

BIENES JURÍDICOS EN DELITOS DE PECULADO

LEGAL ASSETS IN CRIMES OF EMBEZZLEMENT

Miguel G. Castañeda Sánchez(*)

Resumen: La corrupción golpea el consciente colectivo de nuestras sociedades, y ha puesto al descubierto el desarrollo de una estrategia de distorsión de las instituciones públicas. Esto genera una crisis de valores entre la población que choca contra la cultura de la corrupción que campea constantemente en los diferentes sectores y órganos de la administración pública. Este artículo se enfoca en el estudio de los bienes jurídicos en el delito de peculado para la correcta adecuación del hecho al tipo penal y acortar la impunidad.

Palabras clave: Peculado, corrupción, funcionarios, Estado.

Abstract: Corruption hits the collective consciousness of our societies, and has revealed the development of a strategy of distortion of public institutions. This creates a crisis of values among the population that strikes the culture of corruption that pervades constantly different sectors of public administration. This article focuses on the study of legal assets in the crime of embezzlement, for proper alignment of fact to the basic criminal definition in order to shorten the criminal impunity.

Key words: Embezzlement, corruption, public officers, Estate.

Tabla de contenido: 1. Introducción. 2. El bien jurídico protegido en los delitos de peculado 3. El bien jurídico protegido en el delito de peculado. 4. El bien jurídico protegido en la malversación de fondos. 5. El bien jurídico protegido en el peculado impropio. 6. Bibliografía.

(*) Profesor de Derecho Penal, Docente Principal de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Antonio Abad del Cusco. Ha sido Vocal de la Corte Superior de Justicia del Cusco y de la Corte Suprema de la República.

1. Introducción

El hombre para lograr su desarrollo dentro de la sociedad, requiere orden, armonía y paz social entre los miembros de la colectividad, sin embargo, esa paz social puede ser quebrantada por las conductas ilícitas que pueden generar en perjuicio de las personas naturales y/o jurídicas; por lo que el Estado que tiene la facultad o poder de jus-puniendi, se halla en la obligación de efectuar el control social, para evitar el quebrantamiento del orden colectivo, a efecto, las actividades dentro de la comunidad deben desarrollarse con normalidad, valiéndose para ello del Derecho Penal que viene a ser su mejor instrumento o medio de control social, a fin de reprimir las conductas delictivas al interior de las instituciones públicas por parte de los funcionarios públicos.

La problemática de la corrupción funcional en nuestro país ha producido una conmoción social, pues, se ha puesto al descubierto el desarrollo y consolidación de una efectiva estrategia de copamiento y distorsión de las instituciones públicas, generando una crisis de valores entre la población nacional; la cultura de la corrupción que campea en nuestro medio, rodea de modo constante a los diferentes sectores y órganos de la administración pública, en forma objetiva e irrefutable tales como el manejo arbitrario y corrupto de los recursos públicos, la subordinación de la administración de justicia, la interferencia de poderes, la incompetencia de los gobiernos locales, incluso la compraventa de la prensa de opinión; dadas estas circunstancias en las que se halla contaminada la sociedad peruana, para quienes somos administradores de justicia, resulta imprescindible hacer una disquisición del interés colectivo que el Estado tutela a través de las leyes para conjurar este flagelo o lacra social (la corrupción), es por eso que ofrecemos en este trabajo un análisis del bien jurídico que debe ser protegido en los delitos específicos de peculado, malversación de fondos y peculado impropio.

Estamos convencidos que la correcta aplicación y el perfeccionamiento de las leyes para tutelar los bienes jurídicos protegidos por la ley, no pueden tener lugar sin el cabal conocimiento de las ideas que las inspiran, ni de la realidad social en la que se aplica, por ello consideramos importante este aporte, para la correcta adecuación del hecho al tipo penal y de ese modo no dejar impune los delitos de alta traición a la administración pública.

2. El bien jurídico protegido en los delitos de peculado

Según José Hurtado Pozo (1987), una conquista del derecho penal liberal, es el haber determinado que sólo deben ser reprimidos penalmente los actos que ponen en peligro que lesionan bienes que sean fundamentales para la vida común; de ahí se considera que toda norma jurídica penal tiene que fundamentarse sobre un juicio de valor positivo respecto a tales bienes vitales.

Entonces será importante partir de algunas nociones sobre el bien jurídico, que ha sido objeto de tratamiento diverso por los tratadistas del derecho, citando a algunos, tenemos: Alfonso SERRANO GÓMEZ (2008) dice que el bien jurídico protegido en delitos contra la administración pública, "es el buen funcionamiento de la administración pública en todas sus esferas". En el Diccionario de Derecho Usual (CABANELLAS, 1974) el bien jurídico "es todo aquello material o inmaterial tutelado por el derecho". Para VON LISZT (2007) el bien jurídico es de carácter socio jurídico y a él le vinculan casi todas las tentativas. BAUMANN (1981) considera que los bienes jurídicos son los intereses jurídicamente protegidos.

WELZEL (1956) sostiene que se trata de bienes vitales de la comunidad o del individuo, los que debido a su importancia dice que los bienes jurídicos pueden ser materialmente definidos como aquellos bienes necesarios al hombre para su autorrealización social. ROXIN (2009) manifiesta que se trata de condiciones valiosas en las que se concretizan los presupuestos imprescindibles para una existencia en común. RUDOLPHI (1991) prefiere hablar de unidades de función, es decir que no se trata de cualquier interés, sino de su función en la sociedad.

Como podemos advertir de las nociones precedentes, no han logrado evitar que el concepto de bien jurídico siga siendo "una noción oscura y discutida" tal como señala nuestro compatriota José Hurtado Pozo, con cuya versión concordamos por que en verdad existe cierta dificultad para determinar los bienes que deben ser protegidos penalmente, pues, para ello es necesario un juicio de valor de parte de quien detenta el poder, vale decir que la dificultad residen en determinar los criterios útiles para la formación cabal de este juicio valorativo, ante ello los juristas recurren simplemente al catálogo de valores reconocidos en la Constitución, mas este criterio no deja aún de ser inseguro.

3. El bien jurídico protegido en el delito de peculado

En sentido genérico, dentro de los delitos contra la administración pública, en forma genérica para SOLER (1970) "el bien jurídico protegido es la administración pública, en cuanto se refiere al normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado en todas las ramas de sus tres poderes".

Por su parte Francisco MUÑOZ CONDE (2009), citando a VALEIJE ALVAREZ sostiene que "el bien jurídico es el principio de imparcialidad entendido como el deber de los poderes públicos de obrar con una sustancial neutralidad y objetividad en la prestación de servicios públicos".

En sentido específico, el artículo 387 del Código Penal peruano, protege el normal desarrollo de la administración pública que se vería afectada si se permite que los funcionarios públicos dispongan ilegalmente de los bienes propios de la

administración, esto es la lesión sufrida por la administración pública al ser despojado de la disponibilidad de sus bienes por funcionarios públicos en quienes se confía la percepción, administración o custodia con violación de la confianza conferida por razón del cargo.

Según Frisancho Aparicio y Peña Cabrera (Cfr. FERNANDEZ, 2013), en las distintas modalidades de peculado la alteración del normal desarrollo de la administración pública se concreta en lesiones a los intereses económicos de la administración y en irregularidades en el manejo oficial de los bienes que los intraneus administran, sin desconocerse que de manera secundaria se afecta la necesaria confianza que la administración deposita en sus gentes.

Como es de verse, algunos autores ponen de relieve la fidelidad, y honestidad del funcionario público para con la administración pública; otros en la defensa de la intangibilidad de los bienes del Estado en la administración y finalmente algunos en el enriquecimiento indebido o ilícito del funcionario público con la cosa pública.

En el primer caso, el propósito del legislador es sancionar la conducta de los funcionarios o servidores públicos que cometan el hecho delictivo con absoluta infidelidad del agente en el cargo que el Estado le ha confiado. Sin lugar a dudas esta conducta es de carácter ético moral; nosotros como operadores del Derecho hemos visto casos en que realmente se ha tenido como juicio de valor la infidelidad del funcionario en la confianza depositada por el Estado cuando éste en forma alevosa se apodera de los bienes percibidos, administrados o entregados en custodia por razón de su cargo, cuya apreciación siempre ha sido y es el elemento básico para determinar judicialmente la responsabilidad penal y la consiguiente consecuencia jurídica.

En el segundo caso es otro elemento aleatorio a la infidelidad señalada por cuanto el funcionario, empleado o servidor público tiene el deber por encargo del Estado de defender o proteger o ser garante del patrimonio del ente estatal o de un particular entregado a su administración. Con la infracción penal que motiva este comentario, el agente activo del delito de peculado no solamente lesiona la fidelidad depositada en él, sino en forma injusta pretende enriquecerse con la cosa pública de modo doloso. Finalmente en el tercer caso el elemento determinante del bien jurídico está compuesto por el enriquecimiento ilícito del empleado o servidor público con la disposición de los bienes patrimoniales a su favor que le han sido confiados por razón de su cargo; vale decir este elemento complementa a los anteriores para la unidad del bien jurídico, por cuanto el agente de esta clase de delitos, no sólo falta a la fidelidad o deber de proteger el patrimonio estatal, sino lo más grave es que por este medio se aprovecha en forma indecorosa para disponer en su beneficio personal los bienes estatales.

En consecuencia, tanto la falta de fidelidad funcional y el perjuicio patrimonial ocasionado a la entidad estatal, así como el enriquecimiento ilícito con la cosa pública, en nuestro concepto, son los elementos constitutivos de la unidad del bien jurídico protegido en el delito de peculado.

4. El bien jurídico protegido en la malversación de fondos

Los bienes jurídicos protegidos en el delito de peculado en sus diferentes subtipos, varían de acuerdo a la conducta ilícita asumida por el agente activo y el tipo penal al que se adecúa; en efecto en el peculado como ya puntualizamos, el bien jurídico está compuesto por tres elementos básicos, en cambio en la malversación de fondos conforme se advierte en lo previsto y penado por el Art. 389 del C.P. no se da el enriquecimiento ilícito del empleado o servidor público; en este tipo penal se vulnera específicamente el orden legal que rige las inversiones de la renta pública. Por esta razón la esencia de la malversación radica en la infracción del deber de fidelidad que incumbe al funcionario público, así como en el desvío del destino de los fondos públicos previsto en la ley, esto es que se trata del quebrantamiento de la fidelidad del funcionario de la ley que preestablece el destino de dichos fondos, a pesar de que en este delito el agente no obtiene un provecho económico ilícito personal, sino lesiona el cumplimiento de la inversión prevista, cometiendo una lesión o daño al patrimonio del Estado.

5. El bien jurídico protegido en el peculado impropio

En el peculado por extensión o impropio, el bien jurídico se determina de acuerdo a la adecuación de la conducta delictiva a los tres supuestos que prevé el Art. 392 del C.P. en vigor, modificado por la Ley No. 26128; en efecto:

Primero.- Los que administran o custodian dineros pertenecientes a las entidades de beneficencia o similares.

Segundo.- Los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

Tercero.- Todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dineros o bienes destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social.

En el primer caso el bien jurídico constituye únicamente dineros pertenecientes a las entidades de beneficencia o similares que se hallan en administración o custodia de un funcionario o empleado o servidor público, así como de un particular. Como podemos advertir el bien materia de tutela jurídica por esta

norma es un bien mueble, en este caso representado por el dinero, pero no de cualquier dinero, sino solamente del que pertenece a entidades beneficentes o similares, esto es, los caudales pertenecientes a las entidades de caridad social dirigida a procurar asistencia, consuelo y bienestar a los necesitados de protección y ayuda, mas concretamente son fundaciones que cumplen una finalidad de ayuda a los sectores mas necesitados, misión que brota del sentimiento de fraternidad humana. Por ello toda beneficencia pública desempeña funciones tutelares del Estado, que perdura a través de instituciones, servicios y establecimientos diversos.

En el segundo caso el bien jurídico, es el dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, esto significa que la materia de tutela no solo es el dinero, sino también los bienes embargados por orden de la autoridad judicial, aunque dichos bienes pertenezcan a particulares. Inferimos del texto de la norma invocada que tanto el dinero como los bienes embargados necesariamente deben entrar a la esfera de dominio de los administradores o depositarios nombrados por la autoridad competente, en este no hay otra, sino la judicial y que esos bienes pueden ser del Estado, de entidades beneficentes o similares, así como de particulares, en este último caso el dinero o bien embargado que pertenece a un particular es materia de tutela como si fuera del Estado, esto por la situación y condiciones especiales en que se hallan dichos bienes dentro de la administración pública.

En el tercer caso, el bien jurídico son los dineros o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social; esto quiere decir que pueden ser del Estado, de un particular o de personas jurídicas que por su destino asistencial o de apoyo social se halla en custodia o administración de los funcionarios, empleados o servidores públicos, así como de terceros particulares.

En resumen en los tres casos materia de análisis, el bien jurídico tutelado es el dinero y los bienes que se hallan bajo la disponibilidad de los agentes del delito, pero que los mismos son de distinta propiedad y destino social, por consiguiente merecen la protección o tutela legal.

En consecuencia podemos afirmar que la distinción entre el Peculado Propio y el Impropio radica en que, en el Peculado Impropio, el funcionario no tiene en su poder de manera directa y material los bienes públicos, en tanto que, en el delito de Peculado Propio, el funcionario público sí los tiene bajo su custodia, y que justamente, por esa razón, pueden disponer de ellos por su condición de funcionario.

La condición de funcionario público, sólo se requiere, en sentido estricto, en la figura del delito de Peculado Propio, mas no en la forma impropia del hecho. Por tanto, uno de los requisitos exigidos para su configuración, es que el agente del delito revista necesariamente la condición de funcionario público que, en su forma propia,

exige que éste, en razón de su cargo, tenga la custodia, administración de bienes públicos, condición ésta que no se exige al sujeto en la forma impropia, tal como se desprende de la segunda hipótesis del texto del artículo 392 del C.P. Esta norma nos permite afirmar que en este supuesto, los bienes públicos o privados no se hallan directamente en manos del sujeto activo, quien no tiene la disponibilidad material inmediata de los mismos, esto es, que el agente no es quien está a cargo de su percepción, recaudación, administración o custodia.

6. Bibliografía

BAUMANN, Jürgen. Derecho penal. *Conceptos fundamentales y sistema*, 1981.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de derecho usual*. Heliasta, 1974.

FERNÁNDEZ, Giovanna Fabiola Vélez. El Nuevo Código Procesal Penal: La necesidad del cambio en el sistema procesal peruano. *Artículo presentado en la página web de Justicia Viva. s/a Fecha de consulta*, 2013, vol. 4, no 09.

GÓMEZ, Alfonso Serrano; MAÍLLO, Alfonso Serrano. Derecho penal: parte especial. 2008.

POZO, José Hurtado. *Manual de derecho penal*. Eddili, 1987.

ROXIN, Claus. Política criminal y sistema de derecho penal. 2009.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal. En *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en 50º aniversario*. Tecnos, 1991. p. 81-93.

SOLER, Sebastián Sebastián Soler. *Derecho penal argentino*. Tipográfica Editora Argentina, 1970.

VON LISZT, Franz; SALDAÑA, Quintiliano; DE ASÚA, Luis Jiménez. *Tratado de derecho penal*. 2007.

WELZEL, Hans. *Derecho penal*. R. Depalma, 1956.