudales o efectos públicos, en razón de su cargo

Elementos del delito de peculado: apropiarse
y utilizar

Apropiación

Hacer suyos los caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos.

tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

Utilización

Aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin

Elementos del delito de peculado: caudales o efectos

Los caudales

Bienes en general de contenido económico, incluido el dinero.

Los efectos

Objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

Preguntas:

- Principio de lesividad: ¿monto mínimo?
- ¿Viáticos pueden ser objeto del delito de peculado? Acuerdo Plenario 7-2019/CJ-116.
- ¿Mano de obra es caudal público?

Elementos del delito de peculado: caudales o efectos

- ¿Viáticos pueden ser objeto del delito de peculado? Acuerdo Plenario 7-2019/CJ-116. Fundamento jurídico 47. No existirá delito de peculado:
 - (i) Cuando la comisión de servicios sea cierta y no una falsa formalidad para encubrir una apropiación.
 - (ii) Cuando se cumpla la comisión encargada (independientemente del resultado obtenido)
 - (iii) El monto de dinero entregado se ajuste al marco o nivel tope de la cantidad permitida por ley (no se haya inflado o sobredimensionado la suma).

Elementos del delito de peculado: acción de captar o recibir caudales o efectos

Acción de captar o recibir caudales o efectos

→ La percepción.

No es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.

→ La administración

Implica las funciones activas de manejo y conducción.

→ La custodia

Importa la típica posesión que implica la

protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

Rojas Vargas, Fidel.
Delitos contra la Administración
Pública.

Percepción. Se alude con este término a la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, producto de operaciones contractuales, provenientes incluso de otras agencias estatales, etc.) y que ingresan o pasan a integrar al patrimonio estatal o público en general en calidad de bienes públicos (...)

Administración. La posesión confiada al funcionario o servidor, en este caso, implica funciones activas de manejo y conducción. . La administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público, tiene implícita la vinculación funcional, comprendiendo tanto relaciones directas con el caudal, efecto o relaciones mediatas, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público disponer de ellos en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego. (...)

Custodia. Esta forma típica de posesión implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

TIPICIDAD OBJETIVA: Custodia

Ahora bien, se entiende por custodiar, el guardar algo con cuidado y vigilancia. La custodia importa la típica posesión, lo que a su vez conlleva a la protección, conservación y vigilancia debida por parte del funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

Conforme con lo descrito, el acto de custodia conlleva a verificar la posesión ejercida por la Administración Pública respecto al bien objeto de apropiación, por cuanto, es dicha posesión del bien por parte de la Administración Pública la que genera deberes de vigilancia y protección en el funcionario.



Recurso de Casación
N° 1765-2018
Fundamento 21.

Elementos del delito de peculado: existencia de relación funcional

Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos.

¿Si se devuelven los caudales o efectos públicos se configura el delito de peculado? CTS Montesinos.

Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.

PREGUNTA:

CONSUMACIÓN: ¿IMPORTA SI EL SUJETO ACTIVO DEVOLVIÓ LOS FONDOS?

Recuso de Nulidad
N° 1941-2017/Del Santa
Fundamento 6

Que, con relación a la vulneración del derecho a la prueba porque la Sala Superior no habría valorado la decisión favorable que se emitió en el Expediente número cero dos mil setecientos cinco-dos mil cinco-cero.dos mil quinientos uno-JR-LA-cero uno sobre “nulidad de despido”, se advierte de la propia declaración del encausado (véase a fojas dieciséis y ciento cincuenta y tres) que este era quien se encargaba de tramitar los préstamos, lo cual fue corroborado por Dalmacio Tapia Callan (véase a fojas ciento cincuenta), quien como administrador del Banco de la Nación, sede Cabana, señaló que el imputado estaba a cargo de tramitar y otorgar los préstamos, puesto que tenía la clave personal para el otorgamiento de los mismos. **El hecho de que los montos de los préstamos fueron recuperados, como se advierte de los documentos denominados alfabético de clientes (fojas cuatrocientos cuarenta y cinco y cuatrocientos cuarenta y siete), es irrelevante, ya que la entidad agraviada se había desprendido de los fondos estatales, con lo que se había consumado el delito de peculado.**

Recurso de nulidad
N° 615-2015/Lima
Fundamento 2

En este ilícito el sujeto activo es el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro [Vid. Rojas Vargas, Fidel. Delitos contra la administración pública, Ed. Grijley, Lima, 2007, p.480].

La relación funcional que posee el sujeto activo del delito de peculado con el patrimonio público es el elemento normativo nuclear que vincula la conducta del funcionario público con el sentido de relevancia penal de la tipicidad del delito de peculado. En esa línea, **la vinculación funcional sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndolo solo a aquellos que posean los caudales o efectos públicos por razón del cargo que desempeñan, excluyendo la hipótesis de autoría a los que no gozan o no tienen tal relación**

SUJETO ACTIVO: EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN FUNCIONAL

Prima facie debemos mencionar que no todo funcionario público —por su sola condición— podrá ser sujeto activo del delito de peculado. El tipo normativo de peculado hace referencia claramente a un funcionario público no in abstracto, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública ‘por razón de su cargo’; es decir, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, los bienes públicos [caudales o efectos] objeto del delito deben encontrarse en posesión [mediata o inmediata] del sujeto activo y ello en virtud a los deberes o atribuciones del cargo que ostenta al interior de la administración estatal. Por lo que, si dicha relación funcional de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no podrá hablarse del delito de peculado.

Ahora bien, la **posesión [bajo cualquiera de las tres formas que la norma exige de poseer: percepción, administración o custodia] de los caudales o efectos de la que goza el funcionario o servidor debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (Reglamentos, directivas, entre otros).** Dicha posesión **puede ser inmediata o mediata**, es decir, estar en contacto con los caudales y efectos, o darla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional.

Relación funcional
“por razón de su cargo”

**Recurso de Nulidad
N° 1780-2015/Tacna
Fundamento 4**

Lo medular para este caso analizado, será profundizar en la definición de lo que se entiende por RELACIÓN FUNCIONAL entre el funcionario público y los bienes o caudales objeto de apropiación. Al respecto, el objeto del delito de peculado (caudales y efectos) debe estar confiado, o, en posesión inmediata o medita del sujeto activo, en razón del cargo que tiene asignado al interior de la administración pública. Las atribuciones y competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como reglamentos o directivas de la institución pública. Asimismo, la relación funcional admite dos interpretaciones: a) El funcionarios tiene el CONTROL DIRECTO de los caudales o efectos (es el detentador material de los bienes, como el jefe de logística, el administrador que tiene la caja chica o el funcionario que está en contacto con el bien a efectos de brindar servicios). Ahí existe un control directo, una posesión directa del bien. b) El titular o funcionario de nivel NO ESTÁ EN RELACIÓN DIRECTA con los bienes ni los posee físicamente, o simplemente estos no están en un determinado territorio que él administra. Sin embargo, posee una disposición jurídica de los bienes, entre ellos, el titular del pliego, el administrador, el jefe de logística, sino que desde su gerencia dispone que los bienes sean entregados a terceros o él mismo se los lleva. Utilizan su “poder de decisión”.

Recurso de Nulidad
N° 2124-2018/Lima
(Caso Donayre)

Se requiere: (i) que el sujeto activo sea funcionario o servidor público; (ii) que la conducta del agente público importe una apropiación – disponga de los bienes públicos como si fueran parte de su propio patrimonio o, mejor dicho, aparte los bienes públicos del ámbito de custodia de la Administración pública–; y, (iii) que el **agente tenga la disponibilidad del bien dentro de la órbita funcional**–que es lo que se denomina **disponibilidad o custodia jurídica**–, a título de percepción, administración o custodia –**debe respetarse el nexo funcional que ha de mediar entre el sujeto activo y el bien público**, desuerte que varios funcionarios o servidores públicos pueden tener disponibilidad jurídica de los mismos, “[...] **siempre que hubieren tenido el deber de actuar en algún eslabón del acto complejo** y que hubiesen sustituido por su conducta los postulados del reglamento que contemplan tal deber”.

¿Peculado sobre bienes privados? (Acuerdo Plenario 1-2010)

Los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material en el delito de peculado, pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada. En cuanto a esta última modalidad se refiere a bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico legalmente válido (Acuerdo Plenario número 1-2010/CJ-116).

(ii) Los bienes públicos son todos los propios del Estado o entes autárquicos o bienes aportados o puestos a disposición de aquellos (el Estado) por particulares para realizar servicios a cargo de entes públicos; posición válida para determinar cuándo un determinado bien puede ser calificado como bien público, habida cuenta que el Estado ha asumido diversas actividades económicas.

Recurso de Casación
N° 662-2018

(ii) Del control in iure a las sentencias de mérito, estas no se ajustan a los estándares de la debida interpretación de la norma sustantiva y el objeto del delito (la naturaleza jurídica del equipo de sonido y accesorios). En efecto, si se produjo un acto de entrega voluntario (donación), el bien ya pertenece al Estado, al extremo que, entre ellos al someter la decisión al voto, no fue exitosa la opción de entregarlo en “cesión en uso”. El yerro de enfoque jurídico en las sentencias de primera y de segunda instancia, queda demostrado porque en el peor de los casos, la naturaleza del equipo de sonido y accesorios alternativamente sería una de las siguientes:

a) Que se trataba de un bien privado bajo el dominio y uso del Estado; o

b) es un bien estatal por donación. En ambos casos existe la potencialidad para la configuración del delito de peculado. Dichas posibilidades no fueron adecuadamente analizadas ni en primera ni en segunda instancia.

“Por tanto en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad no hay en el agente un ánimo *rem sibi habendi*, sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad, por lo que no se configura con tal conducta un delito de peculado”

Agravante en el delito de peculado (Ley 31178)

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
- 2. Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo.
- 3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.
- 4. El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias.

¿Qué es un programa de apoyo social? Carencias económicas de población con menos recursos.

¿Programas de desarrollo o asistenciales? Urgencias coyunturales de la población necesitada (salud, educación, alimento, abrigo, etc.)

Artículo 387. Peculado doloso y culposo

Si el agente, **por culpa**, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

A. Tipo objetivo

- Bien jurídico protegido: pluriofensivo.
- Sujeto activo: funcionario público por razón del cargo.
- Sujeto pasivo: Estado

- TIPO PENAL CULPOSO:
- (I) PREVISIBILIDAD OBJETIVA
- (II) INFRACCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO
- (III) RESULTADO

PECULADO CULPOSO

captar o recibir caudales o efectos

Elementos de la imprudencia: (i) Previsibilidad objetiva, (ii) infracción del deber de cuidado, (iii) Resultado.

Respecto a la conducta culposa, es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, *no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente.*

En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: “la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público” como elementos Componentes Típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

a) **La sustracción:** Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que

se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.

b) **La culpa del funcionario o servidor público:** Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.

Artículo 388.- Peculado de uso

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.

¿Peculado por utilización? En el peculado de uso el objeto sobre el que recae la acción son vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo.

Peculado de uso

Este Tribunal aprecia que si bien la Sala emplazada ha llevado a cabo una interpretación correcta del sentido de la disposición normativa contenida en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, en tanto el “uso personal del vehículo”, excluido de tipificación penal, no puede incluir un uso ajeno al funcionario, léase uso “familiar” o “amical” del mismo, dado que la razón de la exención normativa es la facilitación del desenvolvimiento y seguridad del alto funcionario (por lo que se permite un uso más allá de las funciones oficiales), también es cierto que una interpretación excesivamente rígida de esta exclusión puede llevar a desnaturalizar el sentido mismo de la excepción típica. En efecto, si bien el vehículo oficial del alto funcionario no puede ser destinado al “uso personal” del cónyuge, hijos u otros familiares del funcionario o como vehículo que sirva de movilidad permanente a otra persona distinta del funcionario (conducta que debe ser calificada como peculado de uso), **tampoco puede considerarse que cualquier uso que se haga del vehículo por una persona distinta del funcionario constituye una conducta típica. Y es que muchas veces el vehículo oficial del alto funcionario, de modo inevitable, es utilizado por otras personas sin que ello distorsione necesariamente el “uso personal” que el funcionario hace de él.**

Tribunal Constitucional 4298-2012 PA/TC, 17 de abril de 2013 (F.J. 17).

Si tenemos en cuenta el círculo de familiares o personal de confianza que desarrollan múltiples actividades conjuntamente con el alto funcionario o por encargo de él, resulta desproporcionado entender que en cada uno de estos casos, característicamente circunstanciales, se tipifica el delito de peculado de uso, máxime si las actividades desarrolladas con los integrantes de la familia nuclear, principalmente, pueden considerarse como parte de las actividades personales del funcionario, de un modo prácticamente indesligable.

Así, una línea de aplicación rígida de la interpretación restrictiva efectuada por la Sala emplazada, en el sentido de que la exención típica “servicio personal por razón del cargo”, se llena de contenido, en exclusividad, con los usos estrictamente *individualizados* del funcionario, de modo que sólo éste puede usar dicho vehículo, **supondría restringir en extremo el sentido de la exención, y convertiría la prerrogativa en una camisa de fuerza que la haría casi impracticable, pues el funcionario estaría siempre cuidándose de que nadie distinto de él se encuentre en el vehículo,** ante la amenaza de que un comportamiento distinto configuraría tipicidad por peculado de uso. Una exigencia de razonabilidad en la aplicación de la exención estipulada en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal se impone, por tanto, de modo que no mantenga a dichos funcionarios en un régimen de persecución desproporcionada, ni les abra posibilidades de abuso del referido bien público.



DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Conducta típica: Dar (+) dinero/bienes (+) administración «por razón del cargo» (+) aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados → afectación del servicio o la función encomendada.

Exp. 3630-2001
Ejecutoria Suprema 23/01/03

En la malversación de fondos el bien jurídico tutelado es **preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos**, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y el empleo de dinero y bienes públicos, en suma, se trata de afirmar el Principio de Legalidad Presupuestal; esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio.

Rojas Vargas, Fidel.
Delitos contra la Administración Pública.
Página 550

La regularidad y buena marcha de la administración pública. El objeto específico de la tutela penal es preservar **la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos**, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes Públicos- En suma, se trata de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio.

Peña Cabrera, Alonso.
Delitos contra la Administración Pública.
Página 491

El objeto de tutela tiene que ver esencialmente con **la marcha ordenada del gasto público**, en el sentido de procurar que la ejecución del patrimonio estatal alcance los fines propuestos por la Administración, la cual puede verse afectada cuando se da un destino distinto a dichos fondos, lo que no necesariamente es así, es por ello, que el legislador sujeta la punición de la conducta a la afectación del servicio público o de la función encomendada. Este elemento, pensamos, que le otorga cierta sustantividad material a este injusto funcionaría permitiendo salvar objeciones, en cuanto a su naturaleza administrativa, definiendo criterios de "necesidad" y "merecimiento" de pena. A lo cual se podría añadir de lege ferenda el ánimo de lucro, evitando imputaciones que no riñen con los principios elementales de la Administración pública

SUJETO ACTIVO

Exp 34432-2010-01
CSJ Lima (Sexta Sala Especializada
para Procesos con Reos Libres)

En este delito se aprecia una infracción a los deberes esenciales del cargo funcional, es decir, el sujeto activo asume la calidad de “Garante”, de los bienes que administra, apreciándose una vinculación funcional con el patrimonio estatal. Son los deberes de custodia y de protección que se infringen por el intraneus, cuando incurre en la conducta prohibida objeto de denuncia [...] Quien malversa fondos del Estado (dinero y bienes) es el funcionario o servidor vinculado funcionalmente con dichos fondos; dicha vinculación es de carácter legal, no exclusivamente en función al cargo, puede ser también por delegación de funciones o por mandato de autoridad competente.



SUJETO ACTIVO

Vemos que no basta con que el sujeto tenga la cualidad de funcionario, sino que aquél debe mantener una relación funcionario, con el dinero o bienes, de forma particular debe de administrarlos , tal como sucede en el delito de peculado; aparece así el fundamento material del injusto sostenido sobre el prevalimiento del cargo público .

Peña Cabrera, Alonso.
Delitos contra la Administración Pública.
Página 492

MALVERSACIÓN Y DELEGACIÓN DE FUNCIONES

Recurso de Casación
N° 503-2018/Madre de Dios
Fundamento 7

El delito de malversación es uno de infracción de deber -situaciones de responsabilidad por competencias-. En este caso lo relevante es el deber institucional que ha de cumplir el imputado recurrente como Gobernador Regional -la fuente del deber es la propia ley de la materia-. Si es delegante debe delegar bien, supervisar razonablemente a su delegado (Gerente Regional de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial) y, en su caso, corregirle o incluso sustituirle si ello es necesario para la observancia de la función de seguridad encomendada. **Como se trata del manejo presupuestal de la institución mayor es el riesgo que debe controlar y más difícil su control, entonces, es más intensa sus tareas de supervisión.**

Siendo así, no se interpretó erróneamente el tipo penal y la invocación de las normas presupuestales fue pertinente para fundar la ilicitud de las transferencias y el deber de garantía del imputado a tono con lo expuesto en los dos párrafos precedentes.



Conducta típica

1. Dar
2. Dinero o bienes
3. Administración
4. Aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados → afectación del servicio o a la función encomendada.

Dinero o bienes

De contenido económico, bienes que representan un valor patrimonial público

Administración “por
razón del cargo”

Funciones activas de manejo y conducción

Rojas Vargas, Fidel.
Delitos contra la Administración Pública.
Páginas 554-555

Dar aplicación diferente es, así, invertir mal o destinar indebidamente los fondos públicos que le han sido asignados y administra el sujeto activo. El ámbito de la aplicación diferente puede incluir tanto malversaciones producidas al interior de la repartición o unidad administrativa, como las producidas fuera de la repartición con la condición que sigan dentro de la esfera pública. (...)

La definitividad de la aplicación diferente del dinero o bienes públicos público, que marca ya la consumación del delito, hace alusión a la imposibilidad de regreso de los mismos a la partida o rubro de destino asignado. **Están fuera de la adjetivación típico-temporal, por lo tanto, las desviaciones de fondos que sean susceptibles de retorno o devolución luego de superado la causa o factor que lo motivó.** Ha querido de esta manera el legislador poner de manifiesto la vigencia de un marcado principio de lesividad de la conducta malversada para que ésta asuma relevancia penal, así como colocar un filtro de razonabilidad a las imputaciones por este delito, cuando entren en juego intereses públicos superiores que tornan imperioso infringir la normativa presupuestal. Por lo demás esta definitividad no debe ser vista como un permiso legal para producir arbitrariamente desvío o distracción de fondos de sus partidas oficiales.

Aplicación definitiva
diferente → afectación
del servicio

PARTIDA A → PARTIDA B

SIN FUNDAMENTO ALGUNO

¿PERJUICIO ECONÓMICO?

Al respecto, este Colegiado Supremo debe anotar que no resulta suficiente el planteamiento táctico del Ministerio Público sobre la acreditación del resultado típico del delito de malversación de fondos, ya que el hecho de que no se realizaran algunas actividades relacionadas al servicio, **cuyas partidas presupuestales se desviaron, no permite sostener necesariamente que se produjo una afectación al servicio, sobre todo si este cumplió con sus metas programadas, como se sostuvo en el presente caso, y se resaltó en la sentencia recurrida -y fue parte de las conclusiones del informe pericial contable-**.

Es así, puesto que -como se desprende de los pronunciamientos citados en el considerando noveno- el resultado típico requiere la acreditación de que la referida desviación ilegal de fondos generó **una situación concreta de inconveniente en la prestación del servicio**, demora o incumplimiento de plazos, incremento de costos, disminución de la calidad de servicios, entre otros a determinarse según el caso concreto o la naturaleza del servicio.

Los referidos efectos perjudiciales en el servicio público (cuyas partidas presupuestales fueron desviadas) se refieren, entonces, a situaciones específicas y verificables, que deben ser suficientemente sustentadas y acreditadas por el fiscal como titular de la acción penal, y de las que se desprenda la afectación del servicio en conjunto -cuyo origen sea, precisamente, la indebida desviación de sus fondos-. No basta, por tanto, que se indique no se llevaron a cabo algunas actividades relacionadas al servicio, sino que se acredite cómo dicha situación afectó su ejecución o desarrollo de algún modo específico.

**Recurso de Nulidad
N° 134-2011/Moquegua
Fundamento 4**

(...) siendo el objeto de dicha tutela penal, preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos. Al respecto, debe precisarse, que para sancionar penalmente dicha conducta ilícita (condena), resulta necesario que se acredite en autos con prueba objetiva, la concurrencia de lo siguiente: a) existencia legal de una partida presupuestal; b) aplicación diferente, esto es, destinar indebidamente los fondos públicos asignados a dicha partida; y, **c) afectación del servicio para lo cual estaba destinada la partida afectada.**



DIFERENCIAS ENTRE PECULADO Y MALVERSACIÓN DE FONDOS

El delito de peculado por apropiación, se configura cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, apropia o hace suyos los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados por razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública para custodiarlos o administrarlos.

La conducta del funcionario peculador constituye una apropiación. Él no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeñan. No administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino que dispone de ellos como si

formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio. La forma de apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos al patrimonio del autor, como en actos de disposición inmediata, como alquiler, préstamos, entrega a terceros o donaciones.

El delito de malversación de fondos, se configura cuando el agente, de modo definitivo otorga o da al dinero o bienes del Estado que funcionalmente administra, un destino final diferente al previamente establecido, lesionando o poniendo en peligro el servicio o la función pública encomendada, lo que en el presente caso no ocurrió.



PGE

Procuraduría General del
Estado

MUCHAS GRACIAS
