



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Vol. 2, n.º 3, julio-diciembre, 2020
Publicación semestral. Lima, Perú.
ISSN: 2707-4056 (en línea)
DOI: 10.58581/rev.amag.2020.v2n3.05



Naturaleza jurídica de la afectación en el delito de malversación de fondos

Legal nature of the involvement in the crime of embezzlement of funds

Naomi Catherine Bustillos Tamayo*

Distrito Fiscal de Áncash
(Áncash, Perú)

nbustillos@mpfn.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0001-6633-3674>

Resumen: La investigación desarrolla la naturaleza jurídica del elemento afectación del servicio o función encomendada en el delito de malversación de fondos, a fin de identificar los efectos a nivel dogmático y jurisprudencial de la determinación de su naturaleza. A partir de ello, se analiza si corresponde mantenerlo como delito o convertirlo en infracción administrativa. Se demostró dogmáticamente que acorde al principio de mínima intervención del Derecho Penal, el elemento afectación al bien o servicio encomendado es una condición objetiva de punibilidad y no un resultado típico ni una finalidad perseguida. Caso contrario, se estaría criminalizando conductas inocuas materialmente si se le considera como un delito de resultado o como un elemento de la tipicidad subjetiva implicaría enormes dificultades

* Fiscal adjunta provincial titular de la Primera Fiscalía Suprema Penal. Embajadora de la Integridad 2019 por la Comisión de alto nivel anticorrupción (CAN).

probatorias. La metodología es de enfoque cualitativo, esto es se enmarcará en un campo abstracto teórico, con un nivel básico de investigación. La relevancia se da en razón de que no existe literatura que realice un análisis profundo de lo que se debe considerar como «afectación al bien o servicio encomendado» aunado a la insuficiente respuesta jurisprudencial, por lo que resulta necesario para los operadores jurídicos este desarrollo dogmático y toma de posición.

Palabras clave: malversación de fondos, afectación al servicio, naturaleza jurídica, condición de punibilidad

Abstract: The investigation develops the legal nature of the element affecting the service or function entrusted in the crime of Misappropriation of funds, in order to identify the dogmatic and jurisprudential effects of the determination of its nature and from there analyze whether it corresponds to maintain it as a crime or make it an administrative offense. It was dogmatically demonstrated that according to the principle of minimal intervention of Criminal Law, the element affecting the good or service entrusted is an objective condition of punishment and not a typical result or a pursued purpose. Otherwise, materially innocuous conduct would be criminalized if it is considered a crime of Result and if it is considered an element of the subjective typicity, it would imply enormous evidentiary difficulties. The methodology has a qualitative approach, that is, it will be framed in an abstract theoretical field, with a basic level of research. The relevance is given due to the fact that there is no literature that carries out an in-depth analysis of what should be considered as «damage to the entrusted good or service» coupled with the insufficient jurisprudential response; Therefore, this dogmatic development and position taking is necessary for legal operators.

Key words: misappropriation of funds, impact on service, legal nature, punishable condition

RECIBIDO: 8/06/2021

REVISADO: 12/07/2021

APROBADO: 30/12/2021

FINANCIAMIENTO: Autofinanciado

1. Introducción

El delito de malversación de fondos, al contrario de los ilícitos de peculado, colusión y cohecho, no es objeto de investigaciones profundas, sino de mera señalización de sus elementos constitutivos; e incluso dicho escaso tratamiento doctrinal concluye con su despenalización, convirtiéndolo en algunos casos en una infracción administrativa.

Es ante esta carencia de un examen profundo de los elementos integrantes del tipo penal de malversación de fondos, también conocido en doctrina como «peculado por cambio de destino» que se considera necesario analizar dogmática y jurisprudencialmente uno de sus elementos típicos, esto es «afectando el servicio o la función encomendada». Podría ser considerado como resultado típico o la finalidad perseguida por el agente o una condición de punibilidad.

Entonces, el problema planteado en esta investigación está relacionado con la determinación de la naturaleza jurídica del elemento afectación. Para con ello identificar los efectos que puede producir en su tratamiento dogmático y jurisprudencial y como correlato analizar si se justifica mantenerlo como delito o corresponde que solo sea una infracción administrativa.

En cuanto a lo avanzado hasta el momento sobre malversación de fondos, se tiene en doctrina nacional a autores como Ramiro Salinas Siccha, Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, Fidel Rojas Vargas, James Reátegui, Manuel Abanto Vásquez, entre otros. Ellos de forma uniforme han descrito los componentes constitutivos del tipo penal, señalándolo como un delito de Resultado. Así mismo, se tiene tesis que abogan por la despenalización del ilícito de malversación de fondos. Señalan que el bien jurídico protegido es impreciso e inverso al principio de ultima ratio de las normas penales convirtiéndolo en una infracción administrativa, que tiene escaso grado de lesividad pues los bienes públicos distraídos no escapan de la esfera del Estado, en otras razones que llegan a la misma conclusión.

Esta investigación es importante, pues una vez profundizado el tema bajo análisis se tendrá una posición clara y sustentada sobre la esencia del elemento afectación y con ello el correcto análisis del tipo penal, acorde con el principio de lesividad y mínima intervención del derecho penal. También, se podrá sustentar porque no se debe despenalizar el ilícito de malversación de fondos sino interpretarla conforme a los principios antes mencionados. Se debe caracterizar el elemento afectación como una condición de punibilidad y, por lo tanto, solo con la presencia de este, la configuración del delito y, sin este, la no existencia del mismo ni siquiera en tentativa. Se logra, en consecuencia, que actos como la simple disposición del caudal público dentro de la misma arca estatal no sea punible, sino un acto administrativo sin relevancia penal.

Este hecho conlleva al operador jurídico a archivar o sobreseer denuncias penales en las cuales no se ha advertido el elemento afectación al bien o servicio encomendado.

2. La malversación de fondos

En el Título XVIII se plasma los ilícitos contra la Administración pública. Abarcando dentro de sus capítulos los cometidos por particulares, por funcionarios públicos, contra la Administración de justicia, entre los más resaltantes podemos mencionar: peculado, concusión, malversación de fondos, colusión, negociación incompatible, cohecho pasivo propio, tráfico de influencias.

Respecto a la contravención de malversación de fondos, podríamos indicar que en el Código Punitivo de 1924 no se regulaba el delito de malversación de fondos. Es recién con el Código de 1991 la tipificación del delito de malversación de fondos indicando: «El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra, una aplicación diferente de aquella a la que están destinados, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si resulta dañado o entorpecido el servicio respectivo, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años».

Esto es que la conducta se consumaba con el solo hecho de efectuar el agente las asignaciones irregulares del caudal público. Luego, este artículo es modificado el 13 de junio de 1993 a través de la Ley n.º 26198, le añade circunstancia agravante esto es: «si el dinero o bienes que administra estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años». Es así que se insertó una agravante por la finalidad.

Se realizó una modificación más mediante la Ley 27151 del 7 de julio de 1999, en la cual se unifica la afectación dentro del tipo base y se precisa aún más la agravante de la siguiente forma:

El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres años ni mayor de ocho años.

Punto a retornar posteriormente. Luego, en el 2013 a través de la Ley n.º 30111 del 26 de noviembre de dicho año se inserta al tipo base la pena de 180 a 365 días multa y al tipo agravado la pena de 365 días multa.

Finalmente, el 22 de octubre de 2016, a través del artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1243 se agrega a la pena privativa de libertad, los días multa e inhabilitación con la misma frase tanto al tipo base como a la agravante: «inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1,2 y 8 del artículo 36 y queda de esa forma hasta la fecha».

Figura 1

Desarrollo legislativo de malversación de fondos



Entonces, se puede advertir que el ilícito de malversación de fondos ha sufrido desde su inserción entre el catálogo de delitos en el Código Penal de 1991 diversas modificaciones hasta llegar al tipo penal que nos acompaña en el cuerpo normativo.

Este tipo penal exige dentro de sus elementos objetivos que el sujeto activo sea funcionario o servidor público. Determinado como un concepto amplio, pues no solo serán funcionarios los establecidos en el Código Punitivo, artículo 425, sino también todo aquel que tenga una relación con una entidad estatal. No importa el vínculo contractual del mismo, conforme indica la Convención Interamericana contra la corrupción (CICC).

Sobre el elemento de relación jurídica de administración, se da en razón de que el sujeto debe tener el deber institucional de administrar dicho caudal, más allá de que el sujeto tenga un acceso a los caudales públicos. Solo así será autor del mismo. En caso de no tener dicha relación de administrador del caudal y participará un tercero ajeno de la comisión del ilícito, entonces su rol será de partícipe o cómplice.

Sobre el destino definitivo diferente, conforme se tiene de variada jurisprudencia nacional, este es un elemento por el cual se verifica si lo programada institucionalmente al inicio es lo mismo a lo efectivamente girada. Y que esto afecte el servicio o función encomendada. Hasta aquí no hay mayor controversia, es más la doctrina nacional uniformemente desarrolla dichos elementos, incluso para otros delitos.

Siendo el último elemento del tipo penal: la afectación, se dirá que efectivamente es el que trae mayor controversia y se tratará a continuación.

El último elemento del tipo penal es la afectación. Esta es la que trae mayor controversia. A continuación, se tratará con amplitud.

3. Afectación al servicio

La Corte Suprema de Justicia ha establecido en las siguientes resoluciones: Expediente n.º 21-2003-A.V. (Sala Penal Especial), Recurso de Nulidad n.º 1621-2009/Tacna, Recurso de Nulidad n.º 2331-2002/Arequipa, entre otros, lo que se debe entender por afectación al servicio. Estableciéndose como los efectos perjudiciales a la ejecución o desarrollo programado, situaciones determinadas, concretas y demostrables, obligatoriamente respaldadas y acreditadas por el titular de la acción penal. Se precisa que dicho detrimento debe ser consecuencia directa de la desviación de caudal público. Se genera no una lesión patrimonial, sino un perjuicio en la ejecución del servicio, retardo o inobservancia de plazos, aumento de costos, disminución de las características de servicios, y otros a establecerse según el caso preciso o la naturaleza del servicio.

4. El Principio de Legalidad Presupuestal

En un inicio se debe señalar que el Congreso de la República aprueba el presupuesto del sector público. Esta es una herramienta anual de sistematización financiera y económica. En noviembre de 2003, se publicó la Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público (Ley n.º 28112), por la cual se establece que las normas rectoras para la Administración financiera estatal son la eficiencia, la legalidad, la eficacia y la transparencia.

El presupuesto de cada una de las entidades públicas está integrado por el crédito presupuestario. Este es el monto señalado en el presupuesto estatal, así como en sus reformas a fin de que las personas jurídicas sean capaces de ejecutar gasto estatal. Su fin es exclusivamente para lo que originariamente fue autorizado, salvo que se apruebe modificación presupuestaria.

Los órganos de control interno de cada entidad pública, así como la Contraloría General de la República están encargados de supervisar la fidelidad de la ejecución de la programación financiera estatal, así como su adecuada gestión y manejo de los bienes y caudales del Estado.

Acorde a los párrafos precedentes, se advierte que la legalidad de la ejecución presupuestal es de suma importancia en la sistematización financiera y económica de una entidad estatal y que actuar en contrario

significa sanciones administrativas. Luego en el sistema penal es retomado conceptualmente para llenar de contenido con la norma extrapenal.

Entonces la pregunta es, si se puede modificar o no el presupuesto de una entidad pública. Sí se puede. Se llaman modificaciones presupuestarias y se pueden realizar dentro de los límites y de acuerdo a la forma establecida por ley y solamente en tanto esté vigente un ejercicio presupuestario. Existen modificaciones en el nivel institucional y en el nivel funcional programático. Las primeras se dividen en transferencias de partidas y créditos suplementarios, ambos aprobados por Acuerdo del Consejo Regional o Concejo Municipal o por Ley, según sea el caso. Se dan entre pliegos institucionales. Las segundas se dividen en anulaciones y habilitaciones y se dan dentro de un mismo pliego (entidad pública). Y las habilitaciones son el aumento de los créditos presupuestarios de actividades y proyectos con compromiso a anulaciones de la misma actividad o proyecto u proyectos. Las anulaciones son la eliminación parcial o total de los créditos presupuestarios de proyectos o actividades. Mediante la expedición de una resolución, el titular de la entidad pública aprueba modificaciones presupuestarias en el nivel funcional programático. Sin embargo, esta facultad puede ser delegada expresamente, para luego publicarse en el diario oficial del Estado.

Bajo seis causales se podrá generar anulaciones. Primero, si se suprimió total o parcialmente las metas presupuestarias. Segundo, si se cumplió las metas. Tercero, si se ha cambiado la prioridad de los objetivos institucionales. Cuarto, si luego de haberse cumplido el fin para el que estuvieron previstos generan saldo. Quinto, si las proyecciones muestran que al cierre del año fiscal arrojen saldos de libre disponibilidad. Sexto, si se elimina la finalidad.

Se pueden generar habilitaciones si se aumentan o crean nuevas metas presupuestarias o si las proyecciones al cierre del año fiscal exponen déficit en relación a las metas programadas. Está prohibido autorizar habilitaciones para compromisos de pago de remuneración, pensiones, subsidios (gastos corrientes) con cargo a anulaciones presupuestarias para adquisición de activos financieros y no financieros (gastos de inversión). A excepción de fusión o traspaso de un pliego a otro.

5. Condición objetiva de punibilidad

En principio se debe señalar que el establecimiento de un componente del tipo penal como una condición de punibilidad no corresponde a la dogmática sino al legislador de la norma, pues aquel va a determinar la punibilidad. Condiciona la imposición de la pena, pues el sujeto activo ya realizó el delito y a fin de que no se le aplique una responsabilidad objetiva es que el legislador ha colocado este elemento no abarcado por el dolo. Un elemento

característico de una condición de punibilidad es que no está comprendido por el dolo del autor, en otras palabras; el autor desconoce o no le interesa dicho elemento, simplemente le es indiferente. Y no se encuentran en todos los tipos penales.

Aunado a ello, no es tarea fácil determinar un grupo de características uniformes porque más bien son heterogéneas y abarcan diferentes voluntades legislativas político- criminales. Se identifican cuando aparecen frases que podrían justificar el reaccionar de la maquinaria estatal como «si es que no diera explicación satisfactoria de su paradero».

En relación al tema, Kaufmann (1976) «vislumbra en las condiciones objetivas una clara infracción del principio de culpabilidad» (p. 251). Llega a dicha conclusión pues considera que las condiciones objetivas de punibilidad forman parte del injusto y fundamentan la pena. En sentido contrario opina Welzel (1970) «el reconocimiento de meras condiciones externas, respecto a las cuales no necesita referirse ni el dolo ni la culpabilidad, es compatible con el principio de la culpabilidad imperante en el derecho penal» (p. 88) Por nuestra parte, consideramos acertada la posición de Welzel, pues el condicionamiento de la aplicación de pena debe ser ajeno al dolo y, por lo tanto, aplicable al sujeto una vez realizada la conducta típica, antijurídica y culpable.

Existen condiciones objetivas de punibilidad propias, conocidas como causas de restricción de la pena, pues ofrecen una barrera de protección penal, un obstáculo restrictivo a la punibilidad, por razones político criminales. Para Jescheck (2003) «tienen la misma posición en la estructura del delito que las excusas absolutorias y la exención de pena, siendo estas últimas el contrapunto subjetivo y el lado objetivo las condiciones de punibilidad». (p. 504). Estas se dan por la falta de necesidad de pena. E incluso refiere que «una ulterior circunstancia que puede referirse al propio hecho, o a la evolución tras el mismo y le confiere una mayor significación en relación con el mundo circundante» (Jescheck, 2003, p. 504)

Las condiciones objetivas de punibilidad impropias agravan la pena de forma encubierta. Cofundamentan el ilícito. En el fondo son parte del injusto penal, pero se les considera como condición de punibilidad, a fin de que no se relacione con el dolo o culpa. En realidad, es un elemento del merecimiento de la pena, pues amplía la punibilidad, de espaldas a la imputación subjetiva. Esto es que al merecimiento de pena se llega a través de la existencia de una condición de punibilidad. Ejemplo de esto es la cuantía de lo sustraído en el hurto, el homicidio culposo de la hija, el falso testimonio en juicio.

6. Delito de resultado

Dentro de las clasificaciones de los tipos penales, existe la división por la vulneración al bien jurídico: los de mera actividad (delitos de peligro) y los de resultado (delitos de lesión). A los primeros no se exige resultado, se castiga la simple puesta en peligro del bien jurídico, la realización del tipo coincide con la acción y, por ende, no se origina un resultado separable de ella. En estos delitos no hay tentativa. Claros ejemplos son el delito de organización criminal, el delito de falso testimonio y el delito de tenencia ilegal de armas.

En cambio, a los segundos se exige que la conducta realizada produzca un resultado, una lesión o puesta en peligro distanciada temporal y espacialmente de la conducta. Entre la acción y el resultado hay o puede haber un periodo de tiempo. Invariablemente, un delito de resultado conllevará un cambio: una modificación lesiva. Cabe la frustración del delito. La consumación se origina con la producción de un resultado. Clásicos ejemplos son el homicidio, el robo, el cohecho.

7. Delitos de finalidad perseguida

Son denominados como delitos de tendencia interna trascendente o delito con propósito o intención. Se considera dentro de la tipicidad subjetiva del tipo penal. Es un elemento subjetivo específico requerido por el injusto penal, adicional al dolo; por ejemplo, en el delito de extorsión, homicidio para ocultar otro delito, el ánimo de lucro en el hurto. Se le haya muchas veces con la fórmula: *para facilitar, el obrar para, en perjuicio de, en ofensa de*.

Esto es, revela un aumento en la culpabilidad del autor, pues revela una actitud interna además que cosifica o instrumentaliza el bien jurídico protegido. Una finalidad que se logra más allá de la conducta delictiva.

Este tipo de delitos tienen tres subdivisiones: con elemento subjetivo negativo, se le identifica con *siempre que no*; los de tendencia interna intensificada, el agente logra la finalidad al realizar el delito, y el de tendencia interna trascendente, en el cual se busca un propósito que se logra más allá de la conducta delictiva.

8. Materiales y métodos

La recolección de información se ejecutó mediante la técnica de análisis documental como es el estudio de la diversa jurisprudencia nacional a nivel de nuestra Corte Suprema de Justicia. Para la obtención de dicho contenido, se revisó la página web Jurisprudencia Nacional Sistematizada del Poder Judicial, así como otros buscadores de resoluciones. Se delimitó el periodo de búsqueda a los años 2010-2020. Y se utilizó solo las resoluciones (casaciones

y recursos de nulidad) referidas a ilícitos de malversación de fondos emitidas por nuestra Sala Suprema Penal Permanente y las dos Salas Suprema Penal Transitoria, siendo ese el universo.

9. Resultados

De las casaciones y recursos de nulidad obtenidas, se seleccionó un conjunto de muestra de resoluciones con el objetivo de realizar el análisis correspondiente a efectos de brindar una respuesta a los objetivos planteados en la actual investigación. Esto es cuál es la naturaleza jurídica del elemento afectación al bien o servicio. Para ello se procederá a detallar lo considerado por el Tribunal Supremo.

9.1 De la afectación al bien o servicio

Respecto a este elemento del tipo penal la Corte Suprema señala:

Como se indicó en la ejecutoria suprema que concedió el presente recurso, la finalidad era analizar la interpretación realizada en la sentencia de vista respecto al resultado típico de afectación al servicio, mas no sobre «la aplicación definitiva diferente», que es un elemento distinto del tipo legal en análisis. No obstante, corresponde precisar que, aunque (como se desprende del artículo 389 del Código Penal) el resultado típico (afectación al servicio) necesariamente debe ser consecuencia de la acción previa (aplicación definitiva diferente de fondos públicos), el proceso de valoración de ambos elementos ha de realizarse de manera específica y diferenciada (Casación n.º 544-2018, Lima Norte).

Se advierte que la Corte Suprema identifica al elemento afectación al bien o servicio como resultado típico, esto es parte de un delito de resultado. En dicha sentencia, los hechos giraban en torno a un alcalde que había otorgado presupuesto para la implementación y equipamiento de un centro de telemática, anulando el presupuesto de una distinta partida presupuestal denominada Plan de incentivos a la mejor gestión municipal. La fiscalía no probó el elemento afectación. Fueron absueltos.

Así mismo, en la Casación de 2018 - Madre de Dios, se indicó:

Que la ilicitud de las transferencias cuestionadas expresa, como es patente, una aplicación definitiva diferente de los caudales públicos institucionales (dinero) apartándolos de su destino legal; y, como se les desvió de programas específicos de desarrollo para gastos corrientes, es de considerar que se afectó el servicio público de origen. 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. (Casación n.º 503-2018-Madre de Dios)

Los hechos informaban sobre un gobernador regional que delegó funciones a su gerente de presupuesto. Este modificó el presupuesto de un proyecto de mejoramiento de vía de un centro poblado, a fin de destinarlo a la realización de feria agropecuaria regional. La vía no fue realizada. Se ordenó nuevo juicio.

También en el recurso de nulidad de 2012,-Ayacucho se indicó:

En estos eventos, se sanciona la lesión sufrida por la Administración pública al apropiarse, malversar y direccionar la disponibilidad de sus bienes, lo cual es producido por quienes ostentan el poder de administración de los mismos y al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes; y, permiten que es Estado quede afectado y no pueda cumplir con su finalidad propia y legal. (Recurso de Nulidad 657-2012-Ayacucho)

Los hechos sucedieron por el pago de dietas impagas a un exalcalde de parte del alcalde ingresante como si fuera gastos corrientes del ejercicio y la habilitación de Foncomun para gastos de la celebración por el Día del Trabajador. Fueron condenados.

10. Discusión

Ahora se procede a realizar el análisis de todo lo detallado líneas anteriores, en principio, se debe indicar como ya se habrá advertido que, la Corte Suprema de Justicia considera que el elemento afectando al bien o servicio encomendado es el resultado típico de la conducta de desviación. Y, por lo tanto, el delito de malversación de fondos es un delito de resultado. Conforme se ha advertido en las sentencias precedentemente detalladas, es por la existencia de dicha afectación que se consuma el delito. Se deja establecido para ellos una correlación de causa-efecto entre la desviación y la afectación.

Conforme se ha dado cuenta al analizar el desarrollo legislativo de la contravención de malversación, cuando se originó el tipo penal en el año 1991, este era un delito de actividad. Se consumaba con la sola desviación del caudal público, fue en 1999 que se introdujo el elemento de perjuicio al bien o servicio encomendado. Así ya lo establecía la sentencia emitida por la Sala Penal Especial en el expediente n.º 21-2033-A.V.:

Posteriormente, mediante la Ley n.º 27151 del 7 de julio de 1999 (...) esta última norma, más benigna en el caso concreto por incluir mayores elementos objetivos y prever una pena menor, en comparación con la anterior, es la que debe ser objeto de análisis, pues exige, de un lado, que la aplicación que se da al dinero o

bienes administrados sea definitiva; y de otro lado, que esa aplicación afecte el servicio o función encomendada. La nueva ley, en atención al último requisito, convirtió el delito en uno de resultado.

Desde entonces, se le dio el tratamiento como un elemento del tipo objetivo de resultado. Conforme al objetivo por el cual fue introducido dicho elemento, no fue para convertirlo en delito de resultado o que se exigiera el mismo para su configuración y creando con eso la tentativa para este delito. Circunstancia que antes no existía por ser delito de mera actividad.

Se piensa que se introdujo dicho elemento como una exigencia adicional para dictaminar la necesidad de pena. Esto es el ilícito de malversación de fondos se consuma con la mera desviación y, por ende, es delito de peligro, claramente no existe tentativa y el elemento de afectación –cuando se introduce en 1999– es un requisito adicional ajeno al dolo de sujeto activo, este se da como exigencia para penar una conducta típica antijurídica y culpable. Se considera que esta es una interpretación conforme al bien jurídico protegido particular como es la legalidad presupuestal, la correcta ejecución y funcionamiento del mismo y, claramente, conforme al principio de lesividad, pues conforme a la norma sustantiva para la exigencia de pena se requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Y en el caso cuando se considera conforme a sus orígenes del delito de malversación de fondos como un ilícito de mera actividad, entonces no existe la tentativa, y, por ende, no será punible las conductas anteriores a la desviación, pues realmente no se pone en riesgo el bien jurídico protegido.

En consecuencia, se considera que la naturaleza del elemento afectación al bien o servicio encomendado es de una condición objetiva de punibilidad y no elemento objetivo de un delito de resultado. Interpretación que avala la presentación de una improcedencia de acción si es que el elemento de perjuicio no se halla sustentado, y al no necesitar pena, no se castigaría el mismo.

Cabe indicar que, conforme al análisis del tipo, esto es que el dolo del sujeto activo es desviar el caudal público a otro objetivo, no pertenece a su esfera de voluntad el querer afectar o no al servicio primigenio. Así como al detalle de los delitos de tendencia interna trascendente ya detallados, se considera que no es un objetivo oculto y final el perjuicio al bien o servicio desviado; pues el sujeto activo tiene dolo de desviar: posicionar lo contrario, tener que argumentar que el sujeto debe tener un dolo por el hecho y otro dolo por el fin. Se mueve así dentro del campo de lo subjetivo, no coincidente con la realidad y mucho más compleja de probar para el defensor de la legalidad.

Se podría sustentar de la siguiente manera:

Tabla 1

Posiciones y sus consecuencias

Naturaleza	Tema	Consecuencia
Condición de punibilidad	Condición objetiva de punibilidad	Con presentación de improcedencia de acción, se despenaliza al caso concreto. Se condena solo cuando se afecta el bien. No correspondería la pena porque no se verifica perjuicio.
Finalidad perseguida	Tendencia interna trascendente (Delito con propósito o intención)	Absolución por dificultad y probar el doble dolo. El dolo por el hecho (conocimiento y voluntad) y el dolo por el fin. Querer perjudicar. Difícil condena.
Resultado típico	Resultado típico	Necesidad de probar objetivamente el resultado. Si no se afectó queda en tentativa, vulnerando el principio de lesividad.

Entonces, se desprende bajo la posición de considerarlo conforme al desarrollo legislativo como un delito de mera actividad, al cual se le ha insertado una condición objetiva de punibilidad fuera del dolo del sujeto activo es una interpretación acorde al principio de lesividad y de mínima intervención del derecho penal. Resulta, entonces, innecesario la despenalización del delito de malversación de fondos, ni mucho menos convertirlo en una infracción administrativa, sino corresponde interpretarlo conforme a los principios ya señalados, así como a su origen legislativo, y con ello se sanciona las conductas que efectivamente perjudiquen al bien o servicio desviado y no solo una conducta inocua para los fines del medio de control llamado Derecho Penal.

11. Conclusiones

La naturaleza jurídica del elemento afectación al bien o servicio encomendado en el delito de malversación de fondos es de ser una condición objetiva de punibilidad. Como tal no forma parte del injusto, pues el mismo ya se configuró. Está dentro de la categoría de necesidad de la pena y, por lo tanto, no abarca el dolo del sujeto activo.

Esta determinación trae consigo que el delito de malversación de fondos no sea considerado como delito de resultado, sino de mera actividad. En consecuencia, no tiene tentativa. Conforme a los principios de lesividad y mínima intervención del derecho penal. Son inocuas conductas anteriores a la formación del injusto, que claramente no afectan el bien jurídico protegido particular como es la legalidad presupuestal. Se da camino a que las partes puedan presentar una improcedencia de acción y se dé por concluida la investigación.

Finalmente, se considera que si se justifica que se mantenga como delito la malversación de fondos, pues su bien jurídico protegido como es la legalidad presupuestal, es necesario para el desarrollo ordenado transparente y eficaz de la administración financiera, con sus anulaciones y habilitaciones conforme a ley. Sin ello los casos de desviación en instancias estatales incrementarían exponencialmente, siendo arma para fines socio-políticos de titulares y gerentes de entidades públicas. Por ello, las voces que indican que se debe despenalizar porque viola el principio de lesividad, de mínima intervención del derecho penal entre otras, carecen de sustento dogmático, pues conforme a la investigación resulta todo lo contrario si se interpreta correctamente el elemento de perjuicio como condición objetiva de punibilidad que añade extrínsecamente un elemento para la determinación de la necesidad de pena.

Referencias

- Área Académica (2011). *Boletín n.º 16*. Lima: Estudio Ore Guardia Abogados.
- Calderón, L., y H. Benavente (2012). *Delitos de corrupción de funcionarios*. Gaceta Penal & Procesal Penal.
- Cancho, R. (2014). *La imputación del delito y de la pena en los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Ediciones jurídicas del centro.
- Caro, J. (2014). *Manual teórico práctico de teoría del delito*. Lima: ARA Editores.
- Castañeda, S. (2013) *Jurisprudencia Seleccionada del Subsistema Anticorrupción*. Jurista Editores.
- Cervantes, D. (2009). *Manual de derecho administrativo*. Rodhas Editorial.
- Comisión de Alto Nivel Anticorrupción. (2014). *Compilación normativa de instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción*. Palestra Editores.
- Huamán, D. (2014). *Los delitos de corrupción de funcionarios en la jurisprudencia nacional y en los acuerdos plenarios. Extractos sustantivos y procesales*. Palestra Editores.
- Jescheck, H. (2003). *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Comares.
- Organización de los Estados Americanos (1996). *Convención Interamericana Contra La Corrupción*. Caracas: OEA.
- Gaceta Jurídica (2013). *Los delitos contra la administración pública en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Gonzales, J. (2000). *Corrupción y justicia democrática*. Clamores.
- Mapelli, B. (1990). *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Artes Gráficas Suarez Barcala.
- Peña Cabrera, A. (2011). *Derecho penal. Parte especial*. Editorial Idemsa.
- Pinedo, C. (2013). *Imputación objetiva. Introducción a sus conceptos elementales*. Lima: Editorial Palestra.
- Rojas, F. (2012). *Derecho penal práctico, procesal y disciplinario. Dogmática y argumentación*. Imprenta Editorial El Buhó EIRL.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, parte general*. Civitas.

Salinas, R. (2011). *Delitos contra la administración pública*. Editorial Iustitia SAC.

Reategui, J. (2014). Delitos cometidos por funcionarios en contra de la administración pública. Jurista Editores EIRL.

San Martín, C. (2007) Persecución penal de la corrupción política en el Perú. Reflexiones desde el Perú. En M. Alcaraz (Dir.), *El Estado de derecho frente a la corrupción urbanística* (pp. 151 – 197). La Ley