

55

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

LES PRATIQUE ET PRO

# Revista

Enero 2025

55

Revista Penal

# Penal



Enero 2025



tirant  
lo blanch



tirant  
lo blanch



# Revista Penal

Número 55

## Sumario

---

### Doctrina:

– Noticias falsas y amnistía, por <i>Miguel Abel Souto</i> .....	5
– La bipolaridad del Código Penal, por <i>María Acale Sánchez</i> .....	14
– Los retos del Derecho penal posmoderno: los coches autónomos y el sistema de faltas en el ordenamiento jurídico italiano, por <i>Maristella Amisano</i> .....	31
– La libertad de expresión. Algunas reflexiones desde el Derecho penal, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i> ..	45
– La <i>desaparición</i> de la delincuencia infantil en España, la consiguiente ausencia de debate y, de nuevo, un espejo en el que mirarse: Alemania, por <i>Miguel Ángel Cano Paños</i> .....	66
– Inaplicación del principio de no punición a víctimas de trata de seres humanos (comentario de la STS 960/2023, de 21 de diciembre), por <i>Marcos Chaves-Carou</i> .....	83
– Personas jurídicas instrumentales como sujetos inimputables a efectos del régimen legal del art. 31 bis CP: posibilidades de respuesta penal, por <i>Javier G. Fernández Teruelo</i> .....	96
– Manipulaciones bursátiles, redes sociales y desinformación. El “Caso Gamestop” como piedra de toque del delito del art. 284.1.2º del Código Penal, por <i>Alfonso Galán Muñoz</i> .....	112
– Mentiras e ilusiones. Acerca de las ultrafalsificaciones, por <i>Mª del Carmen Gómez Rivero</i> .....	128
– La amnistía como (nueva) causa de extinción de la responsabilidad penal: aspectos problemáticos de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, por <i>José León Alapont</i> .....	155
– Las objetables y escasamente atendidas “defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”: ¿castigo penal de la pobreza energética e ilícitos civiles criminalizados?, por <i>Félix Mª. Pedreira González</i> .....	181
– Entidades pantalla y proceso penal, por <i>Pedro Pablo Pulido Manuz</i> .....	209

### Sistemas Penales Comparados:

– Delitos de malversación o peculado ( <i>Crimes of embezzlement</i> ) .....	235
--	-----

### Bibliografía:

– Abadías Selma, Alfredo: <i>Violencia de Género: Una exégesis sobre su tipología delictiva</i> , Editorial Dykinson, Madrid, 2023, 204 páginas, por <i>Núria Fernández Albesa</i> .....	307
– Ferré Olivé, Juan Carlos: <i>El delito de blanqueo de dinero</i> . Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 412 páginas, por <i>Caty Vidales Rodríguez</i> .....	313
– Muñoz Conde, Francisco: <i>El antiliberalismo en el Derecho penal</i> , por <i>Jaime Couso Salas</i> .....	317
– Muñoz Conde, Francisco: <i>El antiliberalismo en el Derecho penal</i> , por <i>José Luis Guzmán Dalbora</i> .....	320

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>.

Pueden consultarse números posteriores en <https://revistapenal.tirant.com/index.php/revista-penal/index>

---



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja  
Carmen González Vaz. Universidad CUNEF, Madrid

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen  
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha  
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca  
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg  
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco  
Norberto de la Mata Barranco, Univ. País Vasco  
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra  
George P. Fletcher. Univ. Columbia  
Luigi Foffani. Univ. Módena  
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha  
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I<sup>o</sup>  
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla  
José Luis González Cussac. Univ. Valencia

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III  
Carlos Martínez- Buján Pérez, Univ. A Coruña  
Alessandro Melchionda. Univ. Trento  
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide  
Francesco Palazzo. Univ. Firenze  
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa  
Claus Roxin. Univ. München  
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha  
Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg  
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz  
John Vervaele. Univ. Utrecht  
Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío  
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), José León Alapont (Universidad de Valencia), Pablo Galain Palermo (Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)  
Luis Fernando Niño (Argentina)  
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)  
Consuelo Murillo Ávalos (Chile)  
Jiajia Yu (China)  
Paula Andrea Ramírez Barbosa (Colombia)  
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)  
Elena Núñez Castaño (España)  
Luigi Foffani (Italia)  
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)  
Campo Elías Muñoz Arango (Panamá)  
Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)  
Blanka Julita Stefańska (Polonia)  
Frederico Lacerda Costa Pinto (Portugal)  
Baris Erman y Saba Üzaltürk (Turquía)  
Volodymyr Hulkevych (Ucrania)  
Pablo Galain Palermo (Uruguay)  
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELFs.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



## Delitos de malversación o peculado (Crimes of embezzlement)

Revista Penal, n.º 55 - Enero 2025

### ALEMANIA

Martin Paul Wassmer

Universidad de Colonia

Traducción de Laura Zambrano Ochoa, Universidad Externado de Colombia

#### I. INTRODUCCIÓN

En Alemania, la **malversación o deslealtad** (§ 266 del Código Penal (StGB)) se ha convertido en una de las disposiciones penales más importantes del derecho penal económico. Como tipo básico, protege contra el daño a los activos de otros a través de la violación de una relación especial de confianza. Todos los actos de malversación se registran, sin distinguir entre el sector privado y el público. La malversación de fondos es un delito contra la propiedad pura<sup>1</sup>. No han prevalecido los esfuerzos por incluir la honestidad de las transacciones comerciales, la relación especial de confianza, la confianza en el correcto desempeño de los asuntos oficiales o el poder de disposición<sup>2</sup>.

#### II. DEFINICIÓN Y CONSTITUCIONALIDAD

Tanto la jurisprudencia sobre el § 266 StGB como la literatura son extremadamente extensas. Esto se debe, principalmente, a la **gran amplitud** de la redacción del delito, que se remonta a una reforma de la estricta regulación anterior. La ley de 26.5.1933 por la que se modificaba el reglamento penal combinaba la teoría del abuso y la ruptura de confianza “en la lucha contra el fraude y la corrupción”. El objetivo era garantizar la protección integral de los bienes, lo que constituía una malversación de fondos, entendida como un “delito de traición”<sup>3</sup>. Por lo tanto, la malversación hoy en día incluye tanto el abuso (limitado) de una autorización como la ruptura o abuso (amplio) de confianza. Sin embargo, la versión amplia da lugar al riesgo de exten-

derse demasiado. Esto se ve reforzado por el hecho de que las antiguas normas especiales sobre malversación de fondos<sup>4</sup> han sido derogadas en gran medida. A juicio del Tribunal Constitucional Federal, <sup>5</sup> el delito formulado en forma de cláusula general es constitucional, ya que la jurisprudencia le ha dado contornos suficientemente nítidos y firmes mediante una sistematización por grupos de casos. La restricción constitucionalmente exigida se tiene suficientemente en cuenta por el hecho de que se requiere la existencia de una obligación de cuidar los bienes y la ocurrencia de una desventaja pecuniaria cuantificable. El tribunal hizo hincapié en que el incumplimiento del deber y la desventaja no deben confundirse, es decir, que el incumplimiento del deber no debe utilizarse para inferir la desventaja.

Es de gran importancia que la **tentativa quede impune**, ya que la malversación presupone una desventaja económica. No se llevaron a la práctica las peticiones de tipificar la tentativa como delito punible a fin de contrarrestar la tendencia de la jurisprudencia a colmar las lagunas de la responsabilidad penal mediante una interpretación extensiva de la desventaja<sup>67</sup>. Esto no haría más que aumentar la responsabilidad penal y contrarrestar el requisito de la manipulación restrictiva.

#### III. IMPORTANCIA PRÁCTICA

La importancia práctica del § 266 StGB es grande, aunque el número de casos es pequeño. Según las **estadísticas policiales** de criminalidad, en 2023 solo se registraron 5.217 casos<sup>8</sup>, lo que significa que la proporción del total de delitos fue solo del 0,09%. Sin embargo, el importe de los daños registrados alcanzó los 583,35 millones de euros<sup>9</sup>. Esto significa que la malversación tiene una proporción muy alta, del 7,8%. La media aritmética de los daños por caso fue de 111.817 euros y, por tanto, es muy elevada. De acuerdo con el tipo de “delito de cuello blanco”, el 65,8% de los sospe-



chosos eran hombres y el 75,3% de ellos tenían más de 40 años<sup>10</sup>. La tasa de esclarecimiento fue de un altísimo 94,8%, lo que expresa el hecho de que las víctimas son sistemáticamente conscientes de los autores debido a la posición de confianza. Por cierto, es probable que el número de **casos no denunciados** sea muy grande, ya que a menudo hay una falta de voluntad por parte de las víctimas para denunciar y cooperar, por ejemplo, si las empresas se ven amenazadas con la pérdida de imagen o si las inversiones procedentes de “dinero negro” han sido malversadas.

Muchas **investigaciones** terminan en un sobreesimiento, lo que indica una práctica de enjuiciamiento excesivamente extensa y un alto nivel de complejidad legal. En 2021, 1.035 personas fueron enjuiciadas, pero solo 632 personas (61,1%) fueron condenadas<sup>11</sup>. Se impuso una **pena de prisión** al 36,3% de los condenados en virtud del derecho penal general, con el 94,6% de las sentencias suspendidas y solo el 1,2% durante más de dos años<sup>12</sup>.

#### IV. ELEMENTOS DEL DELITO

A continuación, se expondrán las dificultades para interpretar el delito sobre la base de sus elementos y de los grupos de casos típicos.

##### IV.1. Deber de custodia del patrimonio

El autor de la malversación sólo puede ser alguien que esté obligado a cuidar los bienes, lo cual es un **delito especial**. Los terceros sólo pueden ser participantes<sup>13</sup>. Según la jurisprudencia, el deber de custodia de los bienes consta de **tres elementos**<sup>14</sup>: En primer lugar, debe ser la obligación principal de una gestión empresarial en beneficio de terceros; en segundo lugar, el autor debe tener margen para tomar decisiones independientes; en tercer lugar, la actividad debe tener cierta importancia en términos de duración y alcance. Los motivos por los que surge la obligación son la ley, el mandato oficial, el negocio jurídico y la relación fiduciaria. No se requiere una relación jurídica que sea efectiva en virtud del derecho civil<sup>15</sup>. La obligación de cuidar los bienes se extingue con la terminación de la relación jurídica, pero puede extenderse más allá si la actividad se continúa efectivamente<sup>16</sup>.

La jurisprudencia ha afirmado la obligación de cuidar el patrimonio, especialmente en el caso de las **personas que ocupan un lugar** destacado<sup>17</sup>: funcionarios públicos y empleados en puestos directivos; consejos de supervisión; directores; representantes de ventas; jefes de contabilidad; notarios; signatarios autorizados;

abogados; secretarios con poder de decisión; asesores fiscales; fiduciarios; gestores de activos; tableros; auditores; administradores de condominios. Por el contrario, la jurisprudencia ha negado la obligación de cuidar el patrimonio en el caso de las personas que ocupan una posición subordinada<sup>18</sup>: funcionarios y empleados públicos sin cargo de dirección; contadores sin poder de disposición; prestatarios; titulares de cuentas corrientes; titulares de tarjetas de crédito; arrendadores y arrendatarios; codificadores y receptores; consultores de gestión; las partes en contratos ordinarios de compraventa, obra o arrendamiento. Sin embargo, la jurisprudencia no se adhiere a este sistema. Por ejemplo, las personas que recaudan, gestionan y entregan fondos también deben tener una obligación de gestión de activos, siempre que los fondos alcancen una determinada cantidad y existan procedimientos contables ordenados<sup>19</sup>. Como resultado, especialmente en las empresas, muchos empleados subordinados pueden verse obligados a cuidar sus activos.

##### IV.2. Abuso de una autorización (§266 (1) alternativa 1 StGB)

En el caso del delito de abuso de una autorización, entendido como un **caso especial** del delito amplio de abuso de confianza<sup>20</sup>, el autor daña los bienes de otras personas bajo su cuidado excediendo su obligación legal al celebrar un negocio jurídico efectivo dentro del ámbito de su capacidad legal. Si no hay un negocio jurídico eficaz, se aplicará el abuso de confianza. La relación interna está marcada por la obligación de cuidar los bienes. Las restricciones se derivan de la relación jurídica subyacente y, de lo contrario, de la percepción del público<sup>21</sup>. Existe un incumplimiento de obligaciones, por ejemplo, si un signatario autorizado transfiere activos de manera legalmente válida o grava una responsabilidad sobre los activos bajo gestión y, por lo tanto, viola las restricciones de la relación interna.

Si existe el consentimiento efectivo del titular del activo en el momento de la infracción, se descarta el uso indebido. Sin embargo, el requisito previo es que el consentimiento no viole las disposiciones legales, que no haya defectos de voluntad relevantes, que se disponga de la información necesaria y que el propietario del activo tenga una visión general suficiente de los riesgos asumidos<sup>22</sup>. La cuestión de si el consentimiento de los **accionistas** de una sociedad de responsabilidad limitada (GmbH) a la transmisión de activos del administrador puede ser efectivo y en qué medida ha ocupado considerablemente la jurisprudencia<sup>23</sup>. En cualquier caso,

son inválidas las operaciones que infrinjan las normas destinadas a garantizar la continuidad de la empresa, es decir, que atenten contra el capital social o que provoquen un sobreendeudamiento. Las transacciones de **riesgo**, como las compras de instrumentos financieros, también pueden estar cubiertas por el consentimiento o ser permisibles según la opinión pública<sup>24</sup>. Por ejemplo, existen diferentes límites de riesgo a la hora de conceder préstamos, en función del enfoque de este. Las circunstancias económicas del prestatario, el uso del préstamo y las perspectivas del compromiso de préstamo deben examinarse siempre de forma exhaustiva<sup>25</sup>.

Existe un amplio margen de discrecionalidad en el caso de las tareas de estructuración empresarial, ya que el riesgo de evaluaciones incorrectas es inherente a las mismas debido a su carácter pronóstico<sup>26</sup>. Solo cuando se superan los límites más extremos de la libertad de decisión empresarial se produce un incumplimiento de la obligación que es tan grave que también constituye una violación de la obligación según el § 266 StGB<sup>27</sup>. El caso **Mannesmann/Vodafone**, en el que ex miembros del consejo de administración de Mannesmann recibieron “bonos de reconocimiento” millonarios tras la adquisición por parte de Vodafone, causó una gran sensación pública. Entre los acusados se encontraba Josef Ackermann, director general de Deutsche Bank AG, como miembro del consejo de supervisión de Mannesmann. En el espectacular juicio, que se llevó a cabo entre el 2004 y el 2006 ante el Tribunal Regional de Düsseldorf, el Tribunal Federal de Justicia asumió la malversación de fondos, ya que las bonificaciones no estaban acordadas en el contrato de trabajo<sup>28</sup>.

#### IV.3. Abuso de confianza (§266 (1) alternativa 2 StGB)

El elemento amplio de abuso de confianza se aplica si el autor excede la obligación legal establecida en la relación interna con el propietario del activo mediante la relación de gestión de activos a través de otras conductas en su área de responsabilidad<sup>29</sup>. El alcance de los deberes y las tareas está determinado por el objeto de la materia, así como por los deberes y poderes de la relación subyacente. La conducta relacionada con la propiedad puede consistir en cualquier acción legal o real. Esto incluye, por ejemplo, meter la mano en la caja, una contabilidad desordenada y la falta de cobro de cuentas por cobrar<sup>30</sup>.

#### IV.4. Desventaja pecuniaria

El autor debe infligir una “desventaja” a los activos bajo gestión, lo que se entiende como una pérdida fi-

nanciera, como en el caso del fraude (§ 263 StGB).

<sup>31</sup> El factor decisivo es que la salida de activos no se compensa directamente con una entrada de activos<sup>32</sup>. El daño también puede consistir en omitir un aumento de activos, siempre que exista la obligación de aumentar los activos<sup>33</sup>. Esto es importante, por ejemplo, para el tutor, que tiene que invertir los activos del pupilo con intereses. Según la jurisprudencia, no hay desventaja —a diferencia del caso del fraude— si el autor puede y está dispuesto a compensar el daño en cualquier momento y siempre dispone de sus propios fondos líquidos sustitutivos para este fin<sup>34</sup>. Este punto de vista conduce a una fuerte restricción y abre la posibilidad de reclamaciones de protección para los autores.

Al igual que en el caso del fraude, es suficiente con un riesgo patrimonial equivalente a un daño, en el que los activos ya están actualmente reducidos desde el punto de vista económico debido al riesgo concreto de una pérdida final de activos<sup>35</sup>. En el pasado, el poder judicial había manejado generosamente el daño por peligro, amenazando con transformar la malversación en un delito concreto de peligro y eludir la falta de responsabilidad penal en grado de tentativa. El Tribunal Constitucional Federal<sup>36</sup> se opuso a ello en relación con la interpretación restrictiva requerida y exigió que el daño por peligro —por ejemplo, en el caso de la concesión de préstamos en incumplimiento de obligaciones— fuera determinado por los tribunales de manera económicamente comprensible y, si fuera necesario, cuantificado por un perito. En particular, se deben utilizar los principios de contabilidad para evaluar los daños<sup>37</sup>. Sin embargo, esto solo es posible hasta cierto punto, ya que los procedimientos de valoración en el Derecho mercantil y societario se caracterizan por principios que, en caso de duda, conducen a la asunción de valores bajos y, por tanto, a una sobrevaloración del riesgo de pérdida<sup>38</sup>.

En el caso de las transacciones arriesgadas, puede existir un “riesgo de daño” de acuerdo con los principios del impacto del daño individual si la transacción —como la compra de instrumentos financieros en incumplimiento de obligaciones— es inutilizable para el propietario del activo y no puede explotarse de ninguna otra manera razonable o si su libertad económica de movimiento está severamente restringida<sup>39</sup>. Existe una desventaja no sólo si un gestor de activos a la manera de un “jugador” asume un riesgo de pérdida extremadamente mayor<sup>40</sup>, sino también, por ejemplo, si realiza transacciones altamente especulativas a pesar de acordar una estrategia de inversión conservadora<sup>41</sup>.



Los **fondos negros** en el sector privado han sido una preocupación importante para la jurisprudencia y la literatura. No es raro que las empresas creen y administren dinero de forma encubierta con el fin de utilizarlo en interés de la empresa, por ejemplo, para el soborno, si es necesario. Si el propietario del activo está de acuerdo con esto, no podría haber incumplimiento del deber por el consentimiento<sup>42</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia lo ha contradicho en el caso **Siemens/Enel**<sup>43</sup>, ya que la gestión de los activos de la empresa fuera de la contabilidad y el balance es jurídicamente inadmisibles y, por lo tanto, el consentimiento es inválido. Además, según la jurisprudencia, siempre existe una desventaja, ya que el saldo de caja se oculta para utilizarlo “de acuerdo con las propias consideraciones de conveniencia”<sup>44</sup>. Sin embargo, según la opinión generalizada<sup>45</sup>, este punto de vista no va lo suficientemente lejos si la intención es utilizar todo el saldo de efectivo más adelante en el interés económico de la empresa, ya que los fondos solo se retienen del propietario del activo, pero no se retiran de forma permanente. Si se utilizan con fines de soborno, esto puede registrarse como corrupción, pero no puede constituir una desventaja financiera si la empresa recibe grandes ventajas financieras a través de la adquisición de nuevos contratos. Según la jurisprudencia, existe una desventaja incluso si los propios gestores crean y gestionan la caja negra, pero no existe ninguna garantía contra el acceso no autorizado de las personas utilizadas para transportar los fondos<sup>46</sup>. Sin embargo, esto castiga un riesgo abstracto para los activos<sup>47</sup>. Por otro lado, el 3º Senado Penal del Tribunal Federal de Justicia admitió correctamente la indemnización por un “**stock negro**” de objetos y negó una desventaja<sup>48</sup>. Siempre que la devolución de los objetos esté asegurada en cualquier momento, no puede ocurrir ninguna desventaja.

En el caso de la **malversación presupuestaria** en el sector público, el incumplimiento del deber se deriva de la violación de las necesidades presupuestarias<sup>49</sup>. En cuanto a la desventaja, los presupuestos públicos están sujetos a obligaciones estrictas, por lo que el uso indebido de la finalidad constituye una desventaja según la doctrina de la apropiación indebida si no se logra la finalidad original<sup>50</sup>. Sin embargo, la indemnización puede hacerse mediante la consecución de otro fin permisible, ya que el § 266 StGB sólo protege los bienes y no el poder de disposición<sup>51</sup>. Existe una desventaja, por ejemplo, si los fondos presupuestarios se gastan en incumplimiento del deber sin nada a cambio, por ejemplo, si se emplea a personas profesionalmente inadecuadas<sup>52</sup>, se cubren los costos del buffet de las bodas de plata de un empleado<sup>53</sup> o se piden préstamos aunque el monto del préstamo no sea necesario en absoluto<sup>54</sup>.

También hay que afirmar una desventaja si se conceden subvenciones públicas a las que no se tiene derecho<sup>55</sup>, no se hacen valer reclamaciones cuantificables<sup>56</sup> o se malgastan fondos<sup>57</sup>. Por otra parte, no hay desventaja tanto en el caso de un desvío de fondos públicos a otra autoridad contrario al presupuesto<sup>58</sup>, ya que los activos del Estado en su conjunto no se reducen, como en el caso de un exceso de presupuesto, siempre que los fondos se utilicen para fines permisibles<sup>59</sup>. En estos casos, sin embargo, de acuerdo con los principios del impacto individual del daño, puede haber una desventaja si la libertad económica de circulación se ve gravemente afectada y se hace necesario pedir un préstamo<sup>60</sup>. Dada la considerable inseguridad jurídica, se reclama reiteradamente de lege ferenda el delito penal de “malversación de fondos”, lo que ya convierte en delito punible la medida cautelar contraria al presupuesto<sup>61</sup>. Sin embargo, esto se contradice con el hecho de que esto restringiría severamente el margen de maniobra político y que la gestión presupuestaria sería controlada por comités presupuestarios y tribunales de cuentas<sup>62</sup>. Además, el § 266 StGB se refiere a los casos en que se produce una desventaja pecuniaria que debe considerarse punible.

### IV.5. Intención

La infidelidad requiere intención, donde la **intención condicional** es suficiente<sup>63</sup>. El infractor debe ser consciente del incumplimiento del deber de su conducta y de la imposición de una desventaja. Según la jurisprudencia, la amplitud de los elementos externos del delito obliga a imponer requisitos estrictos a la prueba del aspecto interno del delito y, en particular, la intención condicional exige un examen particularmente detenido para tener en cuenta los intereses y los motivos<sup>64</sup>.

Se discute si la voluntad condicional debe extenderse también a la aprobación de la **realización** de la desventaja pecuniaria final, como exigen la 2ª y 5ª Sala Penal del Tribunal Federal de Justicia<sup>65</sup>. La incongruencia resultante entre los elementos objetivos y subjetivos del delito puede justificarse por el hecho de que el riesgo específico para la propiedad representa un adelanto de su realización. Por otro lado, la 1ª Sala Penal asume una desventaja pecuniaria final y afirma la intención directa<sup>66</sup>. Es necesario fusionar ambas líneas de jurisprudencia. El daño por peligro y la desventaja pecuniaria final están inseparablemente vinculados, ya que el daño por peligro se supone precisamente porque existe

una alta probabilidad de pérdida de la propiedad<sup>67</sup>. Por lo tanto, el autor actúa con intención directa si conoce las circunstancias (por ejemplo, garantía crediticia insuficiente) que justifican la alta probabilidad de que se produzca una desventaja financiera final y, por lo tanto, el riesgo financiero equivalente al daño.

## V. SANCIONES, CASOS ESPECIALMENTE GRAVES Y PRIVILEGIOS

En el § 266 (1) StGB se prevé una pena de prisión de hasta cinco años o una multa. Sin embargo, las disposiciones de los **casos particularmente graves** de fraude por remisión (§ 266 (2) StGB) se aplican mutatis mutandis a la malversación de fondos. En estos casos, la pena es de prisión de seis meses a diez años (§ 263 (3) frase 1 StGB). Por regla general, existe un caso especialmente grave (§ 263 (3) frase 2 StGB) en el que el delincuente actúa con fines comerciales o como miembro de una banda que se ha unido con el fin de seguir cometiendo el delito (n.º 1); provoca una pérdida de bienes a gran escala (es decir, al menos 50.000 euros)<sup>68</sup> o actúa con la intención de poner a un gran número de personas (es decir, 20 personas como mínimo) en riesgo de perder activos si continúa cometiendo el delito<sup>69</sup> (n.º 2); pone a otra persona en dificultades económicas (n.º 3); abusa de sus poderes o de su posición como funcionario público (alemán) o funcionario europeo (n.º 4), lo cual es importante para los casos de malversación de fondos. Por otro lado, el ejemplo estándar de fraude de seguros (n.º 5) no es transferible a la malversación de fondos.

Por el contrario, las disposiciones de privilegio también se aplican a través de la remisión. Por un lado, se excluyen los casos especialmente graves si el delito se refiere a una **desventaja pecuniaria menor** (es decir, menos de 50 euros)<sup>70</sup> (§ 243 (2) StGB). Por otro lado, los denominados **Infidelidad en el hogar y la familia** (§ 247 StGB): si un pariente, tutor o cuidador ha sido perjudicado o la parte perjudicada vive en el mismo hogar que el autor del delito, el enjuiciamiento penal se lleva a cabo exclusivamente a petición de la parte perjudicada.

A diferencia del fraude (§ 263 (5) StGB), **no existe ninguna calificación** que prevea una pena de prisión de uno a 10 años en el caso de un delito de bandas criminales y, por lo tanto, constituye un delito (§ 12 (1) StGB). Es probable que la razón de esto sea que, en el caso del fraude, la atención se centra en el acto de engaño, que se ve facilitado por la cooperación entre bandas, mientras que la malversación se refiere a in-

cumplimientos individuales del deber que normalmente no se caracterizan por la acción de las bandas.

## VI. CONCLUSIÓN

La disposición penal general de la malversación de fondos (§ 266 StGB) permite en el derecho alemán tipificar como delito el daño a la propiedad de terceros mediante la violación de una relación especial de confianza. Sin embargo, existe un gran riesgo de sobreesfuerzo, como muestran claramente los procedimientos de investigación iniciados y los casos resueltos por la jurisprudencia, por lo que en la práctica se indica un enfoque (muy) restrictivo.

### Notas:

- 1 Cf. sólo BGHSt 43, 293 (297).
- 2 Wassmer, en: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3ª ed. 2024, § 266 StGB marginal n.º 11.
- 3 Wassmer, en: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3ª ed. 2024, § 266 StGB marginal n.º 8.
- 4 Wassmer, en: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3ª ed. 2024, § 266 StGB marginal n.º 9.
- 5 BVerfGE 126, 170.
- 6 Ver solo Vrzal, Die Versuchsstrafbarkeit der Untreue de lege ferenda, 2005, 104.
- 7 Comité Jurídico BT-Drs. 13/9064, 20.
- 8 Oficina Federal de Policía Criminal, Estadística de Criminalidad Policial 2023, T01.
- 9 Oficina Federal de Policía Criminal, Estadística de Criminalidad Policial 2023, T07.
- 10 Oficina Federal de Policía Criminal, Estadísticas de Criminalidad Policial 2023, T20.
- 11 Oficina Federal de Estadística, Rechtspflege, Strafverfolgung 2021, noviembre de 2022, 38 y ss.
- 12 Oficina Federal de Estadística, Rechtspflege, Strafverfolgung 2021, noviembre de 2022, 110 y ss., 183 y ss.
- 13 BGHSt 26, 53; 41, 1 (2).
- 14 Cf. sólo BGHSt 33, 244 (250); 41, 224 (228 y ss.).
- 15 BGHSt 6, 67; BGH NJW 1997, 66; Tribunal Federal de Justicia NStZ 1999, 558; BGH NStZ-RR 2019, 52.
- 16 BGHSt 8, 149 (150).
- 17 Wassmer, en: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3ª ed. 2024, § 266 StGB marginal n.º 66 con más referencias.
- 18 Wassmer, en: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3ª ed. 2024, § 266 StGB marginal n.º 67 con más referencias.
- 19 Cf. sólo BGHSt 13, 315 (318 s.); 18, 312 (313); BGH wistra 1989, 60 (61).
- 20 BGHSt 24, 386 (387).
- 21 BGHSt 47, 295 (297); Heger, en: Lackner/Kühl/Heger, 30ª ed. 2023, § 266 marginal n.º 6.
- 22 BGHSt 9, 203 (216); BGH NStZ 1997, 124 (125).
- 23 Cf. sólo BGHSt 34, 379 (384 y ss.); 35, 333 (337 y ss.).
- 24 Wassmer, Untreue bei Risikogeschäften, 1997, 32 y ss., 57 y ss.



- 25 BGHSt 46, 30.
- 26 BGHSt 50, 331 (336).
- 27 BGH NStZ 2006, 221 (222).
- 28 BGHSt 50, 331 y ss.; véase también LG Düsseldorf NJW 2004, 3275 y ss.
- 29 Cf. BGHSt 8, 254 (257 y ss.); 24, 386 (387).
- 30 Wassmer, en: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3ª ed. 2024, § 266 StGB marginal n.º 154 y ss.
- 31 BGHSt 40, 287 (294 y ss.); 43, 293 (297).
- 32 Wassmer, en: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3ª ed. 2024, § 266 StGB marginal n.º 245.
- 33 BGHSt 143 (145); 31, 232 (232 y ss.).
- 34 RGSt 73, 283 (285 s.); BGHSt 15, 342 (344); BGH NStZ 2008, 455 (456).
- 35 BGHSt 44, 376 (384); 46, 30 (34); 47, 8 (11); 48, 354 (357); BGH NStZ 2008, 455 (456).
- 36 BVerfGE 126, 170 (229 y ss.).
- 37 BVerfGE 126, 170 (215, 223, 226); BGHSt 52, 199 (202 y ss.).
- 38 BGH NJW 2013, 883 (887).
- 39 Wassmer, en: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3ª ed. 2024, § 266 StGB marginal nos. 286 y ss.
- 40 BGH NJW 1975, 1234 (1236); 1990, 3219 (3220).
- 41 BGH NStZ-RR 1998, 43: Futuros de opciones y materias primas.
- 42 Saliger/Gaede, HRRS 2008, 57 (69); Satzger, NStZ 2009, 297 (301).
- 43 BGH NJW 2009, 89 (91).
- 44 BGH NJW 2009, 89 (92).
- 45 Saliger, NJW 2010, 3195 (3197); Saliger/Gaede, HRRS 2008, 57 (73 y ss.); Schlösser, HRRS 2009, 19 (25).
- 46 BGH NJW 2010, 3458 (3462).
- 47 Saum, HRRS 2015, 345 (350).
- 48 BGH NStZ 2018, 105.
- 49 Rojas, Grundprobleme der Haushaltsuntreue, 2011, 125 y ss., 148 y ss.
- 50 Véase sólo BGHSt 19, 37 (44 s.); 40, 287 (295 y ss.).
- 51 BGHSt 43, 293 (297).
- 52 BGH NStZ-RR 2006, 307.
- 53 BGH NZWiSt 2014, 135.
- 54 BGH NStZ 2011, 520 (521); véase también BVerfG NJW 2013, 365 (367).
- 55 BGH NJW 2003, 2179 (2180).
- 56 BGH NZWiSt 2014, 135 (137).
- 57 Perron, en Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30ª ed. 2019, § 266 marginal n.º 44.
- 58 BGHSt 40, 287 (295).
- 59 BGHSt 43, 293 (298); Funcionamiento de un teatro.
- 60 BGHSt 43, 293 (299).
- 61 Coenen, Die Strafbarkeit von Verstößen gegen das Haushaltsrecht bei der Bewirtschaftung öffentlicher Mittel, 2000, 95 y ss.; Schünemann, Unverzichtbare Gesetzgebungsmaßnahmen, 2011, 38 y ss., 90 s.
- 62 Rojas, Grundprobleme der Haushaltsuntreue, 2011, 57 y ss.; Saliger/Schweiger, ZG 2018, 16 y ss.
- 63 RGSt 76, 115 (116); BGH NJW 75, 1234 (1236).
- 64 BGHSt 3, 23 (25); 47, 295 (302); 48, 331 (348).
- 65 BGHSt 51, 100 y 123; 52, 182.

66 BGHSt 53, 199.67 Wassmer, en: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3ª ed. 2024, § 266 StGB marginal n.º 349 y ss.

68 BGHSt 48, 360 (361).

69 Hefendehl, en: Münchener Kommentar zum StGB, 4ª ed. 2022, § 263 marginal n.º 779.

70 OLG Zweibrücken NStZ 2000, 536; OLG Hamm NJW 2003, 3145; OLG Frankfurt/Main NStZ-RR 2008, 311; diferentes OLG Oldenburg NStZ-RR 2005, 111: 30 EUR; KG StraFo 2010, 212: 25 EUR.

## ARGENTINA

**Luis Fernando Niño**

*Universidad Nacional de Buenos Aires<sup>1</sup>*

I. El delito de malversación de caudales públicos, en sus diferentes modalidades, se encuentra descrito en los artículos 260 a 264 del Código Penal Argentino, en el Capítulo VII del Título XI, que trata acerca de los tipos penales que afectan el correcto y normal funcionamiento de la administración pública<sup>2</sup>.

Aunque el legislador argentino no haya adaptado la nomenclatura en este ítem, los ilícitos mencionados forman parte del conjunto de los llamados “delitos de corrupción”, conforme se desprende de la Convención Interamericana contra la Corrupción, firmada en la tercera sesión plenaria de la Organización de los Estados Americanos, celebrada en Caracas, Venezuela, aprobada en nuestro país por la ley 24.759, promulgada de hecho el 13 de enero de 1997<sup>3</sup>.

También es atinente al tópico que nos ocupa en esta ocasión consignar que el 26 de octubre de 1999 se promulgó en Argentina la Ley de Ética en la Función Pública, registrada bajo el n.º 25188<sup>4</sup>. En su artículo 1º establece un conjunto de “deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado”. Asimismo, define la función pública como “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”<sup>5</sup>.

II. En ese marco normativo nacional e internacional cuadra analizar las cinco figuras básicas componentes del Capítulo referido en el párrafo inicial.

1. El artículo 260 prevé y sanciona la figura de malversación de caudales públicos propiamente dicha. Reprime con inhabilitación especial de un mes a tres años, al funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare, una aplicación diferente de aquella a la que estuvieran destinados. Si ocurriera un daño o el entorpecimiento del servicio al que tales caudales o efectos estuvieren consignados, se añade una pena de multa proporcional al valor de la suma desfalcada<sup>6</sup>.

Tal como se aprecia, la consumación de la figura básica no requiere la lesión efectiva del patrimonio de la administración pública, sino sólo que el funcionario público a cargo de su administración, violando sus deberes de fidelidad y obediencia, otorgue a los bienes bajo su cuidado una aplicación o destino distintos a los determinados por la ley<sup>7</sup>. Sin embargo, la estricta aplicación del principio de lesividad obliga a verificar, en cada caso particular, si el desvío objeto del proceso ha significado —o no— una real afectación de la administración pública<sup>8</sup>. La voz “caudales” constituye un elemento normativo que hace referencia no sólo al dinero, sino también a otras cosas, en los términos de los artículos 225<sup>9</sup>, 226<sup>10</sup> y 227<sup>11</sup> del Código Civil y Comercial de la Nación, los que definen bienes muebles e inmuebles, estos últimos por su naturaleza o por accesión<sup>12</sup>.

2. El artículo 261 del Código Penal describe el delito de “peculado”<sup>13</sup>, que amenaza con pena de reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, al “funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo”. La misma pena corresponde al “funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública”.

A diferencia del anterior, este tipo penal sí requiere la efectiva lesión del patrimonio de la administración pública, pues se consume con la sustracción definitiva de los bienes que han sido confiados al funcionario público en razón de su cargo, del ámbito de la administración estatal<sup>14</sup>.

La segunda parte de la norma citada hace referencia al llamado “delito de peculado de trabajos o servicios”. En este caso, el autor desafecta trabajos o servicios públicos de su destino natural y los afecta a compromisos personales<sup>15</sup>, ya sea para sí o para terceros.

3. El artículo 262<sup>16</sup> contiene la modalidad culposa de la figura anterior. La fórmula típica es la misma que utiliza nuestro ordenamiento jurídico penal en general para las figuras culposas, si bien se prescinde del modo “impericia en el arte o profesión”, en razón de las particulares características del sujeto activo, que sólo puede

ser un funcionario público. Aunque, a primera vista, la formulación del tipo no requiere, a diferencia de la mayoría de los delitos culposos, la producción de un resultado, lo cierto es que de la propia sanción a imponer emerge tal recaudo legal, toda vez que el monto de la multa se mensura a partir de la efectiva sustracción de caudales o efectos por parte del tercero. El autor debe haber dado lugar, a raíz de su imprudencia, a la actuación dolosa de un tercero, consistente en sustraer caudales o efectos públicos, cuya administración, percepción o custodia le había sido confiada en razón de su cargo<sup>17</sup>.

La supuesta falta de exigencia de un resultado típico producto de la conducta descrita llevó a algunos autores a clasificar este tipo penal como un delito de infracción al deber, bajo una mirada funcionalista<sup>18</sup>.

4. Sigue luego el artículo 263<sup>19</sup>, que equipara a la figura de funcionario público —a los efectos de la descripción típica—, a quienes “administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como a los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares”.

La doctrina vernácula denomina malversación impropia o de bienes equiparables a esta especie delictiva, que se construye en base a dos ficciones jurídicas: no sólo equipara al administrador o depositario de bienes particulares a la figura de funcionario público, sino que asigna a tales bienes la misma categoría que a los públicos.

La segunda parte del artículo hace referencia al depositario infiel, cuyos elementos típicos son forzosamente cuatro: a) existencia de un procedimiento judicial o administrativo; b) embargo, secuestro o depósito de bienes vinculados a tal procedimiento; c) entrega de aquellos en posesión a un depositario, quien acepta formalmente y asume de este modo el ejercicio de funciones públicas, habiendo sido informado de sus deberes y responsabilidades; d) algún acto de disposición por parte del fiduciario así instituido<sup>20</sup>.

5. Finalmente, el artículo 264 plasma la conducta del funcionario público que, teniendo fondos disponibles, retrasa sin asidero legal un pago, sea ordinario o puntualmente ordenado por autoridad competente; así como la de quien rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración, ante la intimación de tal autoridad<sup>21</sup>. La norma en cuestión delinea dos supuestos típicos: la demora injustificada de pago y la negativa a entregar bienes. El primero se consume cuando el funcionario omite dolo-



samente realizar un pago al que está obligado en razón de su cargo, a partir de su vencimiento. El segundo, cuando deniega de manera deliberada, expresa o tácitamente, la entrega de bienes que le fueron confiados bajo custodia o administración.

**III.** Un precedente jurisprudencial que interesa traer a colación en este informe es el del caso “Liporace, Carlos Alberto y otro s/peculado”. Con fecha 31 de mayo de 2017, tras quince años de farragoso trámite, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nº4 de la ciudad de Buenos Aires impuso a los acusados —un ex juez nacional en lo Penal Económico y el dueño de una curtiembre— la pena de cuatro años de prisión e inhabilitación absoluta perpetua por resultar, respectivamente, autor y partícipe primario del delito previsto y penado en el artículo 261 del Código Penal. Ambos habían sido condenados por otro tribunal de igual denominación el 18 de mayo de 2015, bajo igual imputación y a la misma pena, pero el 18 de marzo de 2016, la Sala 4ª de la Cámara Nacional de Casación Penal, aunque confirmó parcialmente la sentencia, dispuso su reenvío a otra sede de la instancia anterior, por defecto de fundamentación en punto al monto punitivo.

El fallo que aquí vale recuperar es, precisamente, el de dicha Cámara, por ser la más alta autoridad del fuero penal, sin perjuicio de la eventual intervención extraordinaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y por cuanto en él se dan cita opiniones discordantes entre sus miembros respecto de la correcta tipificación de la conducta reprochada. Toda vez que su reproducción en este informe es imposible, por obvias razones de espacio, se consignará el sitio web oficial en el que puede consultarse. Valga —apenas— anotar aquí que el vocal preopinante, en minoría, aun entendiendo que el encuadre correcto de aquella era el de defraudación en perjuicio de la administración pública (art. 174 inc. 5º del Código Penal), acertó a considerar que la introducción de tal variación en esa instancia “conllevaría a una flagrante violación del principio de congruencia”, vulnerando el derecho a la defensa en juicio de los imputados, por lo que se atuvo a la calificación de peculado, revalidada por sus pares<sup>22</sup>.

### Notas:

1 Como ya es habitual, la búsqueda de doctrina y jurisprudencia y la composición del primer borrador de este informe estuvo a cargo de la Profesora Mariana Trebisacce, destacada docente de la Cátedra a mi cargo.

2 ABOSO, Gustavo Eduardo. “Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia”. 6ª edición. Editorial B de F., Buenos Aires, 2021, p. 1496.

3 En su artículo VI —incisos c y d—, la norma internacional define como actos de corrupción, entre otros, “la realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión, en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero” así como “el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo”.

4 Publicado en el B.O. del 1º de noviembre de 1999.

5 La ley impone a los sujetos comprendidos en ella la obligación de cumplir con una serie de deberes y pautas de comportamiento ético, expuestos en su artículo 2, entre ellos: \* velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular; \* no recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización del Estado u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello; \* fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan; \* proteger y conservar la propiedad del Estado y sólo emplear sus bienes con los fines autorizados; \* abstenerse de usar las instalaciones y servicios del Estado para su beneficio particular o para el de sus familiares, allegados o personas ajenas a la función oficial, a fin de avalar o promover algún producto, servicio o empresa. Tales deberes resultan obligaciones genéricas, a las que se añaden las que surgen de las funciones propias del cargo que reviste el funcionario público en particular.

6 ARTÍCULO 260. Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.

7 ABOSO, G. E.: op. et loc. cit.

8 Ibídem

9 ARTÍCULO 225: Inmuebles por su naturaleza. Son inmuebles por su naturaleza el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre.

10 ARTÍCULO 226: Inmuebles por accesión. Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario. No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario.

11 ARTÍCULO 227: Cosas muebles. Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa.

12 Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción antes mencionada concreta, en su artículo I, el concepto de bienes, definiéndolo como “los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”.

13 La voz “peculado”, de origen latino (*‘peculatus’*), vinculada a *‘pecunia’* —riqueza, fortuna, patrimonio— proviene del antiguo derecho, pero arraigó en los hablantes de algunos países hispanoamericanos, incluyendo a la Argentina, con el sentido de

“gasto indebido que hace una persona de los fondos públicos que administra (fuente. [www.fundeu.es](http://www.fundeu.es) de la Real Academia Española).

14 ABOSO, G. E.: op. cit., p. 1502.

15 *Ibidem*, p. 1503.

16 ARTÍCULO 262: Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor sustraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la substracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

17 ABOSO, G. E.: op. cit., p. 1504.

18 ELÍA, Daniel: “Una revisión funcional del delito de malversación culposa” en “Revista de Derecho Penal. La corrupción en sus diversas modalidades y la destrucción del Estado de Derecho” Edgardo Alberto Donna (dir.), Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2020, p. 47-70.

19 ARTÍCULO 263: Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

20 ABOSO, Gustavo Eduardo: op. cit., p. 1505

21 ARTÍCULO 264: Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente. En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

22 V. en: [chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2016/04/Fallo-de-la-Sala-IV-de-la-C%3%A1mara-de-Casaci%3%B3n-Penal.pdf](https://chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2016/04/Fallo-de-la-Sala-IV-de-la-C%3%A1mara-de-Casaci%3%B3n-Penal.pdf)

## BRASIL

Alexis Couto de Brito

Jenifer Moraes

Universidade Mackenzie  
São Paulo

En Brasil, el delito de peculado tiene un alcance mayor que el encontrado en otras legislaciones. En general, la *ratio* interpretativa del delito consiste en la utilización indebida de las facilidades derivadas del ejercicio de un cargo público para la apropiación o utilización de un bien mueble, sea público o privado, siempre que el hecho se produzca con motivo de la posición del agente.

Con base en las diferentes disposiciones contenidas en el Código Penal brasileño, la doctrina suele señalar seis clases de este tipo de delito, a saber, peculado-

apropiación, peculado-desvío, peculado-malversación, peculado-hurto, peculado imprudente y peculado cometido mediante el error de otra persona. Todos ellos son considerados delitos sujetos a la acción penal pública incondicionada y, por tanto, su procesamiento es de responsabilidad exclusiva del Ministerio Público.

Las tres primeras modalidades están previstas en el artículo 312 del Código Penal brasileño, que describe la conducta de “*Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio*”. Las penas previstas por la disposición son de dos a doce años de prisión, más multa.

El peculado-apropiación, considerado la forma clásica del delito, se interpreta con base en la primera parte de esta disposición, como la conducta de apropiarse de dinero, valores o cualquier bien mueble público, siempre que el funcionario público haya tenido posesión a él anteriormente y lícitamente —como cualquier otro delito de apropiación— y siempre que esta posesión tenga relación directa con el cargo que el desempeña, eliminando la necesidad de que el bien haya sido recibido en horario laboral.

El peculado-malversación se configura con base en la misma conducta, con la diferencia de que los bienes apropiados no pertenecen a la propia administración, sino al particular, quien los confiere al sujeto activo debido al cargo que desempeña. El peculado-desvío, a su vez, se interpreta desde la parte final de la disposición, y representa una de las hipótesis más amplias del delito, pues el funcionario público es sancionado no por incorporar ilícitamente un bien o valor a su patrimonio, sino que por utilizar este activo para otro fin distinto al esperado, es decir, algo muy similar a la idea de administración desleal.

Si bien el legislador brasileño ha insertado un límite interpretativo a esta modalidad, representado por la necesidad de que la desviación haya sido en beneficio propio o ajeno, gran parte de la doctrina brasileña, e incluso de la jurisprudencia, ignoran esa restricción al entender que la conducta descrita en el artículo 312 sólo se consuma con la reversión de la posesión o el desvío efectivo del bien mueble o valor, interpretándose la ventaja únicamente como un agotamiento del delito<sup>1</sup>. El peculado de uso, sin embargo, suele ser rechazada por gran parte de la doctrina nacional.

La cuarta modalidad, peculado-hurto, difiere considerablemente de las predicciones anteriores y, como su nombre indica, se parece mucho más al hurto. Se

define en el párrafo como un funcionario público que “*embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário*”. En esta circunstancia, no es necesario que el empleado esté realmente en posesión del activo o valor, sino que sólo debe utilizar su puesto como una facilidad para robar el activo.

En una lectura más atenta de la disposición, es posible advertir que circunstancias que originalmente caracterizarían la participación en hurto, fueron elevadas a la categoría de delito autónomo (representado por la idea de competencia en la sustracción de dinero, valor o propiedad) partiendo precisamente de la premisa de que el acto deriva de la facilidad de que goza el *intra-neus* por su cargo.

El peculado imprudente, por el contrario, representa el más cuestionable de los diferentes tipos de delitos. La modalidad está prevista en el segundo párrafo del artículo 312 del Código Penal brasileño y sólo prevé que el empleado debe contribuir “culposamente para o crime de outrem”. Las penas impuestas son de prisión de tres meses a un año, sin multa adicional.

Se observa que en este caso el legislador brasileño decidió crear expresamente una de las figuras más dogmáticamente controvertidas, a saber, la participación imprudente en un delito doloso, y lo hizo, incluso para ampliar el alcance de la figura penal, de modo que el funcionario público se interpreta como garante de bienes públicos y privados sujetos a la responsabilidad de la administración. En nuestra opinión, evitar este resultado depende necesariamente de la identificación de límites seguros para el deber objetivo de cuidado que incumbe al agente, por lo que los atributos funcionales deben necesariamente considerarse en esta ecuación.

Para este tipo de delito cabe mencionar que la punibilidad del agente puede extinguirse reparando el daño antes de que se dicte la sentencia. Si la reparación fuera posterior, la pena impuesta se reducirá a la mitad, según lo determina el tercer párrafo de este mismo artículo.

Finalmente, el último tipo de peculado previsto en la legislación brasileña corresponde al peculado cometido por error ajeno. Está previsto en el artículo 313 del Código Penal y consiste en que el empleado público se apropie “*de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem*”. La pena por el delito es de uno a cuatro años de prisión, más multa, con la excepción de que el error no haya sido causado por el sujeto activo, lo que podría caracterizar otra figura delictiva.

En cuanto a los aspectos generales de la interpretación del delito de peculado, la identificación del bien jurídico y, en consecuencia, el establecimiento de límites para la verificación de su delito, son algunos de los principales aspectos que exigen atención por parte de la doctrina, especialmente dada la dudosa interpretación que brinda la jurisprudencia respecto de los institutos dogmáticos básicos.

De los autores que entienden que el objeto de protección de los tipos penales está siempre establecido *a priori* y que corresponde a la doctrina simplemente “adivinarlo” a partir del tenor jurídico y, como mucho, de la exposición de motivos —a diferencia de lo que entendemos— la mayoría admite la administración pública, en un sentido amplio, como el bien jurídico tutelado por la norma.

Además de las dificultades que prevalecen para identificar las hipótesis que efectivamente representan una ofensa a este bien, la jurisprudencia brasileña simplemente optó por ignorar uno de los supuestos básicos de cualquier sistema penal que pretenda ser democrático, a saber, la necesidad de análisis concreta de la afectación del bien jurídico, lo que ignora, por tanto, la naturaleza misma de *última ratio* del Derecho Penal.

Esto porque el 20 de noviembre de 2017 fue aprobado por el Tribunal Superior de Justicia la Súmula 599 estableciendo, de manera absolutamente genérica, que “*O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública*”. Dado el carácter *erga omnes* de una dirección interpretativa proveniente de uno de los principales tribunales del país, actualmente es común que los tribunales locales, así como las instancias ordinarias, simplemente descarten el análisis valorativo sobre la relevancia del hecho, lo que compromete la lógica misma de una teoría del crimen contemporánea<sup>2</sup>.

Otro aspecto que suscita reflexiones respecto del delito de peculado en consideración del carácter de *última ratio* del Derecho Penal, se refiere a la falta de desarrollo de criterios que permitan distinguir las conductas que efectivamente sustentan la intervención del Derecho Penal, de aquellas que sólo conciernen a el ámbito administrativo, evitando la intervención del subsistema más grave del ordenamiento jurídico.

Contrariamente a lo que recomienda la lógica que rige las interacciones entre ordenamientos jurídicos, en Brasil, la conducta prevista como delito de peculado también se clasifica como infracción administrativa de improbidad, en las mismas condiciones previstas por el Derecho Penal.



El caput del artículo 9 de la ley 8429/1992 (Ley de Improbidad Administrativa), por ejemplo, prevé como acto de improbidad administrativa y, por tanto, como enriquecimiento ilícito, “*auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade*”.

En este contexto, la jurisprudencia muchas veces aumenta la dificultad de racionalizar el sistema, desconociendo incluso los resultados de juicios emitidos en otras ramas del sistema —en relación con los mismos hechos—, bajo el nebuloso argumento de la independencia entre las instancias, que conlleva incluso episodios en el que existe una absolución en el ámbito penal por falta de hechos y una condena por falta administrativa<sup>3</sup>.

Finalmente, es importante resaltar que en virtud del artículo 30, también del Código Penal brasileño, que dispone que “*não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime*”, en el delito de peculado en el caso de concurso de personas, se permite comunicar la condición de servidor público del *intraneus* al *extraneus*, a los efectos de la capitulación a la luz de la teoría monista.

#### Notas:

1 A este respecto: PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAPÁ. RECURSOS DE APELAÇÃO. PECULATO-DESVIO. CONDUTA TÍPICA. RETENÇÃO DE VALORES RELATIVOS A EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS. PERDA DO CARGO DE GOVERNADOR. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDA. CONDENAÇÃO DO RÉU ÀS PENAS DE RECLUSÃO E DE MULTA E AO RESSARCIMENTO DO ERÁRIO. 1. Peculato-desvio é crime formal para cuja consumação não se exige que o agente público ou terceiro obtenha vantagem indevida mediante prática criminosa, bastando a destinação diversa daquela que deveria ter o dinheiro. Os aspectos formais da descrição típica da conduta estão preenchidos na medida em que é desviado dinheiro destinado ao pagamento de empréstimos consignados de servidores públicos. 2. Configura peculato-desvio a retenção dos valores descontados da folha de pagamento dos servidores públicos que recebiam seus vencimentos já com os descontos dos valores de retenção a título de empréstimo consignado, mas, por ordem de administrador, os repasses às instituições financeiras credoras não eram realizados. 3. Na modalidade peculato-desvio, não se discute o deslocamento de verbas públicas em razão de gestão administrativa, mas o deslocamento de dinheiro particular em posse do Estado. Assim, a consumação do crime não depende da prova do destino do dinheiro ou do benefício obtido por agente ou terceiro.

4. Nos termos do art. 92, I, do Código Penal, a perda do cargo, função ou mandato eletivo é efeito da condenação, mas é imprescindível que o juiz fundamente especificamente a decretação desse efeito extrapenal. É absolutamente incabível que o chefe do Poder Executivo de Estado da Federação permaneça no cargo após condenação pela prática de crime cuja natureza jurídica está fundamentada no resguardo da probidade administrativa. 5. Apelação do Ministério Público provida para condenação do réu às penas de reclusão e de multa e para ressarcimento do erário em montante atualizado e corrigido. Apelação do réu prejudicada. Decretação da perda do cargo de governador de Estado. (STJ - APn: 814 DF 2015/0079812-3, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 06/11/2019, CE – CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 04/02/2020)

2 El entendimiento llega a resultados prácticos claramente inaceptables, que representan incluso posiciones aporofóbicas. En un caso sometido al propio STJ, por ejemplo, se confirmó la condena de un agente que presuntamente cometió malversación de un activo valorado en R\$ 35,00 (aproximadamente 6 euros): AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 599/STJ. 1. Apesar de o bem subtraído ser avaliado em R\$ 35,00, o delito foi praticado contra Administração Pública, em que houve o valorização negativa dos maus antecedentes e ainda o reconhecimento da reincidência, o que obsta o reconhecimento da atipicidade material, consoante a Súmula 599/STJ (“O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública.”) 2. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 2067513 SP 2022/0041899-8, Data de Julgamento: 14/09/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/09/2022)

3 A este respecto: PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. IMPORTUNAÇÃO SEXUAL E ASSÉDIO SEXUAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TESE AFASTADA. NECESSIDADE DE EXAME DE PROVAS PELO JUÍZO PROCESSANTE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS CÍVEL (IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA) E PENAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. AGRADO DESPROVIDO. 1. Inviável o acolhimento da tese de ausência de justa causa quando a exordial acusatória está instruída com os relatos das ofendidas, com carta redigida ao Juízo responsável pela respectiva Vara, além de depoimento de outros estagiários, apresentando elementos probatórios mínimos da prática dos crimes de importunação e assédio sexual (artigos 215-A e 216-A, ambos do Código Penal) pelo acusado, escrevente judiciário. 2. Não se alberga a pretensão de trancamento do feito criminal com base no arquivamento do inquérito civil, que concluiu pela ausência de provas suficientes para a caracterização de improbidade administrativa pelo então servidor. Afinal, em regra, vigora no ordenamento jurídico brasileiro a independência das instâncias civil, penal e administrativa, de modo que não há interferência recíproca entre suas respectivas conclusões. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no HC: 818936 SP 2023/0136960-6, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 26/06/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2023)

## CHILE

Consuelo Murillo Avalos

Facultad de Derecho

Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile

### I. INTRODUCCIÓN

Los delitos de malversación se encuentran regulados en el título V del libro II del código penal chileno que se dedica a los “crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos”, en el párrafo quinto, titulado “malversación de caudales públicos”. La redacción de los tipos penales de este párrafo se realizó tomando como modelo el código penal español de 1848 y no ha sido objeto de reformas significativas<sup>1</sup>. Así, las figuras tipificadas en el CP chileno son la malversación por apropiación o peculado (233 CP), la malversación por distracción (235 CP), la malversación por aplicación pública diferente (art. 236 CP), la negativa a un pago o entrega (237 CP) y la malversación culposa (234 CP)<sup>2</sup>.

Respecto de su clasificación, para Rodríguez Collao y Ossandón, estos delitos constituyen aquellos que atentan contra los aspectos patrimoniales de la función administrativa junto con los delitos de fraudes y exacciones ilegales, y el enriquecimiento ilícito del empleado público. Los mismos autores señalan que la doctrina mayoritaria en Chile plantea que el bien jurídico protegido en estos delitos es la Administración Pública en su aspecto funcional, materializado en la correcta gestión del patrimonio público para la satisfacción de los intereses generales de la comunidad. Sería este objetivo además el que fundamenta la existencia de deberes especiales de los funcionarios públicos respecto del patrimonio estatal.

### II. MALVERSACIÓN PROPIA O PECULADO (art. 233 CP)

Comete malversación el “empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substrajere o consintiere que otro los substraiga”. De todas las formas de malversación, esta es la más grave. Su penalidad dependerá del monto de lo malversado y es la única modalidad que contempla pena privativa de libertad, las demás figuras en cambio se castigan con penas de inhabilitación o suspensión del oficio o cargo y de multa.

La conducta consiste en sustraer o en consentir que otro sustraiga. La utilización del verbo “sustraer” ha llamado la atención de la doctrina en la medida que

exige diferenciarlo del verbo “apropiarse” utilizado en delitos patrimoniales. Así se ha entendido que sustraer no exigiría ánimo de comportarse como señor y dueño<sup>3</sup>. Por otra parte, haciendo una interpretación sistemática del tipo penal, se ha exigido por doctrina y jurisprudencia que para la configuración de este tipo de penal se verifique la falta de reintegro de los caudales públicos<sup>4</sup>, en la medida que su restitución daría lugar a la aplicación del tipo penal de malversación por distracción de caudales público atenuada por la restitución (ver infra). Lo anterior ha llevado a Rodríguez y Ossandón a afirmar que “no se trata aquí propiamente de un delito comisivo similar al hurto, sino de uno de carácter omisivo, similar a la apropiación indebida, que exige, además de la sustracción propiamente tal, https que el funcionario requerido en la rendición de cuentas respectiva no reintegre los caudales o efectos que pudieran faltar en ella.”<sup>5</sup> el delito puede cometerse consintiendo en que un tercero sustraiga los efectos o caudales lo que es manifestación de que la infracción al deber de resguardo del funcionario puede ocurrir de forma activa o pasiva.

El sujeto activo debe ser un funcionario público encargado de los caudales quien realiza la sustracción o que consiente que un tercero (funcionario o no) realice la sustracción. El tipo penal exige que el sujeto activo tenga a su cargo caudales (cualquier especie principalmente el dinero) o efectos (documentos o valores mercantiles), todo lo cual constituye el objeto material. El sujeto activo debe encontrarse a cargo de tales caudales o efectos, ello importa tanto una obligación de custodia específica como un poder general de administración, aunque los bienes no estén bajo su custodia física. Esta relación de custodia ha sido discutida por la doctrina, en que posiciones más restrictivas consideran que únicamente se cumple cuando la función del empleado es la custodia de los caudales sustraídos, y no cuando esta custodia se produce con ocasión del ejercicio de sus funciones principales (diferentes a la custodia), ni cuando se encuentra a cargo del objeto por mero accidente o de forma circunstancial<sup>6</sup>. Para esta posición, quienes detentan la custodia de manera accidental responderían únicamente por el delito de malversación por distracción, que tendría tal ámbito de aplicación.

Se considera en general por la doctrina como un delito especial impropio, en que el *extraneus* se castigaría mediante la figura de hurto o de apropiación indebida, según el caso<sup>7</sup>.

En cuanto al aspecto subjetivo, hay acuerdo de que se trata de un delito que exige dolo, pero mientras hay doctrina que considera que solo puede realizarse el

tipo con dolo directo, otra admite su castigo con dolo eventual. El argumento de la posición más restrictiva se sustenta en que este sería el único compatible con la “apropiación”. Por su parte, en el art. 234 CP se tipifica la malversación culposa, que castiga al empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de particulares referidos.

### III. MALVERSACIÓN POR DISTRACCIÓN (art. 235 CP)

También conocido como desfalco, realiza este delito el “empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo”. La norma dispone además que, en caso de no verificarse el reintegro, se aplicarán las penas señaladas en el art. 233 CP, de manera que, en caso de realizarse el reintegro, la pena aplicable no será privativa de libertad. Por último, se establece una atenuación especial en el caso que el uso indebido de los fondos no provocare daño ni entorpecimiento del servicio público.

La conducta consiste en distraer los fondos públicos y destinarlos a un fin privado propio o ajeno. Si la finalidad a la que se destinan los fondos es pública, entonces será aplicable el art. 236 CP.

Como ya se adelantó, los efectos de la restitución y su manifestación como un elemento relevante en la configuración del delito generan discusión en la doctrina nacional. La restitución no aparece como un elemento atenuatorio simplemente, sino que aparece en negativo para extender las penas de la malversación propia a aquellos casos en que no se produzca el reintegro. Con ello, parte de la doctrina considera el reintegro como un elemento del tipo. Otra posición sostiene que para que estemos frente al delito de malversación por distracción, el sujeto activo debe tener un ánimo de restituir<sup>8</sup>. Con todo, esta restitución da cuenta de la temporalidad de la distracción de fondos, mientras que la sustracción regulada en el art. 233, tendría un carácter permanente.

### IV. MALVERSACIÓN POR APLICACIÓN PÚBLICA DIFERENTE (art. 236 CP)

Para Matus y Ramírez las figuras de aplicación pública diferente (236 CP) y de negativa de entrega (237 CP) no corresponden a formas de malversación a pesar de encontrarse en el mismo párrafo, y deben ser trata-

das separadamente en la medida que no atentarian contra la probidad administrativa<sup>9</sup>.

De acuerdo con el art. 236 CP, el empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados comete delito de malversación por aplicación pública diferente. Este tipo, muy criticado por la doctrina, supone la desviación de fondos públicos, que podría resultar neutra o incluso beneficiosa para el Estado a efectos patrimoniales. En efecto, cuando no se produce un daño o entorpecimiento, la pena aplicable es menor. En ningún caso la pena será privativa de libertad, sino la suspensión del empleo.

Respecto del sujeto activo, el tipo penal exige que sea funcionario público. Por su parte, la conducta exige que cuente con facultades de disposición de fondos y que pueda efectuar pagos o realizar inversiones, con lo cual se trata de un delito especial propio<sup>10</sup>.

La conducta consiste en desviar fondos que tienen un fin público a otros fines pero también de carácter público, y no en sustraerlos no aplicarlos para fines privados propios o ajenos.

### V. NEGATIVA A UN PAGO O ENTREGA (art. 237 CP)

El empleado público que, debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, rehusare hacerlo sin causa bastante, y el empleado público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración, comete este delito, que se castiga con pena de suspensión del empleo.

Se trata de un tipo penal sumamente criticado por la doctrina, al constituir un delito de mera desobediencia. Esta afectación debiera quedar radicada en el ámbito disciplinario del derecho administrativo en virtud de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal, ya que su permanencia en el código penal no puede justificarse legítimamente<sup>11</sup>.

### VI. BIBLIOGRAFÍA

- Escobar Veas, Javier, & Castillo Val, Ignacio. (2023). Informe en derecho sobre los requisitos y alcance del delito de malversación de caudales públicos (causa RUC 1700358131-0). *Política criminal*, 18(35), 460-481.
- Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia (2021). *Manual de derecho penal chileno. Parte Especial*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- Mayer Lux, Laura (2007). El patrimonio del estado como objeto de protección penal. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (29), pp. 205-234.



Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María Magdalena (2023). *Delitos contra la función pública*, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago de Chile.

### Notas:

- 1 Rodríguez y Ossandón, 2023 p. 439.
- 2 Estas últimas tres figuras no sobrevivieron en el ámbito español y el CP de 1995 no las contempla, sin embargo en Chile permanecen.
- 3 Rodríguez y Ossandón, 2023 p. 449.
- 4 Matus y Ramírez (2021), p. 302.
- 5 Rodríguez y Ossandón, 2023 p. 450.
- 6 Escobar y Castillo p. 466; Matus y Ramírez, pp. 300-301.
- 7 Matus y Ramírez (2021), p. 295.
- 8 Rodríguez y Ossandón, 2023 p. 470.
- 9 Matus y Ramírez (2021), p. 306. Para estos autores, la conducta tipificada consiste en un mero incumplimiento de deberes del cargo, en que no se ve afectado el patrimonio fiscal (el daño o entorpecimiento de la causa pública solo agrava la pena).
- 10 Rodríguez y Ossandón, 2023, p. 375.
- 11 Rodríguez y Ossandón, 2023, p. 478 y Matus y Ramírez (2021), p. 307.

## CHINA

Jiajia Yu

*Dr. Asso. Prof. (KoGuan School of Law, SJTU), attorney at law,*

*ORCID: 0000-0002-4696-1726*

Embezzlement, a grave form of corruption, erodes societal trust and compromises governmental integrity. Unless specifically noted as private sector embezzlement, the term embezzlement hereafter refers to embezzlement in the public sector.

### I. LEGISLATIVE EVOLUTION OF EMBEZZLEMENT LAWS

China's embezzlement laws have evolved from simple to complex, reflecting a deepening understanding of corrupt practices and adapting to socio-economic developments.

The 1952 Regulations on Punishing Corruption laid the foundation for embezzlement crimes. Article 2 adopted a broad definition, encompassing various forms of misconduct by employees of state organs, state-owned businesses, schools, and their affiliated institutions. This included embezzlement as we understand it today, as well as extortion, bribery, and other forms of illegal personal gain disguised as public service.

The 1979 Criminal Law first distinguished embezzlement from bribery, categorizing the former under

property crimes and the latter under dereliction of duty. This classification reflected the view that embezzlement concerned public property protection. The law lacked provisions for private sector embezzlement, revealing an imbalance in the protection of public versus private property.

The 1997 Criminal Law made significant adjustments. It created a new chapter grouping embezzlement and bribery crimes together, emphasizing specialized regulation of corruption crimes. It added private sector embezzlement crimes to the property crimes chapter, including embezzlement by trustees (Article 270) and by private company/enterprise employees (Article 271.1). The former involves converting entrusted property as the perpetrator's own or refusing to return forgotten or buried property belonging to others. The latter and embezzlement are both status-based crimes with similar conduct, but embezzlement is deemed more serious due to its impact on public property.

Despite thirteen amendments to China's Criminal Law, the elements of embezzlement remain unchanged. The current law (Article 382) defines embezzlement as occurring when state functionaries or persons entrusted to manage public property exploit their positions to convert entrusted public property as their own, steal, defraud, or otherwise illegally acquire public property. Those who collude in such acts are treated as co-conspirators<sup>1</sup>.

### II. KEY ELEMENTS OF EMBEZZLEMENT

Embezzlement laws have faced complex application issues. Extensive practical experience has been accumulated through judicial practice.

#### II.1. State Functionaries

China employs the "public duty theory" to define state functionaries, emphasizing actual duties over official titles. The Criminal Law (Article 93) categorizes state functionaries into four groups: 1. those in state organs performing public duties, 2. those in state-owned entities performing public duties, 3. those assigned by state organs or state-owned entities to perform public duties in non-state entities, and 4. others performing public duties by law.

"Performing public duties" is crucial and involves representing state organs or state-owned entities in organizational, leadership, supervisory, or managerial roles. It includes public affairs linked to official powers and activities involving public property supervision or management. It's important to distinguish public duties

from labour activities or technical services. For example, directors, managers, supervisors, accountants, and cashiers overseeing public property perform public duties, while salespeople or ticket sellers do not. In public hospitals, staff managing social medical insurance data are treated as state functionaries as they oversee public property<sup>2</sup>, while doctors providing treatment perform technical services.

## II.2. Public Property

Public property includes: 1. state-owned property, 2. community-owned property (assets of cooperatives or community-run enterprises, distinct from state-owned and private property), 3. public welfare funds, and 4. private property temporarily under control of state organs, state-owned or community-run enterprises, or people's organizations. Social insurance funds are classified as "special funds" within public property<sup>3</sup>. Embezzlement becomes criminal when the amount is over 30,000 yuan or circumstances are serious. For special funds, embezzling over 10,000 yuan is considered serious, even if below the general "significant" threshold, providing basis for criminal charges.

In practice, public property is broadly interpreted. It encompasses not only money and physical items but also property-related benefits. This includes both movable and immovable property, with the latter's usage rights considered to have quantifiable monetary value. The concept extends to state/community-owned buildings and land. Importantly, it's not limited to existing property or benefits but also covers expected income and future property-related benefits that should belong to the state.

In Case 1, a former high-ranking official gained personal benefits from state-owned land use rights<sup>4</sup>. He fraudulently obtained the old house demolition and resettlement qualification (it entitles residents whose homes face demolition to compensation or preferential housing options in urban development projects) for an unqualified relative. He fabricated reports to secure excessive construction land approval for relatives, inflating their compensation.

In Case 2, the court ruled rental rights for public housing (government-subsidized apartments rented at below-market rates to eligible low/middle-income families) as public property-related benefits<sup>5</sup>. A housing company manager was convicted of embezzlement for concealing vacated apartments and illegally transferring usage rights for profit.

In Case 3, senior managers in a state-owned company's futures department were charged with embezzle-

ment for exploiting their positions for personal gain<sup>6</sup>. They used borrowed accounts to trade ahead of company orders, profiting by buying low and selling high (or vice versa) in transactions with their own company. This case expanded the public property to include potential trading profits. By increasing trading costs for the company, the managers effectively embezzled potential profits, causing losses to state assets without directly taking company funds.

## II.3. Exploiting the Position

It covers both direct misuse of authority over public property and indirect abuse of position-related privileges, enabling prosecution of complex embezzlement schemes involving personal networks.

For example, in Case 1, the criminal demanded special treatment for relatives in demolition and resettlement from key land verification personnel. He then instructed subordinates to approve false reports, thereby obtaining official recognition for fraudulent housing areas.

In Case 4, a health centre director exploited his position by instructing the cashier-accountant to falsify employees' personal information and to open bank accounts for receiving salaries. He embezzled money from both the health center's account and these fake employees' accounts to repay personal debts<sup>7</sup>.

## II.4. Multiple Methods of Embezzlement

Embezzlement originally meant "Furtum a domino": legally possessing but illegally appropriating. Fletcher's "Rethinking Criminal Law" analyzes embezzlement without distinguishing between public and private sectors, and highlights historical challenges in distinguishing it from theft and fraud<sup>8</sup>. Current Chinese criminal law adopts an inclusive approach, broadening embezzlement to include converting entrusted property, theft, fraud, and other methods. This strategy more effectively counters various corruption crimes under the umbrella of embezzlement.

Recent cases reveal new forms of embezzlement during state-owned enterprise (SOE) restructuring. When SOEs transition to mixed ownership, they aim to maintain state control while bringing in new investors. During this process, some officials or managers exploit their positions by undervaluing state-owned assets, concealing debts owed to the SOE, inventing fake debts supposedly owed by the SOE, or creating false property deals. Through these tactics, they, as new investors, acquire state assets at artificially low prices in

restructured enterprises where they gain personal ownership, or transfer SOE assets to their affiliated companies. Chinese law treats these actions as embezzlement<sup>9</sup>.

### II.5. Sentencing

Chinese law scales embezzlement sentences based on the amount embezzled and case severity. Penalties range from 3 years' imprisonment and fines for minor cases to life imprisonment or death for the most severe, with property confiscation also applied.

China has maintained the death penalty for embezzlement since 1952. It remains the sole economic crime carrying this ultimate punishment. For capital cases, judges can choose immediate execution or suspended death. While most suspended death sentences can be commuted to life imprisonment with parole or sentence reduction, embezzlement cases are treated differently. The 2015 Criminal Law Amendment introduced life imprisonment without parole or sentence reduction for embezzlement and bribery. This applies to those initially sentenced to suspended death, providing a third alternative between immediate execution and suspended death. This option balances China's strict anti-corruption stance with growing considerations for the right to life, while ensuring severe punishment for major corruption offenses.

The law allows leniency in certain cases. Offenders who confess and voluntarily return embezzled gains before prosecution may receive lighter sentences. Minor cases can incur further reduced penalties.

## III. DISTINGUISHING BETWEEN RELATED OFFENSES

### III.1. Embezzlement vs. Fraud

State functionaries who fraudulently obtain public property through position exploitation commit embezzlement. Non-state actors committing similar acts may face fraud charges. Social medical insurance fraud cases illustrate this distinction.

Exploiting a state functionary's roles to defraud these government-managed funds is embezzlement. For example, in Case 5, in a town health clinic, an honorary director and deputy director orchestrated a scheme to defraud social medical insurance funds using forged records and fake invoices<sup>10</sup>. In Case 6, a health clinic employee responsible for reviewing insurance reimbursements created false documents to claim reimbursements for deceased individuals<sup>11</sup>.

Social medical insurance fraud committed by non-state employees is prosecuted as fraud. This includes actions such as medical facility investors defrauding funds through false claims or fictitious treatments, non-insured individuals using others' insurance credentials, and insured persons obtaining medications through fake visits and then reselling them at a high price.

### III.2. Embezzlement vs Misappropriation

Both crimes by state functionaries involve mishandling public property but differ in intent. Embezzlement occurs when they intend to permanently take public property as their own, while misappropriation involves temporary use for personal gain, with the intent to return it (Article 384 of Criminal Law). This difference affects the nature and severity of the crime. Embezzlement carries harsher penalties, while the maximum penalty for misappropriation is life imprisonment.

The line between both is not always clear-cut. SPC and SPP provide guidelines for ambiguous cases<sup>12</sup>. First, using embezzled funds for government expenses, state-owned enterprise costs, or charitable donations (considered post-crime actions) doesn't change the nature of the embezzlement. Second, fleeing with misappropriated funds indicates embezzlement while fleeing without funds due to inability to repay is still misappropriation. Third, concealing misappropriation through false invoices or destroying records, without evidence for repayment, suggests embezzlement. Fourth, intercepting income belong to state-owned entities, failing to record it, and not returning it, indicates embezzlement. Fifth, refusing to return misappropriated funds despite ability to do so points to embezzlement.

## IV. CONCLUSION

China's anti-embezzlement approach has evolved with economic development. Legislation and judicial practice show a rigorous, adaptable criminal law framework. The judicial system's expanded interpretation addresses complex new forms of embezzlement, ensuring effective anti-corruption efforts against sophisticated schemes.

### Notes:

1 Supreme People's Court (SPC)'s Interpretation on Joint Crimes in Embezzlement and Misappropriation Cases (Judicial Interpretation [2000] No.15).

2 Hunan High Court's 2020 Guidelines on Embezzlement and Bribery Laws.



3 SPC's Reply on Applying Embezzlement Laws to Social Insurance Funds (Document [2017] No.1).

4 SPC Guiding Case No. 11 (2012).

5 Criminal Judgment of Beijing Dongcheng District Court, (2021) Jing 0101 Criminal First Instance No. 529.

6 Supreme People's Procuratorate (SPP) Guiding Case No.187 (2023).

7 Criminal Judgment of Suburban District Court, Tongling County, Anhui Province, (2024) Wan 0711 Criminal First Instance No. 29.

8 George P Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Chapter 2, Little, Brown and Company, 1978.

9 SPC & SPP's Opinion on Applying Laws in Official Duty Crimes in State-Owned Enterprises (Document [2010] No.9).

10 Common Medical Insurance Fraud Cases reported by SPC & SPP, March 1, 2024 ([https://www.spp.gov.cn/xwfbh/dxal/202403/t20240301\\_646839.shtml](https://www.spp.gov.cn/xwfbh/dxal/202403/t20240301_646839.shtml)).

11 *Id.*

12 SPC's National Conference on Economic Crime Cases (Document [2003]No. 167); SPC&SPP's Interpretation on Applying Laws in Embezzlement and Bribery Crimes (Judicial Interpretation [2016] No. 9).

## COLOMBIA

**Paula Andrea Ramirez Barbosa**

*Universidad Católica*

### I. INTRODUCCIÓN

En los delitos de peculado interviene un funcionario público que tiene dentro de sus funciones el administrar bienes. Este tipo de recursos puede provenir del Estado o tener origen particular encontrándose bajo la administración estatal. Por tanto, el funcionario usa de manera indebida estos bienes o se apropia de ellos, cuando esta obligado funcionalmente a garantizar su cuidado y debido uso.

Los bienes sujetos a la administración pública pueden ser destinados en diversas finalidades, algunos, por ejemplo, pueden ser de uso personal o para realizar actividades relacionadas fuera del ámbito propio de su labor. El peculado y sus diversas formas comisivas se ubican en el Código Penal en los delitos contra la administración pública. Se trata de un conjunto de delitos que se encuentran previstos en los artículos 397, 398, 399, 399 y 400 del mismo código, todos dentro de los delitos asociados con la afectación de la administración pública.

Como características generales se trata de un grupo de delitos que tienen un sujeto activo cualificado, se precisa la calidad de servidor público. También, es nota distintiva el uso de bienes oficiales, o de bienes particu-

lares, que se encuentren en salvaguardia o bajo el cuidado de funcionarios públicos. A lo cual, debe sumarse la existencia de una relación jurídica entre el servidor público y los bienes que se le han encomendado como consecuencia del ejercicio de un deber funcional.

En estos delitos al ser la administración pública el bien jurídico tutelado, el Estado es el sujeto pasivo por tener asignada la función de tutela de los bienes y recursos, destinados al servicio público. En cuanto al aspecto subjetivo este varía para cada tipo penal de peculado, por ejemplo, en el peculado por apropiación este recae en el provecho propio o en favor de terceros.

### II. CLASES DE PECULADO

Son varias las tipologías del delito de peculado previstas en el código penal colombiano, así:

**Peculado por apropiación:** en el cual, el funcionario público se apropia de instituciones o bienes del Estado particulares que tiene bajo su custodia para su beneficio o el de un tercero.

**Peculado por uso:** es un delito en el cual, el servidor público hace uso o permite el uso indebido de instituciones o bienes.

**Peculado por aplicación oficial:** se trata de un tipo penal en el cual, funcionario da una aplicación distinta a la destinada originalmente a los bienes que debe administrar.

**Peculado por uso:** en este delito el servidor público es sancionado al extraviar, perder o dañar, los mismos bienes de las disposiciones anteriores, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones

Como elemento común sobresale que se afectan bienes oficiales o particulares que se encuentran administrados por algún funcionario público.

A continuación, se describen las principales características de la redacción prevista en el Código Penal Colombiano.

#### II.1. Peculado por apropiación

El artículo 397 del Código Penal contiene el delito de peculado por apropiación, la norma sanciona al servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones.

La sanción es prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor

de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

## II.2. Peculado por uso

El artículo 398 tipifica el peculado por uso, en el cual, el servidor público es sujeto activo cuando usa de manera indebida o permita que otro use bienes oficiales o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

## II.3. Peculado por aplicación oficial diferente

El artículo 399 consagra el peculado por aplicación oficial diferente, cuando el servidor público da a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores.

La pena prevista es prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece puntos treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

A su vez, se consagra el artículo 399 A, señalando que la pena prevista en el artículo 399 se agravará de una tercera parte a la mitad, cuando se dé una aplicación oficial diferente a recursos destinados a la seguridad social integral.

## II.4. Peculado culposo

Por último, el artículo 400 tipifica el peculado culposo, a través del cual, se sanciona al servidor público que extravíe, pierda o dañe, los mismos bienes de las disposiciones anteriores, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones. Aquí se fija expresamente la modalidad culposa del peculado, por lo tanto, la infracción al deber objetivo de cuidado, se determinará a partir de estos tres verbos rectores.

La sanción por la anterior conducta, será de pena privativa de la libertad por un término entre dieciséis (16) y cincuenta y cuatro (54) meses, la multa monetaria se estimará entre trece puntos treinta y tres (13.33) y setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la inhabilitación para ejercer las funciones públicas será por el mismo tiempo establecido.

El artículo 399 A y el artículo 400 A de la misma norma, introducen las modalidades de sus artículos anteriores, sin embargo, solamente se refieren a aquellos eventos donde se trate de recursos del sistema de seguridad social.

## III. ATENUANTE PUNITIVA

El art. 401 del Código Penal (modificado por el art. 25 de la Ley 1474 de 2011) señala, para estos delitos de peculado una circunstancia de atenuación punitiva que tiene como fin restaurar la Administración por la afectación causada y de acuerdo con el momento específico en que esto suceda.

Prevé la norma en mención que los incisos primero y tercero del artículo 397, en el artículo 398 y en el artículo 399 del Código Penal; la expresión “dicha pena se aumentará hasta en la mitad”, contenida en el inciso segundo del artículo 397 y la expresión “por cinco años”, contenida en el artículo 403 del Código Penal, bajo el entendido que no se refieren a la inhabilitación intemporal para ejercer funciones públicas”<sup>23</sup>. “Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado, corrijiere la aplicación oficial diferente, o reintegrare lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor actualizado con intereses la pena se disminuirá en la mitad. Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte. Cuando el reintegro fuere parcial, el juez deberá, proporcionalmente, disminuir la pena hasta en una cuarta parte”.

#### IV. JURISPRUDENCIA DEL PECULADO EN COLOMBIA

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia: SP-646 del 3 de marzo de 2021, Referencia: Rad. 53174 señaló que *“la conducta punible de peculado por apropiación requiere para su estructuración: i un sujeto activo calificado (servidor público), ii la apropiación en cabeza del funcionario o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, iii) la competencia funcional o material para disponer de tales bienes.*

*Ahora bien, en lo que tiene que ver con el momento consumativo del delito, la Sala ha sostenido: Está suficientemente decantado por la doctrina y la jurisprudencia que el delito de peculado por apropiación es de carácter instantáneo, por manera que se consuma cuando quiera que el bien público es objeto de un acto externo de disposición o de incorporación al patrimonio del servidor público o de un tercero, que evidencia el ánimo de apropiárselo. Tal premisa no ofrece mayores dificultades en aquellos eventos en que el acto de apropiación es consecuencia de la disponibilidad material de los recursos. No sucede lo mismo cuando el sujeto activo no detenta una relación tangible con estos, sino que la posibilidad de apropiación depende de su disponibilidad jurídica, del ejercicio de un deber funciona que faculta al servidor público para decidir sobre el destino de los bienes o recursos de la misma naturaleza.*

*Esta es la situación predicable de los funcionarios judiciales, en la medida en que ostentan un vínculo con los bienes públicos respecto de los cuales adoptan decisiones, que les permite disponer de ellos a través de providencias vinculantes para las partes e investidas de la presunción de acierto y legalidad. Por ello, ha sostenido la Sala, cuando quiera que se apartan de su cometido legal y constitucional, para otorgar ilegítimamente a particulares derechos sobre bienes públicos, actualizan el tipo de peculado por apropiación. No obstante, ello no puede llevar al extremo de afirmar (...), que el delito se consuma por la sola razón de las funciones oficiales, pues, sin perjuicio de que no se precise para su estructuración la producción de un resultado, sí exige la acción de apropiarse<sup>3</sup> del patrimonio público, ya sea directamente o a través de un acto de disposición jurídica que se materialice sobre aquel.*

*En otras palabras, se requiere que esa facultad legal de disposición, derivada -esta sí- de las funciones atribuidas al funcionario judicial y que le permite ordenar la entrega o pago de rubros de naturaleza pública, “se traduzca en el cumplimiento de la decisión, que puede operar en momento más o menos cercano a su expedición, o diferirse en el tiempo de conformidad con la naturaleza de lo ordenado”. Ahora bien, hay asuntos en los que el momento consumativo de la conducta punible se identifica con el de proferimiento de la decisión judicial, como cuando esta por sí sola “sustra el bien o bienes de la órbita de custodia del Estado con el ánimo de hacerlos propios o de que un tercero lo haga”. No así cuando la realización de la conducta prohibida es producto de un acto complejo en el que converge la voluntad del juez que ilegalmente ordena.*

Corte Suprema de Justicia Sala Penal, Sentencia SP-34632019 (55033), Ago. 27/19. En este fallo se destacan distintas precisiones sobre el delito de peculado por apropiación. Se trata de un tipo penal monosubjetivo está estructurado de manera que una sola persona pueda realizar la conducta. *“Cuando el ente estatal le entrega al particular contratista la administración o el manejo de los recursos destinados a la ejecución de la obra, a título de anticipo, como medio de financiación de las actividades contratadas, se genera un deber que, en esencia, es el mismo que le asiste a la administración pública de destinarlo al cumplimiento de los fines que le son propios al Estado”. Este deber, concluye, surge de la especial naturaleza y propiedad de los dineros que se entregan al contratista por concepto de anticipo, los cuales siguen perteneciendo a la entidad contratante mientras el contratista no los amortice totalmente.*

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia SP083-2023 Radicación No. 59636, señaló sobre el delito de peculado por uso que dicha conducta punible *“... no exige para su estructuración que se presente menoscabo material de los bienes, sino que basta la sola contradicción con el normal funcionamiento de la administración pública, puesta de manifiesto en la falta de escrúpulo por parte del servidor público en el manejo de las cosas que se le han sido confiadas por razón o con ocasión de sus funciones. Por ende, no es indispensable que se produzca deterioro”.*

#### V. BIBLIOGRAFÍA

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP, 18 abr. 2012, rad. 38188  
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP, 6 mar. 2003, rad. 18021



Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP, 20 Feb. 2013, rad. 39353.  
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP, 2 Jul. 2014, rad. 39356.  
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP, 10 oct. 2012, rad. 38.396.  
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP, 28 jun. 2017, rad. 49020.  
Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia: SP-646 del 3 de marzo de 2021, Referencia: Rad. 53174.  
Corte Suprema de Justicia Sala Penal, Sentencia SP-34632019 (55033), Ago. 27/19.  
Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia SP083-2023 Radicación No. 59636.  
Fiscalía General de la Nación y UNODC, 2018, *Principales tipologías de corrupción en Colombia*, en <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Tomo-II.pdf>.

## COSTA RICA

**Angie Andrea Arce Acuña**

*Presidente Instituto de Victimología  
Costa Rica*

### I. INTRODUCCIÓN

EL delito de malversación o peculado se le ha llamado, Embezzlement, del anglonormando del francés antiguo *besillier* que se traduce como “atormentar”. Embezzlement es un delito financiero que consiste en tomar dinero o bienes que se han confiado a alguien y utilizarlos para un fin distinto al previsto.

Según el Diccionario de Términos Jurídicos Español-Ingles English-Spanish, Espasa Calpe S.A, Madrid, España, 2002 se traducen los siguientes términos de esta manera:

**Embezzle:** malversar, desfalcar.

En este tipo de delitos se resalta la importancia del deber de probidad como bien jurídico tutelado en general en los delitos contra los deberes de la función pública. Lo que se castiga es la violación al deber de probidad del funcionario con relación a los bienes que le fueron confiados por razón de su cargo, y no la lesión patrimonial, que puede existir o no.

Lo que se intenta proteger es el concreto funcionamiento de la administración pública por medio de un adecuado actuar de parte de los funcionarios públicos que tienen a su cargo la administración, percepción o custodia de bienes o dineros del Estado. Se dice así, que el bien jurídico tutelado en estos delitos es de carácter

supraindividual ya lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen debido a los deberes especiales que le incumben al funcionario.

El bien jurídico a proteger en esta ilicitud lo es el adecuado, transparente y honrado manejo de los bienes, instrumentos o patrimonio de la administración pública para su funcionamiento.

### II. LEGISLACIÓN COSTARRICENSE

Ambos delitos están regulados en el Código Penal Costarricense, en la sección V del Título XV correspondiente a los Delitos contra los deberes de la función pública. El peculado está regulado en el artículo 361 del Código Penal que indica:

Artículo 361. Peculado. Será reprimido con prisión de tres a doce años, el funcionario público que sustraiga o distraiga dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo; asimismo, con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público que emplee, en provecho propio o de terceros, trabajos o servicios pagados por la Administración Pública o bienes propiedad de ella.

Esta disposición también será aplicable a los particulares y a los gerentes, administradores o apoderados de las organizaciones privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios, en cuanto a los bienes, servicios y fondos públicos que exploten, custodien, administren o posean por cualquier título o modalidad de gestión.

Mientras que el artículo 363 del Código Penal regula la malversación:

Artículo 363. Malversación. Serán reprimidos con prisión de uno a ocho años, el funcionario público, los particulares y los gerentes, administradores o apoderados de las personas jurídicas privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios que den a los caudales, bienes, servicios o fondos que administren, custodien o exploten por cualquier título o modalidad de gestión, una aplicación diferente de aquella a la que estén destinados. Si de ello resulta daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio.

Hay otra figura más, que corresponde al numeral 363 bis del Código Penal que indica:

Peculado y malversación de fondos privados. Artículo 363 bis. Quedan sujetos a las disposiciones de los tres artículos anteriores, los que administren o custodien bienes embargados, secuestrados, depositados o confiados por autoridad competente, pertenecientes a particulares.

Tanto el peculado como la malversación fueron reformados por el artículo 64 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública del 6 de octubre de 2004.

El artículo 73 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública reformó dichos artículos.

Antes de la reforma el peculado que se regulaba en el numeral 352 del código de rito rezaba:

Será reprimido con prisión de tres a doce años, el funcionario público que sustrajere o distrajere dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Y con prisión de tres meses a dos años el que empleare en provecho propio o de terceros trabajos o servicios pagados por la Administración Pública.

Para el peculado la reforma lo que vino a incluir fue la aplicación del tipo penal no solo a funcionarios públicos sino también a los particulares y a los gerentes, administradores o apoderados de las organizaciones privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios, en razón de bienes, servicios y fondos públicos que exploten, custodien, administren o posean por cualquier título o modalidad de gestión.

La malversación en su versión original del numeral 354 se mezclaba en su regulación con el peculado con fondos privados e indicaba que:

Art. 354. Será reprimido con treinta a noventa días multa, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente a aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, la pena se aumentará en un tercio. Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes embargados, secuestrados, depositados o confiados por autoridad competente, perteneciente a particulares.

La reforma para la malversación se estableció en incluir además de los funcionarios públicos a los particulares, gerentes, administradores o apoderados de personas jurídicas privadas, incorporando una ampliación de los agentes activos del tipo penal, así como el aumento de la pena de días multa a años de prisión. Además, separó el último párrafo de dicho artículo para agregarlo como un bis y constituir el peculado y malversación de fondos privados por aparte a la figura de la malversación.

### III. CONCEPTO DE MALVERSACIÓN Y PECULADO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE

Malversar viene del latín “male” y “versare” volver, admite idiomáticamente tanto la acepción de inversión ilícita de caudales como la de aplicarlos a usos distintos de aquellos para los cuales está destinado. Carrera Daniel. Peculado. Buenos Aires, Ediciones DEPALMA, 3era edición, 1968, p 25.

La jurisprudencia penal costarricense de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha establecido por medio de las resoluciones Número 00300-2008 de las nueve horas del dieciséis de abril de dos mil ocho y 00403-2008 de las nueve horas cuarenta y nueve minutos del treinta de abril de dos mil ocho, la definición y diferencia de los tipos penales de malversación y peculado, indicando que la diferencia ostensible entre ambas ilicitudes radica en que el delito de malversación, los bienes o caudales públicos se utilizan siempre dentro de las mismas funciones realizadas por el funcionario público, pero en actos diferentes a los que normalmente estarían orientados.

No sucede como en el peculado, cuya esencia es sustraer o distraer bienes. En la malversación, los bienes se utilizan con un destino público diferente y por lo tanto, no prioritario de acuerdo a las previsiones justificantes de su erogación.

La malversación, como se ve, implica un cambio de destino —un uso no autorizado, por ejemplo, dentro de una partida presupuestaria, o una contratación hecha en infracción a los reglamentos— pero que da cumplimiento a un fin público propio de la Administración, aunque revela, además, esa infracción administrativa que es penalmente sancionada y que puede generar también responsabilidades de índole administrativo.

Pese a esto, la sola inobservancia o irrespeto de leyes o reglamentos no convierte a la conducta ni en peculado ni en malversación de fondos públicos porque en el caso del peculado debe darse la sustracción o distracción de fondos públicos que implica perse incumplir el fin público asignado y en el caso de la malversación, porque el desvío del destino original implica que debe haber una especificación y marco de acción predefinido del que el funcionario se aparta, haciendo un destino diferente.

Este tipo de delitos conocidos también como de cuello blanco, por ser cometidos por un autor especial que reúne características de ostentar autoridad, estatus social, así como poder político o económico, sea funcionario público o un particular, han tenido múltiples manifestaciones en Costa Rica, generando afectación al manejo de los fondos públicos y a la sociedad costarricense, en particular porque al verse la probidad —que no es otra cosa que la honradez, afectada en la malversación y el peculado, se afecta la moral pública por un acto de corrupción en lo privado y en lo público, generando un daño social, porque afecta la confianza y la seguridad de los ciudadanos en sus instituciones públicas y en los que dirigen la vida social y económica del país.

## IV. CONCLUSIONES

En los últimos años ha habido importantes casos de impacto Nacional, que revelan la necesidad de tutelar de forma efectiva este tipo de delitos, a modo de referencia de la incidencia de este tipo de delitos contra la función pública en Costa Rica se pueden citar los casos denominados como Cochinilla que involucraba malversación de fondos en beneficio de empresas constructoras de infraestructura vial, Azteca donde el crimen organizado participaba de licitaciones públicas de Acueductos y Alcantarillados y Diamante donde diversos alcaldes estarían beneficiando a empresas constructoras mediante el otorgamiento de ventajas y beneficios indebidos y de forma más reciente el caso Barrenador que involucra a la Caja Costarricense de Seguro Social y sus funcionarios en torno a la delegación del manejo de servicios de salud, todos ellos actualmente en investigación por parte del Ministerio Público de Costa Rica, vinculados a malversaciones en torno a contratos de construcción, reparaciones viales, servicios básicos y servicios de salud donde funcionarios públicos malversaron fondos públicos para ser redirigidos a otros fines no consignados por la Administración Pública.

Este tipo de actuaciones incluso tienen un patrón común de realización en torno a circunstancias que rodean temas concernientes a construcción de infraestructura vial pública y manejo de servicios públicos que es semejante y no muy lejana a la realidad latinoamericana donde puede citarse como ejemplo de mayor magnitud el caso Odebrecht, que resulta uno de los mayores ejemplos de corrupción y afectación de la probidad en la función pública. Por lo que en la actualidad este tipo de delitos es un mal que aqueja a Costa Rica.

## ESPAÑA

Elena Nuñez Castaño  
Universidad de Sevilla

### I. LA MALVERSACION COMO FORMA DE CORRUPCION Y LAS RAZONES DE LA REFORMA DE LA LO 14/2022, DE 22 DE DICIEMBRE

Son innegables las sucesivas, numerosas e injustificables (en la mayor parte de los casos) reformas que se han producido en los últimos años en materia penal. Cada una de ellas motivada por distintas razones, finalidades y objetivos. En lo que al tema que vamos a abordar se refiere, la última de ellas ha sido la llevada

a cabo por la LO 14/2022, de 22 de diciembre, que, al menos respecto de algunos tipos delictivos, tuvo una importante carga de intereses políticos, sin que ello prejuzgue, al menos de momento, la necesidad o no de la misma. Ciertamente, no puede negarse que ha sido una de las reformas que mayor polémica ha conllevado (esencialmente por el trasfondo que tanto la doctrinal como la sociedad en general vislumbraba en la misma). Las críticas doctrinales no se basaban únicamente en un considerable hastío al ver como el Código Penal se convierte en un instrumento multiusos que sirve para todo, ni tampoco en el hecho de que, gran parte del contenido de la ley, no encuentre sustento ni legitimidad en un Estado de Derecho<sup>1</sup>, sino porque no responden, ni siquiera aquellas que de algún modo se pudieran considerar necesarias, al necesario debate y consenso que impidiera los diversos problemas que posteriormente se han suscitado. Y el problema principal es que muchas de ellas no encuentran su *ratio* en la necesidad de cubrir un ámbito penal que carece de protección o la misma es deficiente, sino en el hecho de que existen otros intereses diversos que nada tienen que ver con el ámbito jurídico o que si tienen que ver es, precisamente, para utilizarlo como instrumento en la solución de un conflicto, en este caso concreto, político.

La reforma llevada a cabo por la LO 14/2022, entre otros muchos tipos penales, afectaba a los delitos de sedición (suprimiéndolo del Código penal) y de malversación, provocó que desde distintos sectores políticos, jurídicos y, sobre todo, desde los propios medios de comunicación, se trasladara la idea de que se trataba de *“una reforma dirigida a favorecer a determinados condenados en procesos recientes por estos delitos y a los que pudieran perpetrarlos en el futuro tuvieran una menor sanción penal que la anterior prevista”*<sup>2</sup>. Se están refiriendo, en concreto, a los condenados en el denominado caso *Procés*, en virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo 459/2019, de 14 de octubre, respecto de cuya aplicación retroactiva se han pronunciado los Autos del Tribunal Supremo de 12 de enero y de 13 de febrero de 2023 (Causa especial 20907/2017).

La corrupción como fenómeno, y esencialmente en el ámbito público, es una de las principales preocupaciones de la sociedad actual. De hecho, se ha transmitido una sensación bastante generalizada de que nos encontramos ante sociedades en las cuales *“si el mecanismo de la Administración Pública no se engrasa de alguna manera, el sistema no funciona”*<sup>3</sup>, lo que conlleva diversas consecuencias: la primera, una quiebra de la confianza de los ciudadanos respecto de las Instituciones y sus representantes; la segunda, un grave

deterioro de la imagen del Estado y, tercera, una clara apariencia (que no necesariamente tiene que coincidir con la realidad) de que todo el sistema de la Administración Pública se encuentra viciado<sup>4</sup>.

Respecto a lo que debe entenderse por corrupción existe una cierta base de acuerdo que ya fue señalada por KINDHÄUSER<sup>5</sup>, entendiéndose por la misma “*formalmente un abuso de poder de decisión*”. Ello ha llevado a considerar que el elemento común de todas las formas de corrupción es la infracción de un deber posicional<sup>6</sup> o abuso de una posición de poder a fin de conseguir una ventaja económica<sup>7</sup>. En esta misma línea, GONZÁLEZ CUSSAC<sup>8</sup> identifica unos rasgos esenciales comunes: la infracción de una norma, que lleva a una desviación de la finalidad de la actividad o función, esto es, el abuso de poder o incorrección en el proceso decisorio, recibiendo o reclamando a cambio una contraprestación indebida. Desde esta perspectiva, resulta evidente que el delito de malversación, junto con el delito de cohecho, se convierten en los principales instrumentos de lucha contra la corrupción pública<sup>9</sup>, y, precisamente por ello, ha sido objeto de atención tanto por el legislador nacional como por diversos organismos internacionales.

Tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, donde la diferencia con su precedente inmediato, el CP TR1973, no era relevante salvo por la derogación de lagunas figuras típicas en concreto, se produce una importante reforma que modifica por completo la regulación de este tipo penal mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo. Tan relevante es esta reforma que cambia por completo el modelo de malversación que estaba vigente para introducir un sistema similar al modelo alemán, y que describía el delito por remisión a los delitos genéricos de apropiación indebida (art. 253 CP) y administración desleal (art. 252 CP). De este modo, como se indica posteriormente en el Preámbulo de la LO 14/2022, en su Apartado VI, que se construyó un tipo híbrido entre delitos contra el patrimonio y delitos contra el correcto funcionamiento de los servicios públicos. Justamente esta regulación que remitía a los delitos de apropiación indebida y, sobre todo, al de administración desleal implicaba que, como ocurría en el caso del delito contra el patrimonio, los problemas de ampliación desmesurada de los supuestos típicos, se trasladarán automáticamente al delito contra la Administración Pública<sup>10</sup>. Si resulta problemática la delimitación del delito de Administración desleal genérico (art. 252 CP) respecto de otras figuras, al trasladar esta situación de indeterminación al ámbito de la Administración Pública se provoca un alto grado de inseguridad

jurídica junto con una rechazable, por excesiva, injerencia en el ámbito presupuestario y las decisiones en el mismo adoptadas<sup>11</sup>.

Ello no quiere decir, que las reformas penales no deban realizarse; nada es inmutable y la necesidad de reforma en algunas ocasiones resulta racional<sup>12</sup>. El problema radica en si efectivamente la reforma es necesario o responde a otras finalidades, objetivos o motivos que en nada guardan relación con un derecho penal legítimo, y existe un dato que, al menos en mi opinión resulta muy relevante para indagar en la *ratio criminis* de esta reforma: el hecho de que en la Proposición de Ley Orgánica 122/000271 inicialmente no figuraba la reforma del delito de malversación, sino que se incorporó en base a dos Enmiendas transaccionales (entre otras muchas presentadas) acordadas entre el Grupo Socialista y el Grupo Republicano que fueron aprobadas dando lugar a la LO 14/2022, de 22 de diciembre. Si la reforma era en realidad necesaria, probablemente hubiera estado incluida desde el primer momento, pero tampoco puede afirmarse que responda en exclusiva a situaciones individuales del contexto social y político concreto, aunque quizás no fuera el momento más oportuno.

## II. LA “NUEVA” CONFIGURACION DE LA MALVERSACION TRAS LA REFORMA DE LA LO 14/2022

La distorsión que, como se ha expuesto, conllevó la reforma realizada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y quizás un importante nivel de otro tipo de motivaciones, determinó al legislador a transformar completamente el delito de malversación mediante la LO 14/2022. Existe reforma, o mejor dicho, transformación, porque la misma no es, ni mucho menos, una “nueva” regulación; por el contrario, estamos ante una vuelta al modelo tradicional existente en la redacción original del Código Penal de 1995, e incluso recuperando alguna de las figuras existentes en el CP/TR73<sup>13</sup>.

La reforma introduce tres niveles de malversación<sup>14</sup>: la apropiación de fondos por parte del servidor público o bien que éste consienta su apropiación por parte de terceros (art. 432 CP); el uso temporal de patrimonio público pero sin ánimo de apropiación, es decir, carece de *animus rem sibi habendi*, aunque puede sostenerse la necesidad de un *animus utendi*, que implique un reintegro posterior dentro de un determinado plazo (art. 432 bis), y comportamientos consistentes en destinar el bien a una aplicación o fin público diferente de aquel para el que se había previsto (art. 433) que, en esencia,



se identifican con desvíos presupuestarios o gastos de difícil justificación<sup>15</sup>. En mi opinión, nada obsta para que pueda considerarse que las conductas de apropiación (*animus rem sibi habendi*) como de distracción (incluyendo también los supuestos de *animus utendi*) sigan siendo sancionadas dentro de las distintas modalidades típicas del delito de malversación<sup>16</sup>.

La novedad real en relación con la reforma de 2015 e, incluso, con la procedente del Código penal de 1995 en su redacción original es la recuperación de la modalidad relativa a dar al patrimonio público una aplicación o finalidad diferente de la prevista en el art. 433 CP, esto es, casos de desvíos presupuestarios o difícilmente justificables<sup>17</sup>.

La única novedad real e innegable que comporta la reforma llevada a cabo por la LO 14/2022, es la introducción en el art. 433 *ter* CP un concepto legal a efectos penales de patrimonio público, aunque ciertamente señala GONZÁLEZ CUSSAC<sup>18</sup> “*la novedad queda circunscrita al Código Penal, pues su redacción se asemeja extraordinariamente al art. 5 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria*”, es decir, el legislador no elabora un concepto específico penal que delimite lo que deba considerarse patrimonio público exclusivamente a efectos de las distintas figuras delictivas que puedan afectarlo en nuestro Código Penal, sino que se recurre a un concepto administrativo-tributario que se incorpora expresamente (y de manera prácticamente literal) al texto penal. Con lo que efectivamente constituye una reforma, pero ni tan original ni tan creativa como pretende plantearse.

## II.1. Aspectos comunes a todas las figuras delictivas

### II.1.1. El bien jurídico protegido en los delitos de malversación de patrimonio público

Tradicionalmente se ha producido una profunda discusión en la doctrina en relación con la delimitación de cual pudiera ser el bien jurídico protegido en el delito de malversación, a consecuencia de un carácter netamente patrimonialista derivado de la exigencia tanto de un perjuicio patrimonial para la Administración Pública, como de la, también discutida, presencia de ánimo de lucro. Al configurarse la identificación de un bien jurídico como el único parámetro válido de legitimación penal<sup>19</sup> es, a mi modo de ver, irrenunciable la determinación del mismo.

Se han identificados tres grandes grupos de posturas en relación con el carácter del bien jurídico objeto de protección en el delito de malversación: 1. carácter netamente *institucional*<sup>20</sup>, de manera que se entendía que,

como delito contra la Administración Pública, se protegía el correcto funcionamiento de la misma al infringirse los deberes de fidelidad y probidad<sup>21</sup>; 2. carácter *patrimonialista*, que se dividía en dos opciones diversas entre quienes consideraban que ostentaba una naturaleza netamente patrimonial en tanto que lo que se protegía era el patrimonio público<sup>22</sup> y aquellos que, aceptando el patrimonio público como bien jurídico, sin embargo, le otorgaban un sentido instrumental considerándolo como medio necesario para el correcto funcionamiento de los servicios públicos<sup>23</sup>; 3. un carácter pluriofensivo que aunaba tanto el correcto funcionamiento de la administración pública como el patrimonio público<sup>24</sup> que en realidad venía a coincidir con la segunda de las posturas de las posiciones patrimonialistas, en el sentido de considerar que la protección del patrimonio público implicaba al mismo tiempo la protección del correcto funcionamiento de la Administración<sup>25</sup>.

En mi opinión, incluso vigente la regulación procedente de la reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el delito de malversación de patrimonio público presenta una doble perspectiva respecto del bien jurídico, por cuanto de una parte se configura como un delito contra la Administración Pública incardinado en el Título XIX del Libro II y, en consecuencia, responde al mismo objeto de tutela categorial<sup>26</sup> de correcto funcionamiento de la Administración y función pública, pero, al mismo tiempo, resulta innegable que ofrece un importante aspecto patrimonial al afectar al patrimonio público. Se trata, por tanto, de una estructura pluriofensiva en la que se atiende tanto a la naturaleza innegablemente patrimonial del delito como a su carácter de atentado contra el funcionamiento de la Administración Pública<sup>27</sup>.

A sostener este carácter dual contribuye también la LO 14/2022, que en su Preámbulo señala que el delito de malversación, al ubicarse dentro de los delitos contra la Administración Pública, “*subraya su naturaleza pluriofensiva de infracción patrimonial, de una parte, pero también lesiva del interés general al afectar justamente al patrimonio común, y con ello al cumplimiento de la funciones y finalidades públicas*”. A mi parecer, siendo cierto que el delito en cuestión ostenta una doble función protectora, sin embargo, no puedo compartir su identificación como *infracción patrimonial* tal como se realiza en el Preámbulo de la Ley. Ni es una infracción contra el patrimonio, ni tampoco responde a su fundamento y estructura, porque de ser así interpretada carecería de sentido la incriminación de algunas modalidades típicas. Entiendo que no es, en sí mismo el patrimonio público como conjunto de bienes y derechos

lo que se protege con este precepto, sino la correcta gestión del mismo de acuerdo con la normativa existente al respecto dado que a diferencia del patrimonio privado se encuentra vinculado a fines concretos como es la prestación de servicios públicos. Desde esta perspectiva, efectivamente tiene un aspecto patrimonial por cuanto hace referencia a bienes o efectos públicos, pero lo esencial no es tanto la privación de los mismos (como es en el caso de los delitos contra el patrimonio), como la infracción de los deberes de los funcionarios que los tengan a su cargo e implique una disfunción en la gestión de los servicios y el funcionamiento de la Administración pública<sup>28</sup>.

### *II.1.2. El objeto material del delito: consideraciones sobre el concepto de patrimonio público*

La principal (en esencia, la única) novedad real incorporada por la reforma llevada a cabo por la LO 14/2022, de 22 de diciembre, es la incorporación en el art. 433 *ter* CP de un concepto legal de patrimonio público a efectos penales. Ciertamente constituye una novedad en el ordenamiento jurídico penal, pero no lo es en el ordenamiento español por cuanto la definición incorporada tiene gran similitud con lo establecido en “*los arts. 49 y 72 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, y sobre todo resulta muy similar a la contenida en el art. 5 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria*”<sup>29</sup>.

La discusión en relación con cual fuera el objeto material del delito de malversación también viene desde antiguo, y, de hecho, se han barajado diversas y variadas interpretaciones de lo que debiera entenderse por “caudales y efectos públicos” a lo largo del tiempo<sup>30</sup> pero que, en esencia, podían reconducirse a dos definiciones básicas<sup>31</sup>: *caudal público* sería cualquier objeto mueble, dinero o efectos negociables susceptibles de ser convertidos en dinero, perteneciente a la Administración Pública, y *efecto público* abarcaría cualquier bien susceptible de ser valorado económicamente perteneciente a las Administraciones públicas y distinto del dinero<sup>32</sup>.

La denominación de *patrimonio público* que incluyó la reforma de 2015 vino a paliar en cierto sentido esta discusión, permitiendo incluir en este concepto tanto el activo patrimonial, como bienes muebles e inmuebles. De hecho, QUINTERO OLIVARES<sup>33</sup> entendió por tal “*conjunto de bienes y derechos, de contenido económico-patrimonial, puestos a disposición de una persona por voluntad del derecho y bajo su protección*”; obvia-

mente, en el caso de la malversación la naturaleza de los mismos debía ser pública y la persona que lo tenía a su disposición un funcionario público o asimilado al mismo.

La reforma llevada a cabo por la LO 14/2022, de 22 de diciembre, parece poner fin a la discusión existente hasta el momento, al introducir un precepto, el art. 433 *ter* CP en el cual se incorpora un concepto penal de patrimonio público que señala expresamente que “*a los efectos del presente Código, se entenderá por patrimonio público todo el conjunto de bienes y derechos, de contenido económico-patrimonial, pertenecientes a las Administraciones públicas*”.

En mi opinión, la opción por una descripción tan amplia va encaminada a evitar cualquier tipo de laguna o aspecto controvertido en relación con la posible intervención penal como delito de malversación respecto de determinados tipos de bienes<sup>34</sup>. Pero tampoco se trata de una definición absolutamente novedosa en nuestro ordenamiento jurídico por cuanto resulta similar a la definición contenida en el art. 5 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y que ha sido considerado como “*una definición completa de la Hacienda Pública desde un punto de vista estático, al contener los diferentes elementos que la integran*”<sup>35</sup>. De este modo, afirma GONZÁLEZ CUSSAC<sup>36</sup> que debería entenderse como el “*conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde al Estado, y no como incorrectamente señalan tanto la Ley como el CP «las Administraciones Públicas» y a sus organismos autónomos*”. De manera que parece incluir tanto a la Administración general, como las Autonómicas y locales; sin embargo, indica DE LA MATA BARRANCO<sup>37</sup> que parece dejar al margen de este concepto “*el patrimonio de Organismos reguladores, Agencias y Entidades públicas empresariales, Organizaciones internacionales de Derecho Público, Entidades que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas o Sociedades mercantiles públicas*”<sup>38</sup>.

En esencia, de forma genérica podría afirmarse que la naturaleza pública se adquiere “*tanto por haberse incorporado efectivamente al patrimonio público tras el cumplimiento de las formalidades previstas, como si una vez percibidos por un funcionario se genera el correspondiente «derecho expectante» de la Administración*”<sup>39</sup>. Se plantean, de este modo, dos criterios para determinar el carácter de público del patrimonio: el de incorporación efectiva y el de destino. Concordamos, en este punto, con GONZÁLEZ CUSSAC<sup>40</sup> al afirmar que “*la naturaleza pública la adquire*

*re el caudal por incorporación a la Administración y a sus actividades, servicios públicos incluidos, a partir de su recepción por funcionario legitimado, no siendo necesaria la efectiva anexión al erario público*<sup>41</sup>.

## II.2. Breves consideraciones sobre las distintas modalidades típicas

El capítulo VII del Título XIX regula, tras la reforma llevada a cabo por la LO 14/2022, diversas figuras típicas del delito de malversación cuyos elementos analizaremos brevemente: a) malversación de apropiación (art. 432 CP), b) malversación de uso o disposición (art. 432 bis CP); c) malversación por destino a fin público diferente (art. 433 CP) y malversación por falseamiento de la contabilidad (art. 433 bis CP)

### II.2.1. Malversación de apropiación (art. 432 CP)

Dentro del tipo penal previsto en el art. 432 se pueden identificar: un tipo básico, varios tipos cualificados, un tipo hipercualificado y un tipo privilegiado.

#### II.2.1.1. Tipo básico del art. 432.1 CP

a) *Conducta típica*: Se observan dos tipos de comportamientos, uno activo y otro omisivo. Así, el activo consiste, esencialmente, en *apropiarse* asimilándose de este modo al delito de apropiación indebida contenido en el art. 253 CP<sup>42</sup>, y el omisivo que consiste en *consentir que otro se apropie*<sup>43</sup>, obviamente en ambos casos de un patrimonio público.

Por lo que se refiere a la modalidad activa, debe llevarse a cabo a apropiación o disposición definitiva del patrimonio o los bienes públicos de manera que no sean destinados a un fin público, sino que implique la existencia de *animus rem sibi habendi*, es decir, con la finalidad de obtener cualquier tipo de enriquecimiento, ventaja, ganancia, provecho, etc. De este modo, como se expondrá, estamos ante un elemento subjetivo del injusto (la finalidad de) que no precisa que el sujeto efectivamente se enriquezca, aunque si resulta necesario que el erario público resulte perjudicado<sup>44</sup>.

Respecto de la modalidad pasiva, se trata de *consentir que otra persona se apropie* del patrimonio público, es decir, permitir que sea un tercero quien de apoderarse de los caudales. Desde esta perspectiva nos encontramos ante un delito de comisión por omisión u omisión impropia, en tanto que el sujeto activo ostenta un especial deber de protección respecto del patrimonio público y, en consecuencia, posición de garante<sup>45</sup>; es decir, estamos ante una obligación legal o deber específico

de evitar cualquier resultado lesivo para el patrimonio público.

b) *Sujeto activo*: establece el precepto un círculo restringido de sujetos, en concreto, la autoridad o funcionario público, restringiéndolo aún más al exigir que *lo tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas*, lo que implica que se trate de un delito especial. Aunque es preciso tener en cuenta, para todas las modalidades del delito de malversación, el contenido del art. 435 CP que extiende las disposiciones relativas al Capítulo VII, no sólo a la autoridad o funcionario público ex arts. 24 y 427 CP (art. 435 bis CP), sino a los particulares que hubieran sido legalmente designados como depositarios (art. 435 CP).

c) *Tipo subjetivo*: Tal como se ha expuesto, la conducta realizada por el sujeto activo exige una concreta finalidad que se traduce en la presencia de un elemento subjetivo del injusto concebido como *ánimo de lucro*. Ahora bien, este ánimo configura una finalidad, no es precisa la existencia de un lucro personal o un enriquecimiento efectivo, sino que quedará perfeccionado con la producción de un perjuicio al patrimonio público. La necesaria concurrencia de este elemento subjetivo del injusto implica dos clara consecuencias: en primer lugar que sólo cabe la comisión dolosa de este comportamiento típico, que debe ser directo y abarcar el propósito específico señalado; y, en segundo lugar, esta exigencia de ánimo de lucro, permitirá diferenciar esta figura típica de la prevista en el art. 432 bis CP que consiste en una disposición temporal de los bienes<sup>46</sup>.

#### II.2.1.2. Tipos cualificados e hipercualificado del art. 432.2 CP

Se prevén tres tipos cualificados sancionados con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Causación de un daño o entorpecimiento grave al servicio público*, entendiéndose *servicio público* desde la perspectiva del correcto funcionamiento de la Administración Pública.
- El valor del perjuicio causado o los bienes o efectos apropiados exceda de 50.000 euros*.
- Las cosas malversadas fueran de valor histórico, artístico, cultural o científico, o si se tratase de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública*.

En el inciso final del apartado segundo del art. 432 CP se prevé un tipo hipercualificado para aquellos supuestos en los que el *valor de lo apropiado supere los*

250.00 euros, imponiéndose la pena prevista en los casos anteriores en su mitad superior.

### II.2.1.3. Tipo atenuado del art. 432.3 CP

El apartado tercero contiene un tipo privilegiado o atenuado de este delito malversación de apropiación, en aquellos casos en los que el perjuicio causado o la cuantía o valor de lo malversador sea *inferior a 4.000 euros*, en atención a la menor gravedad que implica, imponiéndose una pena notablemente inferior.

### II.2.2. Malversación de uso (art. 432 bis CP)

Se trata con este precepto de dar respuesta a las conductas de *distracción* que consisten en emplear o destinar a usos ajenos a la función pública el patrimonio, los caudales o efectos que tiene el funcionario público a su cargo por razón de sus funciones, siempre y cuando *no reintegre el valor de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso* y, sigue señalando el precepto, que el culpable debe actuar *sin ánimo de apropiárselo*. Esta parece ser, en esencia, la diferencia entre la malversación de apropiación y la malversación de uso, es decir, la existencia de ánimo de apropiación o de *animus utendi* en la autoridad o funcionario público que dispone de los bienes dándoles un destino privado.

El precepto, contiene, de ese modo, dos conductas típicas diferenciadas en cada uno de los párrafos del art. 432 bis CP. La primera sería aquella en la que el sujeto destina a usos privados el patrimonio público, es decir, estaríamos, en principio, ante un ánimo de uso con una finalidad posterior de restitución. En este caso, la imposición de una pena inferior a la malversación de apropiación queda claramente justificada, porque en esencia se estaría sancionando una mera apropiación de uso o incluso una posible administración desleal (postura ésta mas que cuestionable) porque, como señala ORTS BERENGUER *“la conducta en él castigada no es la de apropiación definitiva, sino la de uso transitorio por el funcionario de los caudales o efectos que tiene a su cargo”*<sup>47</sup>.

La situación varía respecto del comportamiento recogido en el segundo párrafo, al establecer que, en aquellos casos en los que el sujeto *no reintegrara los mismos elementos del patrimonio público distraídos dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso*, se aplicará la pena prevista para el delito de malversación de apropiación del art. 432 CP. Es decir, si se incumple este plazo previsto por la ley se presume la existencia de un ánimo de apropiación por parte del

sujeto activo que implica la aplicación preferente del art. 432 CP<sup>48</sup>.

### II.2.3. Malversación de usos públicos distintos a los establecidos del art. 433 CP

La Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, sostiene en su Preámbulo que pueden distinguirse tres niveles de malversación: la apropiación (art. 432), la distracción o uso temporal sin ánimo de apropiación (art. 432 bis), y *“un desvío presupuestario o gastos de difícil justificación (art. 433)”*, refiriéndose en realidad a aquellos supuestos en los que se produce una desviación del patrimonio a usos públicos distintos a los legalmente previstos. En realidad no se trata de ninguna novedad en nuestro ordenamiento jurídico, sino que se trata de una regulación prácticamente idéntica a la existente en el art. 397 CP/TR73, con lo que pueden ser plenamente trasladables las mismas críticas que existieron respecto del mismo<sup>49</sup> que conllevó su eliminación en el CP de 1995 y la difícil posibilidad de castigarlos incluso tras la LO 1/2015. Ello, obligará a una interpretación restrictiva del precepto que implique la identificación de algún *plus de desvalor* que permita diferenciarlo de la mera infracción administrativa o de una vulneración de la normativa presupuestaria.

Estamos ante una modalidad delictiva que la doctrina tradicionalmente había diferenciado de otros delitos de malversación, por cuanto no concurría un claro ánimo de lucro o beneficio propio, sino que el *“autor dedica a un fin público, pero distinto, los caudales y no a una finalidad privada como en otras modalidades”*<sup>50</sup>, justificando la sanción de las mismas en atención a la protección del servicio público (coherente con la exigencia típica del entorpecimiento del mismo). Al mismo tiempo, se hace preciso señalar que el art. 433 CP puede incluir situaciones muy diferentes: desde situaciones de urgencia, necesidad, repentinas, angustiosas, etc. que podrían dar lugar a la existencia de justificaciones en la actuación de los sujetos<sup>51</sup> hasta comportamientos que conlleven dar una aplicación pública diferente a la prevista a un bien público para la obtención de un lucro indirecto; en este último caso, podría considerarse la existencia de un ánimo de lucro y la consecuente posibilidad de apreciar otra modalidad típica diversa<sup>52</sup>.

Son, pues, diversos los problemas que puede plantear este precepto, desde la identificación del plus de desvalor que permita diferenciarlo de la mera infracción administrativa o presupuestaria para evitar la inclusión en la figura delictiva de cualquier tipo de desviación o gasto no autorizado, hasta la necesidad de determinar si



la finalidad que se persigue con esa desviación abarca los supuestos de licitud, ilicitud o sólo los delictivos, y, como no, la presencia o no de ánimo de lucro en el tipo penal.

## II.2.3.1 Finalidad a la que se desvían los fondos

El precepto hace una expresa referencia a que deben desviarse a otra *finalidad pública* diferente de aquella a la que estuvieran destinados. Resulta obvio que la primera aproximación implica que *público* es radicalmente opuesto a *privado*, de manera que cuando de forma genérica se persiga el *interés general* se apreciaría la concurrencia de finalidad pública<sup>53</sup>. LUZÓN CÁNOVAS<sup>54</sup> que aplicación pública distinta de aquella a la que estuviera destinado el patrimonio “*es la que no se corresponde estrictamente con la partida presupuestaria prevista pero deberá ser necesariamente legal, esto es, destinada a un fin permitido por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico*”. Ahora bien, siendo este el concepto de público, la pregunta surge en relación a si la finalidad pública a la que se destinan debe ser *lícita o ilícita*.

Señala GONZÁLEZ CUSSAC<sup>55</sup> que respecto a que se trate de un fin calificado como ilícito “*toda desviación de su previsión legal lo es ya por definición legal*” y, precisamente por ello, entiende que debe identificarse un plus añadido a la mera contravención legal o bien exigir que se trate de un ilícito penal, es decir, identificar ilícita con delito (decisión que como expone acertadamente atentaría directamente contra la autonomía de la figura delictiva en cuestión). Se plantean problemas en relación a considerar que, a efectos de finalidad pública distinta a la que estaba prevista en relación con el art. 433 CP pueda identificarse ilícita con delictiva, por mucho que obviamente las conductas delictivas constituyan una especie de las conductas ilícitas, de hecho, no deberían entenderse incluidas en la modalidad privilegiada del art. 433<sup>56</sup>.

Pero también surgen cuestionamientos inversos, como es el hecho de que pudiera incluirse cualquier distracción o desviación de los mismos de aquella finalidad para la que están legalmente previstos en tanto que sería, por definición, *ilícita*, dado que se está quebrantando la normativa existente y reguladora de los gastos y presupuesto público.

Todos estos cuestionamientos han determinado el permanente recurso por parte, sobre todo, de la jurisprudencia a la necesidad de identificar si en el comportamiento realizado por los sujetos concurre o no ánimo de lucro a efectos de identificar si estamos ante una u otra modalidad de malversación. Aunque, proba-

blemente, al menos en mi opinión, la mejor solución vendría por seguir manteniendo este comportamiento de desviación de fondos.

## II.2.3.2. El ¿ánimo de lucro? y el art. 433 CP

Ya de señaló que una concepción amplia de ánimo de lucro, incluía, además del ánimo de apropiación, el denominado *animus utendi*. De entender así el concepto y considerar que abarca también supuestos de disposición temporal de los bienes sin que concorra ánimo apropiatorio, lo que resultaría innegable es que esta disposición temporal “*siempre concurrirá con el sustrato fáctico del nuevo art. 433*”<sup>57</sup> en tanto que, por su propia definición, cualquier desvío presupuestario o distracción de los bienes del destino legalmente establecido implica un acto de disposición propio del titular del dominio de los mismos, en el caso de la malversación, el servidor público con competencia en tanto que poseedor.

Esta concepción conlleva dos consecuencias: que las meras disposiciones de bienes también podrían calificarse conforme al art. 432 CP, dejando vacíos de contenido los art. 432 *bis* y 433 CP, y que, aunque la redacción típica del art. 433 CP no conlleve referencia expresa al ánimo de lucro, si estaría presente el mismo, al menos en su modalidad de disposición temporal de los bienes. Precisamente, por ello, señala GONZÁLEZ CUSSAC<sup>58</sup> que lo adecuado sería restringir la exigencia de ánimo de lucro a la estricta apropiación definitiva, con un contenido equivalente al lucro personal. El problema sería cómo llevar a cabo esta restricción interpretativa.

Una posible opción sería combinarla con la exigencia de un elemento adicional, es decir, que conlleve una notoria gravedad, que se vería concretada en el daño o entorpecimiento grave del servicio al que estuviere consignado. Junto a ello, para posibilitar la diferenciación respecto de la infracción administrativa podría exigirse la lesión del patrimonio público y que la modificación o desviación presupuestaria se realice de forma *absolutamente arbitraria*<sup>59</sup> sin que exista causa, motivo o justificación alguna de importancia para realizar la misma, salvo la mera discrecionalidad del sujeto que se encuentra al cargo de los fondos públicos<sup>60</sup>.

## II.2.3.3. La cláusula de “daño o entorpecimiento graves del servicio al que estuviere consignado” como criterio delimitador de la tipicidad del art. 433 CP

La fórmula mencionada parece tener como función directa la determinación de la pena en concreto, con

las dificultades interpretativas que la redacción dada a la misma plantea y que sería claramente mejorable<sup>61</sup>. De este modo, el daño o entorpecimiento grave llevará una pena, y si no resulta ese daño o entorpecimiento se impondrá una pena inferior.

La regulación penal permite, en mi opinión, una interpretación restrictiva pero en un único sentido, en el de entender necesaria la constatación de un daño o entorpecimiento del servicio público, que llevaría distinta pena si es grave o si no lo es; pero, y aunque ello fuera lo deseable en aras del respeto al principio de intervención mínima, no veo la posibilidad de poder excluir *lege data* los supuestos en los que existe un daño o entorpecimiento leve, y, con ello, se elevaría a la categoría de delito lo que no debiera ser sino una infracción administrativa por no conllevar el desvalor suficiente como para legitimar la intervención penal, pero la regulación actual no permite una interpretación diversa.

#### II.2.4. Malversación por falseamiento de la contabilidad (art. 433 bis)

Estamos ante un tipo penal cuya esencia fundamental es falsaria que recoge dos modalidades típicas diversas, exigiendo respecto de ambas, la *idoneidad para causar un perjuicio económico* a la entidad pública de la que dependa.

El apartado primero sanciona los comportamientos en los que, fuera de los supuestos previstos en el art. 390 CP, *falseare su contabilidad, los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos*. De este modo, quedaría como una modalidad residual para los supuestos que no pudieran ser incluidos en el art. 390 CP relativo a la falsedad documental cometida por autoridad o funcionario público.

El apartado segundo, hace referencia a los casos en los que el sujeto activo *facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones* a los que se refiere el apartado anterior.

Es decir, en ambas modalidades, nos encontramos ante supuestos de delitos de peligro (hipotético) en los cuales no se exige la producción del efectivo perjuicio económico para el patrimonio o entidad pública; de hecho, si este perjuicio se produce de manera efectiva entraría en aplicación el tipo agravado contenido en el apartado 3 del art. 433 bis CP, suponiendo un incremento de la pena.

#### II.2.5. Tipo privilegiado por reparación o colaboración activa (art. 434 CP)

Señala GONZÁLEZ CUSSAC<sup>62</sup> que el art 434 CP “consta de una fórmula que inequívocamente pertenece a la llamada clase de «normas premiales», de larga tradición histórica y especialmente empleadas para enfrentar infracciones realizadas en el seno de organizaciones criminales”, conllevando todas las dificultades propias de las mismas.

Así, se prevé una atenuación de la pena para los culpables de los delitos previos en dos situaciones distintas:

- a) Cuando hubieran reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público antes del inicio del juicio oral. Incluye por tanto dos elementos, uno temporal al exigir que se realice la reparación antes del inicio del juicio oral y otro objetivo, requiriendo que la reparación sea efectiva, esto es, real e íntegra refiriéndose al total del perjuicio ocasionado.
- b) Cuando hubiera colaborado activa y eficazmente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos. El matiz que se exige en este caso radica en que la colaboración resulte eficaz, esto es, que haya dado resultados constatables.

La amplia redacción de este precepto provoca solapamientos con diversas atenuantes como reparación del daño (art. 21, 5 CP) y confesión del delito (art. 21.4 CP).

### III. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, “Delitos contra la Administración Pública”, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo III, Terradillos Basoco (coord.), Iustel, Madrid, 2016.
- CASTRO LIÑARES, “Delitos de prevaricación y malversación. Notas a propósito del Caso Minutas”, en *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos*, Puente Aba (dir.), Bosch, 2015.
- CASTRO MORENO, “De la malversación”, en *Comentarios prácticos al Código Penal*, tomo V, Gómez Tomillo (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, [https://proview-thomsonreuters-com.eu1.proxy.openathens.net/title.html?redirect=true&titleKey=aranzadi%2Fcodigos%2F164397610%2Fv1.2&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000153c6be7cca637de875#sl=0&eid=54af2ee86702d552-9ae7d6b39809d9d2&eat=a-idficha\\_164397791&pg=RL-](https://proview-thomsonreuters-com.eu1.proxy.openathens.net/title.html?redirect=true&titleKey=aranzadi%2Fcodigos%2F164397610%2Fv1.2&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000153c6be7cca637de875#sl=0&eid=54af2ee86702d552-9ae7d6b39809d9d2&eat=a-idficha_164397791&pg=RL-)

- 1.51&psl=p&nvgs=false, RL-1.51, ult. consult. 15-octubre-2024.
- DE LA MATA BARRANCO, “La reforma de la malversación: ¿para qué?”, en *Almacén de Derecho*, 2 de enero de 2023, <https://almacenederecho.org/la-reforma-de-la-malversacion-para-que>.
- “La lucha contra la corrupción política”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-01, 2016.
- DE LA MATA/ETXEBARRÍA, *Malversación y lesión del patrimonio público*, J. M. Bosch editor, 1995.
- GARCÍA ARROYO, “Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC, 24-12, (2022).
- *Los delitos de cohecho antecedente*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- GARROCHO SALCEDO, “Los delitos de malversación”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 6, marzo-agosto 2014.
- GONZÁLEZ CUSSAC, “El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)”, en *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- *Derecho Penal, Parte Especial*, 8ª ed., González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2023.
- JAEN VALLEJO, “Administración desleal, malversación y enriquecimiento ilícito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 139, I, Época II, mayo 2023.
- JAÉN VALLEJO/PERRINO PÉREZ, *La recuperación de activos frente a la corrupción (La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos)*, Dykinson, Madrid, 2016.
- KINDHÄUSER, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán”, en *Política criminal*, nº 3, 2007, A1, [<http://www.politicacriminal.cl>], pág. 15, ult. consulta. 15-octubre-2024.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Manual de Derecho Penal, Parte Especial III*, Akal/Iure, 1992.
- MACÍAS ESPEJO, *El delito de malversación como forma de corrupción política: estudio dogmático y casuística jurisprudencial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, <https://proview-thomsonreuters-com.eu1.proxy.openathens.net/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F34748%2Fv1.5&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000153c6be7cca637de875#sl=0&eid=478d2cacec48fae98d80a3a1b6b24ef3&eat=sub4&pg=&psl=e&nvgs=false>.
- MIR PUIG, C., “De la malversación de caudales públicos: propuesta de una nueva interpretación del art. 397 del Código penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 43, 1991.
- *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.), Vera Sánchez (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- MORALES GARCÍA, *Los delitos de malversación: apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 1999.
- MORALES HERNÁNDEZ, “La reforma del delito de malversación de patrimonio público en el Código Penal español: ¿un avance o un retroceso en la lucha contra la corrupción?”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 25-14, 2023.
- MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, *Comentarios al Nuevo Código penal*, Quintero Olivares (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 4ª ed., 2005
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte especial*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- *Derecho Penal, Parte especial*, 25ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- MUÑOZ CUESTA, “El delito de malversación en la LO 14/2022, de 22 de diciembre”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2, 2023, pág. 1, [https://proview-thomsonreuters-com.eu1.proxy.openathens.net/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F106958546%2Fv20230002.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000153c6be7cca637de875#sl=pi&eid=6ff545caaa4626c70a45ae75c74af32&eat=BIB\\_2023\\_138&pg=&psl=&nvgs=false](https://proview-thomsonreuters-com.eu1.proxy.openathens.net/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F106958546%2Fv20230002.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000153c6be7cca637de875#sl=pi&eid=6ff545caaa4626c70a45ae75c74af32&eat=BIB_2023_138&pg=&psl=&nvgs=false), ult. consulta. 6-noviembre-2024.
- “Malversación impropia: depositario que pierde parte de los bienes embargados por incendio, haciendo suya la cantidad recibida por el seguro, no poniéndolo a disposición del embargante”, en *Aranzadi Repertorio de Jurisprudencia*, nº 10/2005.
- NÚÑEZ CASTAÑO, “Política criminal y Estado de Derecho: la afección de los derechos fundamentales en las reformas penales”, en *Reformas penales y Estado de Derecho*, Núñez Castaño/García Arroyo (dirs.), Rodríguez Molina (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- *Manual de Derecho Penal económico y de la empresa*, GALAN MUÑOZ/NÚÑEZ CASTAÑO, 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- OLIVEROS ROSELLÓ, “La malversación en el Código Penal de 1995”, en *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995, Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 30, 1996.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Delitos contra la Administración Pública”, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Silva Sánchez (dir.), Atelier, Barcelona, 2019.
- QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, Parte especial*, Barcelona, 1992.
- QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 10ª ed., Quintero Olivares (direct.), Aranzadi, Cizur Menor, 2016, <https://proview-thomsonreuters-com.eu1.proxy.openathens.net/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fcodigos%2F159159142%2Fv10.2&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000153c6be7cca637de875#sl=0&eid=4de80bd1de5b8f7bf28b70839b413e4&eat=a-num0-num2-num21-num6-2-175637712&pg=&psl=p&nvgs=false>.
- RIBA CIURANA, “La interpretación del nuevo art. 433 CP de malversación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2023, RR-2.1, <https://proview-thomsonreuters-com.eu1.proxy.openathens.net/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F106958546%2Fv20230004.2&titleStag>

e=F&titleAcct=i0adc419100000153c6be7cca637de875#sl=p&eid=7d809a877cb2b78086b0462208d635c1&eat=%5Bereid%3D%227d809a877cb2b78086b0462208d635c1%22%5D&pg=RR-2.1&psl=&nvgS=false, ult. consult. 15-octubre-2024.

ROCA DE AGAPITO, “Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado”, en *Diario La Ley*, n.º 10230, Sección Doctrina, 16 de febrero de 2023, *La Ley* 878/2023.

– *El delito de malversación de caudales públicos*, J.M. Bosch Editor, 1999.

ROGÉ SUCHI, en CORCOY BIDASOLO (direct.), *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, tomo 1, 3ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

SANZ MULAS, “Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 19-05, 2017.

SUÁREZ MONTES, “La malversación de caudales públicos”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1966.

## Notas:

1 Sobre la controversia en relación con las últimas reformas penales, vid. NÚÑEZ CASTAÑO, “Política criminal y Estado de Derecho: la afección de los derechos fundamentales en las reformas penales”, en *Reformas penales y Estado de Derecho*, Núñez Castaño/García Arroyo (dirs.), Rodríguez Molina (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, *passim*.

2 MUÑOZ CUESTA, “El delito de malversación en la LO 14/2022, de 22 de diciembre”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2023, p. 1, [https://proview-thomsonreuters-com.eu1.proxy.openathens.net/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2FperiodicaI%2F106958546%2Fv20230002.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000153c6be7cca637de875#sl=pi&eid=6ff545caaa4626cc70a45ae75c74af32&eat=BIB\\_2023\\_138&pg=&psl=&nvgS=false](https://proview-thomsonreuters-com.eu1.proxy.openathens.net/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2FperiodicaI%2F106958546%2Fv20230002.3&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000153c6be7cca637de875#sl=pi&eid=6ff545caaa4626cc70a45ae75c74af32&eat=BIB_2023_138&pg=&psl=&nvgS=false), ult. consulta. 6-noviembre-2024.

3 GARCÍA ARROYO, *Los delitos de cohecho antecedente*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, p. 25.

4 GARCÍA ARROYO, *Los delitos de cohecho antecedente*, cit., pp. 25 y 26.

5 KINDHÄUSER, “Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán”, en *Política criminal*, n.º 3, 2007, A1, [<http://www.politicacriminal.cl>], p. 15, ult. consulta. 15-octubre-2024.

6 GARCÍA ARROYO, *Los delitos de cohecho antecedente*, cit., p. 29.

7 MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte especial*, 25ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 999 quien sostiene que “a menudo el que tiene una posición de poder, sobre todo cuando no es objeto de control por terceros, tiende a abusar de la misma para obtener algún tipo de beneficio para sí o para otras personas”.

8 GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal, Parte Especial*, 8ª ed., González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2023, p. 732.

9 DE LA MATA BARRANCO, “La lucha contra la corrupción política”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-01, 2016, p. 9; MIR PUIG, C., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs.), Vera Sánchez (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1453; MORALES HERNÁNDEZ, “La reforma del delito de malversación de patrimonio público en el Código Penal español: ¿un avance o un retroceso en la lucha contra la corrupción?”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 25-14, 2023, p. 2.

10 GONZÁLEZ CUSSAC, “El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)”, en *Comentarios a la LO 14/2022, de reforma del Código Penal*, González Cussac (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 144.

11 GONZÁLEZ CUSSAC, “El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)”, cit., p. 144 afirma que esta situación implica “protagonismo judicial transmutado, según el caso, en garante último del gasto público mediante el castigo penal. En definitiva, un choque imprevisible de poderes con grave afección a la legitimidad democrática”.

12 De hecho, sostiene acertadamente DE LA MATA BARRANCO, “La reforma de la malversación: ¿para qué?”, en *Almacén de Derecho*, 2 de enero de 2023, p. 2, <https://almacenederecho.org/la-reforma-de-la-malversacion-para-que->, que respecto de las mismas “nada que objetar. Siempre, claro, que la reforma obedeciera, como deben obedecer todas, a criterios «generales» (y no atentos a situaciones individuales concretas) de política criminal sustentados en lo que ha de ser la racionalidad de la ley penal”.

13 GONZÁLEZ CUSSAC, “El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)”, cit., p. 144, JAÉN VALLEJO, “Administración desleal, malversación y enriquecimiento ilícito”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 139, I, Época II, mayo 2023, p. 81, DE LA MATA BARRANCO, “La reforma de la malversación: ¿para qué?”, cit., p. 8.

14 Los arts. 433 bis (malversación por falseamiento de la contabilidad), 434 (reparación o colaboración activa) y 435 (extensión de los sujetos activos en relación con este delito) sufren modificaciones menores quedando prácticamente iguales que en la reforma de 2015.

15 GONZÁLEZ CUSSAC, “El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)”, cit., p. 144; MORALES HERNÁNDEZ, “La reforma del delito de malversación de patrimonio público en el Código Penal español. ¿un avance o un retroceso en la lucha contra la corrupción?”, cit., p. 10; JAÉN VALLEJO, “Administración desleal, malversación y enriquecimiento ilícito”, cit., pp. 81 y 82; RIBA CIURANA, “La interpretación del nuevo art. 433 CP de malversación”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, 2023, RR-2.1, <https://proview-thomsonreuters-com.eu1.proxy.openathens.net/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2FperiodicaI%2F106958546%2Fv20230004.2&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000153c6be7cca637de875#sl=p&eid=7d809a877cb2b78086b0462208d635c1&eat=%5Bereid%3D%227d809a877cb2b78086b0462208d635c1%22%5D&pg=RR-2.1&psl=&nvgS=false>, ult. consult. 15-octubre-2024.

16 En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, “El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)”, cit., p. 144.

17 GONZÁLEZ CUSSAC, *ibidem*; RIBA CIURANA, “La interpretación del nuevo art. 433 CP de malversación”, cit., RR-2.1; ROCA DE AGAPITO, “Una primera valoración de la reforma de



la malversación: vuelta al pasado”, en *Diario La Ley*, nº 10230, Sección Doctrina, 16 de febrero de 2023, *La Ley* 878/2023, p. 10.

18 GONZÁLEZ CUSSAC, *ibidem*.

19 GARCÍA ARROYO, “Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC, 24-12, (2022), p. 2.

20 Entiende por tales, GARCÍA ARROYO, “Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales”, cit., p. 33, aquellos que hacen “referencia a un conjunto de procesos o vías que aparecen como necesarias dentro del sistema para que los sujetos puedan interrelacionarse”, incluyendo entre los mismos la Administración Pública, la Administración de justicia, etc.

21 Sostenían esta postura, entre otros, MUÑOZ CUESTA, “Malversación impropia: depositario que pierde parte de los bienes embargados por incendio, haciendo suya la cantidad recibida por el seguro, no poniéndolo a disposición del embargante”, en *Aranzadi Repertorio de Jurisprudencia*, nº 10/2005, p. 1; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 10ª ed., Quintero Olivares (direct.), Aranzadi, Cizur Menor, 2016, [22 CASTRO MORENO, “De la malversación”, en \*Comentarios prácticos al Código Penal\*, tomo V, Gómez Tomillo \(dir.\), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, \[23 MACÍAS ESPEJO, \\*El delito de malversación como forma de corrupción política: estudio dogmático y casuística jurisprudencial\\*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, \\[24 MUÑOZ CONDE, \\\*Derecho Penal, Parte Especial\\\*, 25ª ed., cit., p. 1017; MORALES HERNÁNDEZ, “La reforma del delito de malversación de patrimonio público en el Código Penal español: ¿Un avance o un retroceso en la lucha contra la corrupción?”, cit., p. 5; ORTIZ DE URBINA GIMENO, “Delitos contra la Administración Pública”, \\\*Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial\\\*, Silva Sánchez \\\(dir.\\\), Atelier, Barcelona, 2019, p. 383.\\]\\(https://proview-thomsonreuters-com.eu1.proxy.openathens.net/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F34748%2Fv1.5&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000153c6be7cca637de875#sl=0&eid=478d2cacec48fae98d80a3a1b6b24ef3&eat=sub4&pg=&psl=e&nvgS=false.; DE LA MATA/VETXEBARRÍA, <i>Malversación y lesión del patrimonio público</i>, J. M. Bosch editor, 1995, p. 114</p></div><div data-bbox=\\)\]\(https://proview-thomsonreuters-com.eu1.proxy.openathens.net/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fcodigos%2F164397610%2Fv1.2&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000153c6be7cca637de875#sl=0&eid=54af2ee86702d5529ae7d6b39809d9d2&eat=a-idficha\_164397791&pg=RL-1.51&psl=p&nvgS=false., RL-1.51, ult. consult. 15-octubre-2024; JAÉN VALLEJO/PERRINO PÉREZ, <i>La recuperación de activos frente a la corrupción</i> \(La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos\), Dykinson, Madrid, 2016, p. 99; ACALE SÁNCHEZ, “Delitos contra la Administración Pública”, <i>Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal</i>, Tomo III, Terradillos Basoco \(coord.\), Iustel, Madrid, 2016, p. 207; MORALES GARCÍA, <i>Los delitos de malversación: apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos</i>, Aranzadi, Cizur Menor, 1999, pp. 50 y 51.</p></div><div data-bbox=\)](https://proview-thomsonreuters-com.eu1.proxy.openathens.net/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fcodigos%2F159159142%2Fv10.2&titleStage=F&titleAcct=i0adc419100000153c6be7cca637de875#sl=0&eid=4de80bd1de55b8f7bf28b70839b413e4&eat=a-num0-num2-num21-num6-2-175637712&pg=&psl=p&nvgS=false., RL-1.348,; MIR PUIG, C., “De la malversación de caudales públicos: propuesta de una nueva interpretación del art. 397 del Código penal”, en <i>Cuadernos de Política Criminal</i>, nº 43, 1991, pp. 80 y 81; OLIVEROS ROSELLÓ, “La malversación en el Código Penal de 1995”, en <i>Los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995</i>, <i>Cuadernos de Derecho Judicial</i>, nº 30, 1996, p. 257 y ss.</p></div><div data-bbox=)

25 GARROCHO SALCEDO, “Los delitos de malversación”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 6, marzo-agosto 2014, p. 270; MIR PUIG, C., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., p. 77; CASTRO LIÑARES, “Delitos de prevaricación y malversación. Notas a propósito del Caso Minutas”, en *La intervención penal en supuestos de fraude y corrupción. Doctrina y análisis de casos*, Puente Aba (dir.), Bosch, 2015, p. 307. Doble naturaleza que se ha sostenido también en algunas resoluciones jurisprudenciales, como el ATS de 9 de mayo de 2018, “Caso independencia de Cataluña”, afirmando que “el precepto tutela el patrimonio público y el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de las administraciones públicas”. En el mismo sentido, las SSTs de 31 de diciembre de 2021, 3 de septiembre de 2014, 2 de marzo de 2006 o 24 de noviembre de 2033, entre otras.

26 Señala GARCÍA ARROYO, *Los delitos de cohecho antecedente*, cit., p. 73 que “partiendo de la función sistemática del bien jurídico, debe entenderse que todos los delitos del mismo Título deben tener un mismo bien jurídico, aunque se trate de un bien jurídico categorial”.

27 En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal, Parte especial*, 8ª ed., cit., p. 771 que señala que “el bien jurídico protegido podemos cifrarlo en el patrimonio público y en los servicios que gracias a él han de prestarse a la comunidad”.

28 ROCA AGAPITO, “Malversación”, cit., p. 499; DE LA MATA BARRANCO, “El delito de malversación: la administración desleal del patrimonio público”, cit., pp. 135 y 136.

29 GONZÁLEZ CUSSAC, “El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)”, cit., p. 162.

30 Para un análisis más detallado de la definición de caudales y efectos públicos, vid. MORALES GARCÍA, *Los delitos de malversación*, cit., pp. 101 a 180.

31 MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, *Comentarios al Nuevo Código penal*, Quintero Olivares (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 4ª ed., 2005, p. 2160; ROCA AGAPITO, *El delito de malversación de caudales públicos*, J.M. Bosch Editor, 1999, p. 123; MACÍAS ESPEJO, *El delito de malversación como forma de corrupción política: estudio dogmático y casuística jurisprudencial*, cit.

32 Sin embargo, lo cierto es que existía una línea jurisprudencial que ampliaba ese concepto de caudales y efectos públicos considerando como tal “todo capital, hacienda, patrimonio, fondo, cosa o bien de cualquier condición, fungible o no y susceptible de estimación económica. Se conceptualizaron como tales, cualquier bien y fuerza de trabajo, incluido utilizar a empleado público en horas que debe prestar sus servicios a la Administración en beneficio particular (STS 608/1994, de 18 de marzo)”

33 QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 10ª ed., cit., RL-1.348.

34 Así, la Fiscalía General del Estado en su Decreto de 25 de enero de 2023 señaló que “el concepto de fondos o patrimonio público debe ser interpretado instrumentalmente por referencia al ejercicio de la función pública que en la actualidad se desarrolla

bajo distintas formas jurídicas”, cfr. Decreto de 25 de enero de 2023 de la Fiscalía General del Estado, p. 27.

35 GONZÁLEZ CUSSAC, Derecho Penal, Parte especial, 8ª ed., cit., p. 771.

36 GONZÁLEZ CUSSAC, “El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)”, cit., pp. 162 y 163.

37 DE LA MATA BARRANCO, “La reforma de la malversación: ¿para qué?”, cit., p. 8.

38 Resulta necesario señalar, no obstante, que el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2018 relativo a sociedades mercantiles participadas por capital público determina que los bienes, efectos, caudales o cualquier otro de cualquier índole que integre el patrimonio de las sociedades mercantiles participadas por el Estado y otras Administraciones y Organismos Públicos, han de tener la consideración de patrimonio público y ser objeto material del delito de malversación en los siguientes casos: a) la sociedad mercantil se halle participada en su totalidad por las personas públicas referidas; b) cuando esté participada mayoritariamente por las mismas y c) cuando la sociedad pueda ser considerada pública con base en las circunstancias concretas que concurren, etc.

39 SANZ MULAS, “Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, REPCP 19-05, 2017, p. 7.

40 GONZÁLEZ CUSSAC, “El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)”, cit., pp. 163 y 164.

41 En el mismo sentido, MORALES HERNÁNDEZ, “La reforma del delito de malversación de patrimonio público en el Código Penal español”, cit., p. 9; SANZ MULAS, “Despilfarro de fondos públicos y nuevo delito de malversación de caudales”, cit., p. 10. Contrario a esta incorporación, ROCA DE AGAPITO, “Una primera valoración de la reforma de la malversación: vuelta al pasado”, cit., p. 11.

42 Así, señala ROGÉ SUCH, en CORCOY BIDASOLO (direct.), Manual de Derecho Penal. Parte especial, tomo 1, 3ª ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 721, que se trata de un acción que consiste en “separar, extraer, quitar o despojar caudales, con ánimo de aprovechamiento defraudatorio”.

43 GONZÁLEZ CUSSAC, Derecho Penal, Parte especial, 8ª ed., cit., p. 773.

44 GONZÁLEZ CUSSAC, *ibidem*.

45 GONZALEZ CUSSAC, *ibidem*; ROGE SUCH, Manual de Derecho Penal, Parte especial, cit., p. 721.

46 GONZÁLEZ CUSSAC, Derecho Penal, parte especial, 8ª ed., p. 773.

47 Citado por GONZÁLEZ CUSSAC, Derecho Penal, Parte especial, 8ª ed., cit., p. 775.

48 GONZÁLEZ CUSSAC, *ibidem*; ROGE SUCH, Manual de Derecho Penal, Parte especial, cit., p. 722.

49 Críticamente respecto de aquel precepto, MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte especial, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 847; SUÁREZ MONTES, “La malversación de caudales públicos”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1966, pp. 861; QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal español, Parte especial, Barcelona, 1992, p. 457; MIR PUIG, C., “De la malversación de caudales públicos”, cit., pp. 87 y 88; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Manual de Derecho Penal, Parte Especial III, Akal/lure, 1992, p. 386.

50 GONZÁLEZ CUSSAC, Derecho penal, Parte especial, 8ª ed., cit., p. 776; el mismo, “El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)”, cit., p. 153.

51 Señala GONZÁLEZ CUSSAC, Derecho Penal, Parte especial, 8ª ed., cit., p. 776, la posibilidad de apreciar una eximente completa o incompleta de estado de necesidad o de obrar por motivos morales o altruistas.

52 GONZÁLEZ CUSSAC, Derecho penal, Parte especial, 8ª ed., cit., p. 777.

53 GONZÁLEZ CUSSAC, “El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)”, cit., p. 156.

54 LUZÓN CANOVAS, Comentarios al Código Penal”, cit., p. 2702.

55 GONZÁLEZ CUSSAC, *ibidem*.

56 Así, en el ATS de 24 de julio de 1994, relativo al Informe Crillon, se afirma que la consecución de fines públicos “no permite realizar actividades delictivas que desvirtúen los fines amparados por la ley o que caigan de lleno en el terreno de la ilegalidad penalmente perseguible” (FD 4ª). En esta misma línea, Apartado 4.4.3 ATS de 13 de febrero de 2023, Causa especial 20907/2017, considera que el simple hecho de que el destino diverso de los fondos públicos proceda de una decisión de autoridad o funcionario competente para su administración y que revista las formalidades de los actos administrativos, no resulta suficiente para aceptar que se trataría de un supuesto subsumible en el art. 433 CP, y que ni siquiera que el fin último de la subvención fuera el interés público haría decaer el ánimo de lucro “pues la mera liberalidad a favor de una empresa tiene una incuestionable dimensión económica de signo negativo para los fondos públicos”.

57 GONZÁLEZ CUSSAC, “El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)”, cit., p. 157.

58 GONZÁLEZ CUSSAC, “El retorno a las figuras autónomas de malversación (arts. 432 y ss.)”, cit., pp. 159 y 160.

59 GONZÁLEZ CUSSAC, *ibidem*.

60 No podemos, por ello, compartir lo sostenido por el Decreto de la Fiscalía General del Estado de 25 de enero de 2023 que, tras afirmar en su Apartado 7.4. que “resulta difícil concebir supuestos en los que la mera desviación del dinero público a un fin público, sin que concurren motivaciones espurias dirigidas a obtener un lucro personal o ajeno -directo- o indirecto-, pueda determinar la producción de un daño patrimonial para el erario (...)”, continúa afirmando que “históricamente, se entendió que esta modalidad delictiva sancionaba, incluso, aquellos supuestos en los que el destino ofrecido al patrimonio público repercutía en favor del bien común”, para lo cual hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1963, que sostuvo que no se castiga “la deslealtad del funcionario en relación con los caudales administrados, sino la deslealtad a la ordenanza o norma reguladora de su aplicación”. Esta interpretación, no permitiría distinguir, desde ningún punto de vista ni perspectiva, entre el ilícito administrativo que encuentra su exclusivo fundamento en el incumplimiento de la norma y el injusto penal.

61 LUZÓN CANOVAS, Comentarios al Código Penal”, cit., pp. 2701 y 2702.

62 GONZALEZ CUSSAC, Derecho Penal, Parte especial, 8ª ed., cit., p. 778.

## ITALIA

Luigi Foffani

*Catedrático de Derecho Penal*

*Universidad de Módena y Reggio Emilia*

El delito de malversación de caudales públicos —denominado “*peculato*”— tiene en el ordenamiento penal italiano un historial largo y problemático. La versión original del art. 314 del Código penal de 1930 castigaba con una pena de prisión de tres a diez años a la autoridad o funcionario público (“*pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio*”), que, teniendo a su cargo por razones de su oficio o servicio la disponibilidad de dinero u otra cosa móvil perteneciente a la administración pública, se apropie del dinero o de la cosa o realice hechos de “distracción”. Mientras que el peculado por apropiación no provocaba especiales problemas en su aplicación práctica, mucho más problemática se reveló la figura delictiva del peculado por distracción, ya que la formulación legislativa no aclaraba si tenía que considerarse típica la destinación de los caudales públicos a finalidades privadas o también a finalidades públicas diferentes de aquellas a las cuales estuvieren destinados o simplemente con irregularidades formales o procedimentales. Uno de los sectores más emblemáticos de esta potencial amplitud del tipo normativo fue —a lo largo de los años ’70 y ’80 del siglo XX— el llamado “peculado bancario”, es decir la extensión del tipo penal a casos de abusos e irregularidades en el ejercicio de la actividad crediticia en el marco de los (entonces frecuentes en Italia) institutos de créditos de derecho público.

El panorama normativo mutó radicalmente con la reforma de los delitos contra la administración pública de 1990 (Ley 26 de abril de 1990, nr. 86), que abrogó la figura del peculado por distracción y dejó en el art. 314 CP el solo delito de peculado por apropiación, castigado con una pena más elevada en el mínimo (de cuatro a diez años de prisión) y extendido también a los casos de apropiación de dinero u cosa móvil pertenecientes a privados. El peculado por distracción, por otro lado, se transformó en una de las posibles formas del omnicomprendivo delito de “abuso de oficio” (art. 323 CP), que castigaba con una pena de prisión de uno a cuatro años, entre otros, a la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su función o servicio, procurare a sí mismo o a un tercero una injusta ventaja patrimonial o un daño injusto a un tercero.

El delito de abuso de oficio conoció varias reformas a lo largo de los años (en 1990, 1997 y 2000) y finalmente —con la Ley 9 de agosto de 2024, nr. 114— ha

sido abrogado. Por otro lado, el legislador ha vuelto a introducir — con el Decreto Ley 4 de julio de 2024, nr. 92 - un nuevo delito de “destinación indebida de dinero o cosas muebles” (art. 314 bis CP), con el cual se castiga con una pena de prisión de seis meses a tres años al funcionario público o al encargado de un servicio público que —teniendo por razones de su cargo o servicio la disponibilidad de dinero o cosas muebles ajenas (pertenecientes a una administración pública o a un privado)— los destine a un uso diferente da cuanto previsto específicamente por ley (una ley que no deje margen de discrecionalidad al sujeto público), procurando intencionalmente a sí mismo o a un tercero una injusta ventaja patrimonial o un perjuicio injusto a un tercero. Se prevé además una pena más severa (de seis meses a cuatro años de prisión) si el hecho afecta a los intereses financieros de la Unión Europea y si la indebida ventaja patrimonial o el daño injusto sea superior a 100.000 euros.

En conclusión: después de este largo recorrido de reformas penales en materia de malversación de caudales en el sector público, el Código penal italiano prevé hoy:

- a) un tipo penal básico de “peculado” (art. 314 CP), referido a la apropiación por parte de un funcionario público o de un encargado de un público servicio de dinero o cosas muebles pertenecientes a una administración pública o a un privado (pena de prisión de cuatro a diez años);
- b) dos tipos penales más leves: el peculado de “uso” (art. 314.2 CP), referido a conductas de indebida utilización momentánea de una cosa mueble con inmediata restitución después del uso, y el peculado mediante aprovechamiento del error de un tercero (art. 316 CP), con el cual se castiga al funcionario público o al encargado de un servicio público que, en el ejercicio de su función o servicio, aprovechando del error de un tercero, reciba o mantenga indebidamente dinero u otras cosas muebles para sí mismo o para un tercero. Para ambos tipos delictivos más leves se aplica la pena de prisión de seis meses a tres años, que se eleva a cuatro si el delito del art. 316 CP afecte a intereses financieros de la Unión Europea y si la indebida ventaja patrimonial o el daño injusto sea superior a 100.000 euros.
- c) El nuevo tipo penal de la “indebida destinación de dinero o cosas muebles” (art. 314 bis CP).

## BIBLIOGRAFÍA

- G. FIANDACA/E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. 1, 6. ed., Bologna, Zanichelli, 2021, p. 182-199.

M. PELISSERO, in R. BARTOLI/M. PELISSERO/S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 3. ed., Torino, Giappichelli, 2024, p. 467-483.

#### Sobre el nuevo art. 314 bis CP:

G.L. GATTA, *Morte dell'abuso di ufficio, recupero in zona Cesarini del peculato per distrazione (art. 314 bis CP) e obblighi (non pienamente soddisfatti) di attuazione della Direttiva UE 2017/1371*, in *Sistema Penale*, 10.7.2024

S. SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo art. 314 bis CP*, in *Sistema Penale*, 19.7.2024

## MÉXICO

### Manuel Vidaurri Aréchiga

Universidad La Salle Bajío (México)  
mvidaurri@lasallebajio.edu.mx

El Título Décimo del Código Penal Federal (en adelante, CPF)<sup>1</sup> contempla una serie de figuras típicas relacionadas con hechos de corrupción. En su primer Capítulo (art. 212) se define lo que debe entenderse por servidor público, así lo será: toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, empresas productivas del Estado, en los órganos constitucionales autónomos, en el Congreso de la Unión, o en el Poder Judicial Federal, o que manejen recursos económicos federales.

Igualmente, se incluyen en este listado a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados, a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este Título, en materia federal.

Los tipos penales relacionados con actos de corrupción son: Ejercicio ilícito de servicio público (art. 214); Abuso de autoridad (art. 215); Coalición de servidores públicos (art. 216); Uso ilícito de atribuciones y facultades (art. 217); Del pago y recibo indebido de remuneraciones de los servidores públicos (art. 217 Ter); Concusión (art. 218); Intimidación (art. 219); Ejercicio abusivo de funciones (art. 219); Tráfico de Influencia (221); Cohecho (art. 222); Cohecho a servidores públicos extranjeros (art. 222 Bis); Peculado (art. 223); Enriquecimiento Ilícito (art. 224);

Una preocupación de alcance internacional es la referida a la corrupción de las administraciones públi-

ca. La *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*<sup>2</sup>, de la que México es parte, señala expresamente en su artículo 17, referido a la *malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público*, que cada Estado parte “adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo”.

En este sentido, de acuerdo con el CPF (art. 223), comete el delito de Peculado:

- I. Todo servidor público que para su beneficio o el de una tercera persona física o moral, distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito, en posesión o por otra causa;
- II. El servidor público que ilícitamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso ilícito de atribuciones y facultades con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona;
- III. Cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondos públicos o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso ilícito de atribuciones y facultades, y
- IV. Cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal y estando obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó.

Sujeto activo de la conducta de Peculado será el servidor público, para lo cual deberá acreditarse plenamente tal circunstancia, aunque igualmente adquiere el carácter de sujeto activo la persona que sin tener esta categoría tiene una obligación de custodiar, administrar o aplicar recursos federales, tal como se indica en la fracción IV del citado artículo 223 del CPF.

También es de destacarse el supuesto previsto en las fracciones II y III del artículo que se comenta. Se refie-



re a una práctica no del todo eliminada consistente en el uso de recursos públicos para promover la imagen pública o social de alguna persona, un superior jerárquico o la de un tercero, o para, en caso contrario, denigrarle. Claramente, se refiere al indebido manejo de los recursos públicos en los que pudieran incurrir los servidores públicos en proceso electorales, aunque no solamente pues cabría apreciar la conducta respecto de la imagen de quienes ya ejercen un cargo o representación social concreta, o la de sus adversarios.

Por la comisión de este delito, pueden imponerse las siguientes sanciones: cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente no exceda del equivalente de quinientas veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización<sup>3</sup> en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de *tres meses a dos años de prisión y de treinta a cien días multa*.

El citado dispositivo del CPF establece que cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente exceda de quinientas veces el valor diario de la UMA en el momento de cometerse el delito, se impondrán de *dos años a catorce años de prisión y de cien a ciento cincuenta días multa*.

Un incremento de las sanciones se observa en lo señalado en el último párrafo del artículo citado, donde se precisa que cuando los recursos materia del peculado sean aportaciones federales para los fines de seguridad pública se *aplicará hasta un tercio más de las penas señaladas en los párrafos anteriores*.

Las leyes penales de los Estados que conforman la república mexicana también reaccionan mediante sanciones concretas, en este caso dirigidas a servidores públicos del ámbito gubernamental estatal y municipal. Como ejemplos, se mencionan los siguientes, el Código Penal del Estado de Jalisco (art. 148)<sup>4</sup>; Código Penal del Distrito Federal (art. 273)<sup>5</sup>; Código para el Estado de Veracruz (art. 323)<sup>6</sup>.

Por otra parte, al servidor público que realice conductas como la de Peculado, también podrá ser sancionado administrativamente. Lo establece así la Ley General de Responsabilidades Administrativas<sup>7</sup> (LGRSP), donde se indica que (art. 7):

Los Servidores Públicos observarán en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, los principios de disciplina, legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, integridad, rendición de cuentas, eficacia y eficiencia que rigen el servicio público. Para la efectiva aplicación de dichos principios, los Servidores Públicos observarán las siguientes directrices:

**I.** Actuar conforme a lo que las leyes, reglamentos y demás disposiciones jurídicas les atribuyen a su empleo, cargo o comisión, por lo que deben conocer y cumplir las disposiciones que regulan el ejercicio de sus funciones, facultades y atribuciones; **II.** Conducirse con rectitud sin utilizar su empleo, cargo o comisión para obtener o pretender obtener algún beneficio, provecho o ventaja personal o a favor de terceros, ni buscar o aceptar compensaciones, prestaciones, dádivas, obsequios o regalos de cualquier persona u organización; **III.** Satisfacer el interés superior de las necesidades colectivas por encima de intereses particulares, personales o ajenos al interés general y bienestar de la población; **IV.** Dar a las personas en general el mismo trato, por lo que no concederán privilegios o preferencias a organizaciones o personas, ni permitirán que influencias, intereses o prejuicios indebidos afecten su compromiso para tomar decisiones o ejercer sus funciones de manera objetiva; **V.** Actuar conforme a una cultura de servicio orientada al logro de resultados, procurando en todo momento un mejor desempeño de sus funciones a fin de alcanzar las metas institucionales según sus responsabilidades; principios de austeridad, eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados; **VI.** Administrar los recursos públicos que estén bajo su responsabilidad, sujetándose a los principios de austeridad, eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados; **VII.** Promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos establecidos en la Constitución; **VIII.** Corresponder a la confianza que la sociedad les ha conferido; tendrán una vocación absoluta de servicio a la sociedad, y preservarán el interés superior de las necesidades colectivas por encima de intereses particulares, personales o ajenos al interés general; **IX.** Evitar y dar cuenta de los intereses que puedan entrar en conflicto con el desempeño responsable y objetivo de sus facultades y obligaciones; **X.** Se abstendrán de asociarse con inversionistas, contratistas o empresarios nacionales o extranjeros, para establecer cualquier tipo de negocio privado que afecte el desempeño imparcial y objetivo en razón de intereses personales o familiares, hasta el cuarto grado por consanguinidad o afinidad; **XI.** Separarse legalmente de los activos e intereses económicos que afecten de manera directa el ejercicio de sus responsabilidades en el servicio público y que constituyan conflicto de intereses, de acuerdo con lo establecido en esta Ley, en forma previa a la asunción de cualquier empleo, cargo o comisión; **XII.** Abstenerse de intervenir o promover, por sí o por interpósita persona, en la selección, nombramiento o designación para el servicio público de personas con quienes tenga parentesco por filiación hasta el cuarto grado o por afinidad hasta el segundo grado, y **XIII.** Abstenerse de realizar cualquier trato o promesa privada que comprometa al Estado mexicano.

La LGRSP declara en su artículo 53, que peculado el servidor público que autorice, solicite o realice actos para el uso o apropiación para sí o para las personas a las que se refiere el artículo 52 (su cónyuge, parientes consanguíneos, parientes civiles o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte), de

recursos públicos, sean materiales, humanos o financieros, sin fundamento jurídico o en contraposición a las normas aplicables.

Y en el mismo artículo 53 se agrega que los servidores públicos “no podrán disponer del servicio de miembros de alguna corporación policiaca, seguridad pública o de las fuerzas armadas, en el ejercicio de sus funciones, para otorgar seguridad personal”, salvo en los casos en su actividad lo contemple o por las circunstancias se considere necesario proveer de dicha seguridad, para lo cual será justificarse plenamente tal medida”.

#### Notas:

1 Visible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPF.pdf>

2 Visible en: [https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf)

3 La UMA es “la Unidad de Medida y Actualización -UMA- es la referencia económica en pesos para determinar la cuantía del pago de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, de las entidades federativas, así como en las disposiciones jurídicas que emanen de todas las anteriores”. Para conocer los montos económicos, véase: <https://www.inegi.org.mx/temas/uma/> El valor mensual de la UMA se calcula multiplicando su valor diario por 30.4 veces y su valor anual se calcula multiplicando su valor mensual por 12. Para el año 2024 queda así: diario, \$108,57; mensual, \$ 3,300,53; y anual, 39, 606,36. Para una mejor idea del valor, contrastado con el precio del dólar americano se contempla el de hoy (18/11/2024), que es de 1 dólar por \$20,26 77 pesos mexicanos.

4 <https://transparencia.info.jalisco.gob.mx/sites/default/files/C%3%B3digo%20Penal%20para%20el%20Estado%20Libre%20y%20Soberano%20de%20Jalisco%20%281%29.pdf>

5 <https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/9cd0cdef5d5adba1c8e25b34751cccfcca80e2c.pdf>

6 <https://www.legisver.gob.mx/leyes/LeyesPDF/CPE-NAL28022022.pdf>

7 <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGRA.pdf>

## NICARAGUA

**Sergio J. Cuarezma Terán**

*Profesor de Derecho penal*

*Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ),*

*Nicaragua*

[www.inej.net](http://www.inej.net)

El Título XIX del Código Penal de Nicaragua, titulado “Delitos contra la Administración Pública,” reúne disposiciones orientadas a proteger la integridad, nor-

mal y adecuado funcionamiento de la administración pública en el país. Este título se estructura en capítulos que abordan distintos tipos de conductas delictivas relacionadas con el abuso de poder y el manejo indebido de recursos públicos.

### I. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Uno de los capítulos se enfoca en el peculado, estableciendo sanciones para los funcionarios que sustraigan, se apropien o permitan que otros sustraigan bienes públicos bajo su custodia, ya sea para beneficio propio o de terceros. La pena varía según el valor y la naturaleza de los bienes implicados.

Otro capítulo aborda el cohecho, distinguiendo entre el cometido por funcionarios públicos que solicitan o aceptan beneficios a cambio de realizar o no actos en el ejercicio de sus funciones, y el cohecho de particulares, quienes ofrecen tales beneficios a los funcionarios. También se incluye el delito de malversación de caudales públicos, sancionando a los funcionarios que dan un uso distinto a los fondos públicos al destinado por ley, incluyendo el aprovechamiento de recursos humanos para beneficio propio.

El título también regula las negociaciones prohibidas y el abuso de funciones, prohibiendo a los funcionarios participar en actividades económicas que puedan generar un conflicto de interés con su cargo. Además, aborda los fraudes y exacciones, condenando tanto el fraude en contratos públicos como la exigencia indebida de pagos o tarifas por parte de funcionarios, en perjuicio de la administración pública. Por otra parte, se contempla el tráfico de influencias, castigando a aquellos funcionarios que, prevaliéndose de su posición, buscan influir en otros para obtener beneficios indebidos.

Las sanciones previstas en el Título XIX incluyen penas de prisión y, en numerosos casos, la inhabilitación para ejercer cargos públicos. Estas penas se agravan en situaciones de reincidencia o cuando el delito causa un daño significativo a la Administración Pública. En muchos casos, también se contempla la restitución o reparación de los daños causados, así como la inhabilitación, con el objetivo de evitar la reincidencia.

El Título XIX es fundamental para el funcionamiento ético y transparente del sector público, pues establece un marco punitivo contra la corrupción y el mal uso de los recursos del Estado, promoviendo así la confianza en la Administración Pública y la responsabilidad en el ejercicio de sus funciones.

## II. PECULADO Y MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

El peculado y la malversación de caudales públicos son delitos tipificados en el Código Penal de Nicaragua en los capítulos VII y VIII, dentro de los delitos contra la Administración Pública. Ambas figuras jurídicas están dirigidas a sancionar el mal manejo de recursos estatales por parte de autoridades, funcionarios y empleados públicos, ya que estos actos perjudican la integridad del patrimonio público y afectan la confianza de la ciudadanía en las instituciones.

En cuanto al peculado, este delito se encuentra regulado en el Capítulo VII, en el artículo 451. Se considera peculado cuando una autoridad, funcionario o empleado público, aprovechando su posición, sustrae, apropia, distrae o permite que otro sustraiga, apropie o distraiga bienes, caudales, valores o efectos públicos bajo su administración o custodia. Este acto debe tener como propósito obtener un beneficio propio o para un tercero, y los bienes afectados pueden pertenecer al Estado, a instituciones públicas, o a entidades desconcentradas, descentralizadas, autónomas o empresas del Estado, municipios y regiones autónomas. La pena para el peculado es de prisión de cuatro a diez años, acompañada de inhabilitación absoluta para ejercer cargos públicos por el mismo período. En casos agravados, como cuando los bienes tienen un valor cultural o están destinados a situaciones de emergencia o calamidad pública, la pena aumenta de seis a doce años de prisión, junto con la misma inhabilitación.

El bien jurídico protegido del delito de peculado se enfoca en salvaguardar el patrimonio estatal y asegurar su adecuada administración, evitando la sustracción, apropiación, distracción o el consentimiento para que otros sustraigan o se apropien de bienes públicos. Este delito incluye cualquier acción en la que una autoridad, funcionario o empleado público, aprovechando su posición de confianza, desvíe o sustraiga bienes bajo su custodia para obtener un beneficio propio o favorecer a terceros. La esencia del peculado radica en prevenir el uso indebido de los recursos públicos y evitar que estos caigan en manos particulares, garantizando que se destinen exclusivamente a los fines establecidos por el Estado. De esta manera, el peculado protege no solo el aspecto económico del patrimonio público, sino también la legitimidad de la función pública y la responsabilidad de los servidores en la gestión de los bienes del Estado.

Por su parte, la malversación de caudales públicos se encuentra en el Capítulo VIII y está definida en los ar-

tículos 452 y 453. Este delito ocurre cuando una autoridad, funcionario o empleado público da un uso distinto al que la ley estipula para los caudales públicos, bienes muebles o inmuebles, dinero o valores bajo su administración. A diferencia del peculado, la malversación no implica necesariamente una apropiación o beneficio personal directo, sino un uso indebido o desviación de los recursos hacia fines no autorizados. La pena para este delito es de dos a cinco años de prisión, además de la inhabilitación para ejercer empleos o cargos públicos durante el mismo tiempo. Además, el artículo 453 complementa esta disposición al penalizar el uso indebido de recursos humanos de la Administración Pública para fines privados, con una pena de dos a cuatro años de prisión e inhabilitación.

La malversación de caudales públicos protege el uso específico y la asignación legal de los recursos estatales, impidiendo que estos sean desviados hacia propósitos no autorizados por la ley o fuera de los objetivos de la Administración Pública. Este delito se configura cuando un funcionario destina los recursos a fines distintos a aquellos para los cuales fueron asignados, incluso si el desvío no implica beneficio personal. La malversación abarca el mal uso de fondos, bienes, valores o recursos materiales del Estado, y su cometido es garantizar que los recursos públicos cumplan los objetivos determinados, ya sea en el presupuesto, las políticas públicas o las directrices específicas de una entidad. En este sentido, protege no solo el valor económico de los recursos, sino también la estructura y el propósito de la función pública, asegurando que los fondos públicos se mantengan en las vías legítimas y en concordancia con las finalidades del Estado.

Ambos delitos comparten varias similitudes. Tanto el peculado como la malversación son cometidos por funcionarios que, en el ejercicio de sus funciones, tienen acceso a bienes, fondos, recursos humanos o valores de la Administración Pública. También se dirigen a la protección del patrimonio estatal, asegurando que los recursos públicos sean utilizados para los fines específicos establecidos por la ley. Además, aunque las sanciones varían en severidad, ambos delitos incluyen prisión e inhabilitación para ejercer cargos públicos, lo que refleja la importancia de proteger la Administración Pública contra estos abusos.

Existen diferencias importantes entre el peculado y la malversación. En el peculado, el funcionario se apropia o permite la apropiación de bienes públicos en su custodia con un propósito de beneficio personal o para terceros, lo cual constituye una acción de abuso de poder. Por otro lado, la malversación implica un desvío

de los recursos hacia usos no autorizados, sin que necesariamente haya un beneficio personal. Las penas también difieren, siendo el peculado más severo debido a la gravedad de la apropiación indebida. Adicionalmente, el peculado contempla agravantes en casos donde los bienes tengan valor cultural o estén destinados a emergencias, mientras que en la malversación se añade una modalidad de uso indebido de recursos humanos, que no se considera en el peculado.

En conclusión, tanto el peculado como la malversación de caudales públicos son delitos que afectan gravemente la Administración Pública en Nicaragua. Aunque ambos buscan sancionar el uso indebido de los recursos públicos, el peculado implica una apropiación con fines de beneficio personal o de terceros, mientras que la malversación se enfoca en la administración indebida de los recursos. Estas normativas reflejan el compromiso de proteger los bienes públicos y promover la transparencia en la gestión estatal, contribuyendo a fortalecer la confianza en las instituciones del país.

## PANAMÁ

### Campo Elías Muñoz Arango

*Profesor de Derecho Penal y Criminología  
Universidad de Panamá*

No hay delito que afecte más al desarrollo y al futuro de un país, y que resiente la comunidad, que el mal uso de fondos públicos, hecho que nos recuerda que hablar de malversación de caudales públicos o del Peculado como se tipifica en Panamá, nos enfrentamos a conductas que contravienen el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función pública que desempeñan los órganos del Estado, no solo en cuanto al aspecto material de la función sino también en su consideración valorativa (Muñoz Rubio, 1978).

En los recientes años un hecho representativo de esta materia para Latinoamérica ha sido el caso de ODEBRECHT que ha significado un reto para nuestros sistemas de justicia, ante conductas que no sólo implican peculado sino concurso de diversos delitos contra la administración pública y Blanqueo de Capitales.

En lo que respecta a Panamá, todavía estos casos están pendientes de sentencia a diferencia cómo si ha ocurrido en el resto de la región, por lo que en el contexto de este delito debemos partir que, en Panamá, si bien es cierto que es un delito especial, no sólo constituye, el servidor público sujeto activo de este delito, sino que es más extenso.

En este contexto analizando nuestra legislación local decía Muñoz Rubio (1978) que el sujeto activo es “todo individuo investido de funciones públicas, que tenga por objeto el servicio de la Nación, de la provincia, del municipio o de cualquier entidad descentralizada, ya sean remuneradas o gratuitas. En la medida en que se participa de la función pública es funcionario público, a efectos penales”; cosa que en la actualidad se complementa normas supletorias que recalcan que será “Cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.” (Ley 51 de 27 de diciembre de 2005).

El Código Penal de Panamá de 2007, contempla en el Título X Delitos contra la Administración Pública, Capítulo “I Diferentes Formas de Peculado” las diversas conductas que Panamá considera relevantes en función al peculado, a saber:

- a) Peculado por Sustracción o Malversación;
- b) Peculado por Aprovechamiento de Error de Otro;
- c) Peculado Culposos;
- d) Peculado de uso y aprovechamiento propio o dar ocasión a que otro se aproveche de trabajos o servicios oficiales; y
- e) Peculado por aplicación pública diferente a las previstas;
- f) Peculado por Extensión

Sobre las diversas modalidades existentes en la legislación penal panameña, ARANGO DURLING (2024), acertadamente crítica que indistintamente a las diversas modalidades que Panamá tipifica el Ministerio Público es incapaz de aplicar modalidades que no sean el Peculado por Sustracción o Malversación en su modalidad dolosa o culposa; dejando entrever que puede haber muchas más otras conductas a tomar en cuenta que no son debidamente llevadas a juicio.

Así tenemos, el artículo 338 del Código Penal, tipificación de lo que todos pensamos será por antonomasia un delito de peculado, tipificando de manera dolosa, *la sustracción o malversación*, estableciendo la norma un requerimiento que no siempre se observa con claridad pues se exige que esa sustracción o malversación de valores estatales estén bajo su administración, percepción o custodia directa, estableciendo la norma lo siguiente:

Artículo 338. El servidor público que sustraiga o malverse de cualquier forma, o consienta que otro se apropie, sustraiga o malverse de cualquier forma dinero, valores o bienes, cuya administración, percepción o custodia le hayan sido confiados por razón de su cargo, será sancionado con prisión de cuatro a diez años. Si la cuantía de lo apropiado supera la suma de cien



mil balboas (B/. 100,000.00) o si el dinero, valores o bienes apropiados estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o de apoyo social, la pena será de ocho a quince años de prisión

En lo que se refiere al *Peculado por Error o Peculado por aprovechamiento de error de otro*, el legislador determina en el artículo 339 del Código Penal de Panamá, que el servidor público puede incurrir en peculado al aprovecharse del error ajeno, para beneficio propio o de un tercero, aprovechamiento ilícito que recalca la falta de probidad del servidor público, al tenor de lo que dice la norma antes señalada de la manera siguiente:

Artículo 339. El servidor público que, en ejercicio de su cargo y aprovechándose de error ajeno, se apropie, sustraiga o utilice, en beneficio propio o de un tercero, dinero, valores o bienes nacionales o municipales será sancionado con prisión de cuatro a ocho años.

Sobre el *Peculado culposo* es necesario recalcar que el Código Penal de Panamá no sólo tipifica la conducta en función del servidor público que por falta de cuidado, negligencia o inobservancia de normas aplicables inherentes a su función cause una afectación al erario público, sino también que incluye un delito de recepción específico para todo aquel que se aproveche y devenga en un usufructo por el actuar con descuido del funcionario público, diciendo el artículo 340 lo siguiente:

Artículo 340. El servidor público que culposamente da ocasión a que se extravíen o pierdan dinero, valores o bienes, cuya administración, percepción o custodia le hayan sido confiados por razón de su cargo, o da ocasión a que otra persona los sustraiga, utilice o se apropie de ellos, en beneficio propio o de un tercero, será sancionado con prisión de tres a seis años. La persona que, aprovechándose de dicha conducta, sustraiga, utilice o se apropie del dinero, valores o bienes a que se refiere el párrafo anterior, será sancionada con prisión de cuatro a seis años

Por su parte en lo referente al *peculado de uso y aprovechamiento propio o cuando se da ocasión a que otro se aproveche de trabajos o servicios oficiales*, se puede observar la tipificación de conductas que a través de la historia han ocurrido en nuestro país y que no llegan causar afectaciones a la par del peculado por sustracción o malversación pero se tipifican por separado enfocado en la persecución casuista, que no se enfoca en la lesión patrimonial sino por el no resguardo de bienes públicos, pues no son para el uso de cualquier persona, o más bien su uso y destino deben enmarcarse en el marco legal aplicable que ya explica su uso y disposición, así establece el artículo 341, lo siguiente:

Artículo 341. El servidor público que, para fines ajenos al servicio, use en beneficio propio o ajeno, o permita que otro use dinero, valores o bienes que estén bajo su cargo por razón

de sus funciones o que se hallen bajo su guarda será sancionado con prisión de uno a tres años, o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana. La misma pena se aplicará al servidor público que utilice trabajos o servicios oficiales en su beneficio o permita que otro lo haga.

En cuanto al *Peculado por aplicación pública diferente a las previstas* en Panamá, se tipifica en vista a la programación previa y organizada que el Estado prevé para sus bienes y servicios, hecho común que se observa cuando un funcionario sale de fin de semana con el vehículo de uso exclusivo en horas y fines del Estado o aprovechando que a su cargo están bolsas de comida o enseres para fines de asistencia y los repartan a otros que no están bajo estos parámetros o desconociendo la debida prelación legal; así el artículo 342 establece los siguiente:

Artículo 342. El servidor público que dé a los caudales o efectos que administra una aplicación o función pública distinta de aquella a la cual estuvieran destinados y resulta afectado el servicio o función encomendado, será sancionado con prisión de uno a tres años. La pena será de tres a seis años de prisión, si se actúa con el propósito de obtener un beneficio propio o para un tercero, o si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o de apoyo social y resulta afectado el servicio o función encomendado.

Por último, queda mencionar el *Peculado por Extensión*, que se hace extensivo a personas que no tienen la calidad de servidor público, es decir, a ciudadanos que tienen manejo, administración o representación de bienes estatales y que deben también mantener la probidad y honradez como funcionarios públicos; hecho que en la práctica es complicado pues depende de legislaciones especiales para determinar su aplicabilidad.

Sobre este delito es importante mencionar el numeral 4, pues se tipifica en específico luego de un caso ocurrido en nuestro país donde una Oenegé recibió una donación internacional de un gobierno de un Estado que requeriría tener reconocimiento como Estado independiente con Panamá; cosa que en nuestro país no implica sentencia alguna, pero en la región centroamericana acabo con múltiples codenas de peculado y/o de blanqueo de capitales; por lo cual el artículo 343 establece:

Artículo 343. Las disposiciones de este Capítulo son extensivas:

1. A quien se halle encargado, por cualquier concepto, de fondos, rentas o efectos de una entidad pública.
2. Al particular legalmente designado como depositario de caudales o efectos públicos.
3. Al administrador o depositario de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

4. A las personas o a los representantes de personas jurídicas que se hallen encargados de administrar dinero, bienes o valores que formen parte de una donación realizada para el Estado proveniente del extranjero o hecha por el Estado para obras de carácter público y de interés social.

5. A los trabajadores de empresas de servicios públicos en las que el Estado tenga participación económica, salvo que una ley especial establezca otra situación.

Por otro lado, nuestra legislación mantiene posibilidad de atenuar la pena en casos de peculado por sustracción o malversación, peculado por aprovechamiento de error de otro y de peculado de uso y aprovechamiento propio o dar ocasión a que otros se aprovechen de trabajos o servicios oficiales, dependiendo de la ocasión podrá haber reducción a la mitad de la pena, sino de hasta una tercera parte, estableciendo lo siguiente:

Artículo 344. Cuando antes de dictarse la resolución de elevación de la causa a juicio, el responsable de los delitos descritos en los artículos 338, 339 y 341 reintegra los dineros y sus intereses, bienes o valores objeto de los delitos, la sanción se reducirá a la mitad. Si lo hace después de dictado el auto y antes de la sentencia de primera instancia, la reducción será de una tercera parte

Para finalizar nuestra intervención no podemos dejar de mencionar la desastrosa “Ley No. 351, de 22 de diciembre de 2022, “Que modifica y adiciona artículos a la ley 32 de 1984, orgánica de la contraloría general de la república, y modifica la ley 67 de 2008, que desarrolla la jurisdicción de cuentas”; pues en Panamá, sólo la Contraloría General de la República es el único ente capaz de brindar auditoría en lo que se refiere a bienes estatales, cosa que condiciona toda investigación de Delitos contra la Administración Pública

Nuestro Ministerio Público puede presentar todo tipo de pruebas, asistencias judiciales, historial de transferencias bancarias de fondos públicos a favor de terceros, pero sin contar con esa auditoría oficial no hay manera de determinar la lesión patrimonial; cosa que para colmo la ley mencionada permite al Contralor de la República decidir que auditorías iniciar y cuando archivarlas, limitando muchísimo la persecución de estos delitos.

Es lamentable reconocer que la persecución de estos delitos en Panamá depende de una congruencia entre Ministerio Público y Contraloría General de la República; resaltando un condicionado recelo en las investigaciones donde no todo elemento probatorio es de acceso de todas las partes, limitando la acusación y defensa de estos casos; para colmo con una complicada legislación aplicable para determinar quién es o no es sujeto activo de este tipo delito.

## PERÚ

**Víctor Roberto Prado Saldarriaga**

*Catedrático de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú*

*Presidente de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema del Perú*

### I. PRESENCIA DE DELITOS DE PECULADO EN EL PERÚ

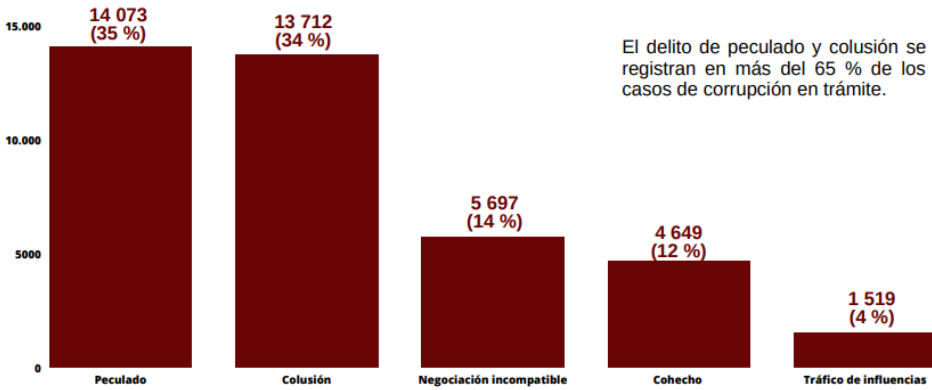
El delito de peculado tiene una presencia relevante en el Perú desde finales del siglo pasado. Además, no cabe duda que una oportunidad reciente para el repunte de la criminalidad vinculada a su realización en el Perú y otros países latinoamericanos fue la coyuntura de emergencia sanitaria generada por la pandemia del COVID-19. En ese dramático episodio la repentina virtualización de los contactos sociales y comerciales incorporó importantes riesgos que diversos organismos tuvieron en cuenta para formular alarmas al respecto. Uno de estas advertencias provino del Grupo de Acción Financiera Internacional-GAFI:

“Como resultado del esfuerzo por identificar nuevos riesgos y, derivado del monitoreo que se ha realizado con los países miembros y con la comunidad internacional (en especial concordancia con las medidas informadas por el GAFI), se han identificado algunos fenómenos que pudieran traducirse en riesgos de LA/FT derivados de la pandemia del COVID-19:

- Se prevé un posible repunte en delitos relacionados con corrupción, por ejemplo, ante la realidad actual, el estado debe destinar grandes sumas de dinero para la adquisición de los insumos que requiere el sector salud para afrontar la pandemia, por la necesidad y urgencia que supone un estado de emergencia nacional, los procedimientos de adquisición de bienes son flexibilizados, lo que supone un mayor riesgo de corrupción.
- Aumento sustancial de las operaciones financieras remotas o no presenciales y compra de productos y servicios por medios electrónicos o en línea, lo cual podría ser aprovechado por los delincuentes para realizar fraudes y delitos cibernéticos. El incremento de aprobaciones, por excepción, de realizar el negocio debido a la situación actual del mercado y con miras a no perder clientes por parte de los sujetos obligados aumenta el riesgo de abuso. Se aumenta exponencialmente el riesgo de LA y FT frente a una merma en el personal de cumplimiento de los sujetos obligado. (...)”<sup>1</sup>.

Lo pertinente de aquella advertencia también se hizo visible con lo ocurrido durante la post pandemia. En tal sentido un informe de la Defensoría del Pueblo del Perú de 2022<sup>2</sup> colocó al peculado como uno de los principales delitos que se encontraban adelantados en el sistema de justicia penal, lo que se grafica en el cuadro siguiente.

## Delitos registrados con mayor incidencia

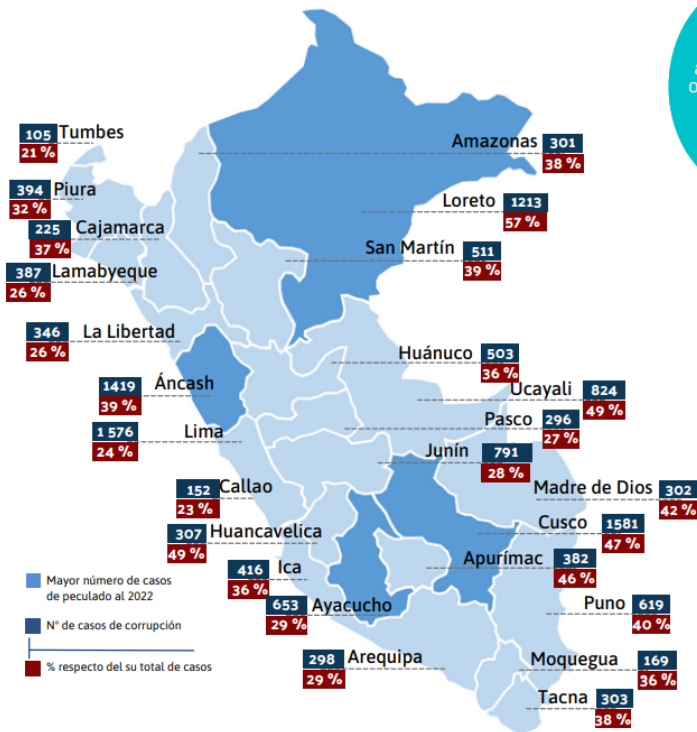


El delito de peculado y colusión se registran en más del 65 % de los casos de corrupción en trámite.

Nota: Un caso puede presentar más de un delito y un delito puede presentarse en más de un caso.

Además, cabe destacar que esa presencia de casos por delitos de peculado recorre todas las regiones y departamentos del país como se aprecia en el mapa siguiente:

## Casos de peculado por departamento



El delito de peculado se configura cuando un funcionario o servidor público se apropia o emplea de alguna manera, en beneficio propio o de terceros, fondos o recursos que le han sido confiados por la condición de su cargo.  
Art. 387 del Código Penal

**14 073**  
casos de peculado

- A nivel nacional, los departamentos de Cusco, Lima y Áncash concentran la mayor cantidad de casos de peculado.
- En el 2022, los casos de peculado incrementaron en 7 % respecto del año anterior (2021).

Ahora bien, en otro estudio realizado por la Contraloría General de la República se ha detectado también el relevante porcentaje de costo desagregado y generado al erario nacional por la corrupción administrativa entre la que se encuentran incluidos los costos producidos por los delitos de peculado. Al respecto, la citada indagación dio a conocer entre otros hallazgos lo siguiente:

“(…) que a partir de la valorización efectuada en el marco de servicios de control posterior del perjuicio ocasionado al Estado, se proyectó una medición agregada de la corrupción e inconducta funcional a nivel nacional, sobre la base de la extrapolación del perjuicio identificado sobre el monto de la materia observada en una auditoría. Haciendo este ejercicio, se identificó que alrededor del 15% de la ejecución presupuestaria

se habría perdido en un año por este fenómeno, identificando variaciones importantes entre niveles de gobierno, por sector institucional y por tipos de gasto, siendo que, por ejemplo, en obras e inversiones (i.e. genérica de gasto de activos no financieros) es donde se concentra la mayor proporción de perjuicio económico respecto de la ejecución presupuestal; y que en los sectores de transporte, educación y salud se concentran las mayores pérdidas<sup>3</sup>.

Datos estadísticos más recientes provenientes de la Procuraduría especializada en delitos de corrupción y correspondientes a setiembre de 2024 muestran también la prevalencia de los procesos en trámite por delitos de peculado. Lo cual se registra en la tabla siguiente

Casos en trámite por delitos de corrupción a septiembre 2024

N.º	Delitos	N.º de casos
1	Peculado	19,821
2	Colusión	13,592
3	Negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo	10,776
4	Cohecho	8,406
5	Malversación	2,108
6	Tráfico de influencias	1,984
7	Concusión	1,439
8	Cobro indebido	801
9	Retardo injustificado de pago	459
10	Enriquecimiento Ilícito	392

**Nota.** Por cada caso puede existir uno o más delitos.

**Elaboración.** Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción (PPEDC)<sup>4</sup>.

## II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL PECULADO EN EL PERÚ

El Código Penal de 1863 incluyó el delito de peculado en el artículo 196 del Título IX “**De la malversación de caudales públicos**” y que integraba la Sección Quinta del Libro Segundo sobre los “**Delitos Peculiares a los Empleados Públicos**”. El tipo penal y la penalidad conminada eran los siguientes:

El empleado que sustrae o consiente que otro sustraiga, los bienes, caudales u otros valores públicos confiados a su administración o custodia, será castigado con inhabilitación absoluta en tercer grado y reclusión en primero, si la sustracción fuere menor de quinientos

pesos; aumentándose un término por cada quinientos más, hasta el quinto grado.

Posteriormente el Código Penal de 1924 integro al delito de peculado en la Sección Décima Cuarta de la Parte Especial dedicada a los “**Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales**”. Concretamente este hecho punible fue ubicado en el artículo 346 y que fue objeto de sucesivas reformas, siendo su redacción final la siguiente:

El funcionario o servidor público que se apropiare o utilizaré en cualquier forma para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estuviere confiada por razón de su cargo, será reprimido con penitenciaría no mayor de veinte años e inhabilitación, conforme a los incisos 1) y 3) del Artículo 27º por doble tiempo de la condena.



La pena será de multa de diez a ciento ochenta días de renta si el delincuente por negligencia excusable, hubiere dado ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o de efectos.

Con reformas posteriores que tuvieron lugar a través de la Ley 24653 del 27 de marzo de 1987, se incorporó también en el Código Penal de 1924 un inédito delito de **peculado de uso** en el artículo 353-B. Su texto legal y penalidad fueron los siguientes:

El funcionario o servidor público que en beneficio propio o de tercero y para fines ajenos al servicio use o permita que otro use vehículos motorizados, máquinas pertenecientes a la administración pública o que se halle bajo su garantía, será reprimido con prisión no mayor de diez años e inhabilitado conforme a los incisos 1) y 3) del Artículo 27°.

No están comprendidos los vehículos motorizados asignados al servicio personal por razón del cargo.

### III. EL DELITO DE PECULADO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO DE 1991

#### III.1. Marco legal vigente

La estructura interna del Código Penal de 1991 superó técnicamente a sus antecesores en varios aspectos. En primer lugar, incluyó en la Parte Especial todo un sistema de **Delitos contra la Administración Pública** en el Título XVIII. Pero, además, distinguió con precisión tres grupos de conductas punibles: **Delitos cometidos por particulares** (capítulo I); **Delitos cometidos por funcionarios públicos** (capítulo II); y **Delitos contra la administración de justicia** (título III). Además, configuró con adecuada técnica legislativa en el artículo 425 una detallada noción penal de funcionario público. Lamentablemente las graves experiencias de corrupción de sistema que tuvo que asimilar el Perú a partir de finales del siglo XX hasta la actualidad, han determinado que sucesivas reformas en el ámbito de los delitos funcionariales obscurezcan sus avances y hayan generado normas poco coherentes o de confusa redacción<sup>5</sup>.

Los **delitos de peculado** fueron regulados en la Sección III del Capítulo II como parte de los delitos cometidos por funcionarios públicos. En el artículo 387 se tipifica y reprime el **delito de peculado doloso y culposo**. Luego, en el artículo 388, se describe también el tipo penal y la pena del **delito de peculado de uso**. Tales hechos punibles tienen el texto legal siguiente:

#### 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.

La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

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.

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.

#### 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<sup>6</sup>.

#### III.2. Consideraciones generales

Corresponde al Estado como estructura de poder y de gestión política, económica y jurídica de la sociedad, ejercer un amplio sistema de funciones que le fijan la Constitución y las Leyes. Para el adecuado funcionamiento de todo ello se construye una no menos compleja organización de instituciones, procedimientos y servicios que se manifiestan en el quehacer de los **funcionarios y servidores públicos**. A estos se delega la representación y autoridad del Estado, asignándoseles competencias y facultades generales, a la vez que va-

lores y deberes específicos o afines al ámbito concreto donde desempeñaran los actos de administración y de ejecución de los servicios estatales. A todo este conjunto funcional se le identifica como **administración pública**.

En ese complejo contexto, los actos y prácticas que resulten contrarios o impropios al ejercicio legítimo, eficiente, probo y diligente de las funciones públicas, devienen en ilícitos y pueden llegar a configurar los **delitos contra la administración pública** que se tipifican y reprimen en el Código Penal.

En torno a las características de la administración pública como bien jurídico tutelado se admite que él comprende dos esferas concéntricas de protección. La primera, de naturaleza general, corresponde al ejercicio correcto, legítimo e imparcial de las funciones y servicios públicos que le toca ejecutar y brindar a la administración estatal a través de sus órganos competentes (funcionarios o servidores). Y, la segunda, se representa como un amplio conjunto de principios, deberes y prohibiciones específicas que deben observar los funcionarios públicos en todos los ámbitos de competencia, niveles, instancias y procedimientos. Estos valores y deberes especiales suelen integrarse en los protocolos de actuación y códigos de ética que orientan el ejercicio de la función pública. En lo esencial, a través de ellos se exige probidad, lealtad, diligencia, honestidad y legitimidad en el obrar funcional de quienes representan y materializan los actos de la administración pública. Como bien destaca la doctrina nacional sobre la materia, cada delito funcional contra la administración pública coloca al potencial autor con una constelación específica de esos principios, deberes y prohibiciones y que han de infraccionarse o frustrarse con su actuación delictiva. Por tanto, tales componentes éticos operan también como bienes jurídicos específicos<sup>7</sup>. Tratándose de los delitos de peculado lo que se resulta infraccionado se vincula con los deberes funcionariales probidad, lealtad, diligencia, honestidad.

### III.3. Características típicas y penalidad

Una característica esencial de los delitos de peculado en el Código Penal peruano es que su autor debe ser un funcionario o servidor público. Esto es, requieren de un **autor especial** que con su conducta infracciona deberes propios del cargo que ostenta o abusa de las facultades y atribuciones que ejerce a nombre o por delegación del Estado. En el artículo 425 el Código Penal se identifica que tienen la condición de **funcionarios o servidores públicos** los siguientes:

- Los que integran la carrera administrativa.
- Quienes ejercen cargos políticos o de confianza.
- Todo aquél que mantiene vínculo laboral o contractual con entidades y organismos del Estado sea cual fuere su régimen laboral específico. También se asimila a esta categoría a los que realizan funciones en empresas del Estado o sociedades de economía mixta integradas en la actividad empresarial del Estado.
- Los administradores y depositarios de caudales o bienes embargados o depositados por autoridad competente aún en el caso de que pertenezcan a personas particulares.
- Los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional cualquiera que sea su régimen, jerarquía o grado.
- Aquellos otros a los que la Constitución y las leyes también otorgan tal calidad.

Ahora bien, la intervención de terceros (*extraneus*) que no tienen la calidad de funcionarios públicos que exige la ley para ser autor del delito, debe ser reprimida a título de complicidad primaria o necesaria en relación al mismo hecho punible funcional (unidad del título de imputación). Esta conexión del partícipe ha sido validada expresamente en el párrafo tercero artículo 25 del Código Penal (“El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él”)<sup>8</sup>.

El delito de peculado es un delito doloso, pero se ha introducido también una modalidad culposa en el párrafo cuarto del artículo 387. Sobre sus características típicas fundamentales y la penalidad conminada para el delito de peculado hacemos un breve detalle a continuación<sup>9</sup>.

Como se indicó la ley penal peruana criminaliza 387 el delito de peculado en el artículo. Se considera que configuran este delito todos los actos que constituyen modos de apropiación o utilización ilegal de los bienes y recursos estatales. Los cuales recibe, administra o custodia el funcionario público por razón del cargo que desempeña. Es, pues, un delito que afecta el patrimonio del Estado. El autor del delito obtiene de esta manera un beneficio ilegal para sí o para un tercero al hacer de su propiedad o ceder sin derecho a terceros tales caudales o efectos públicos. Él funcionario, pues, actúa dolosamente y premunido de un *animus rem sibi habendi* o ánimo de apropiación de los bienes públicos que por rol funcional o de facto

administra o custodia. El delincuente, pues, procura incrementar su patrimonio o el de terceros afectando para ello el patrimonio estatal.

Cabe señalar también que en el artículo 392 del Código Penal peruano se incluye también una modalidad especial de peculado que la doctrina identifica como peculado por extensión<sup>10</sup>. La tipificación y sanción de esta modalidad delictiva es la siguiente:

Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387° a 389°, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

Ahora bien, cuando el valor de los bienes estatales objeto del delito de peculado sobrepasa el equivalente a diez unidades impositivas tributarias; o cuando ellos estaban destinados a fines asistenciales o de apoyo social se configuran circunstancias agravantes específicas que determinan una penalidad más severa<sup>11</sup>.

### III.4. El problema jurisprudencial de los viáticos

Es de mencionar que en el Acuerdo Plenario N 7-2019/CJ-116, del 10 de setiembre de 2019, la Corte Suprema analizó la **problemática de los viáticos** como objeto para la configuración del delito de peculado. Al respecto se precisó que los montos de los viáticos no tienen la condición de caudales públicos entregados al funcionario bajo un régimen de o administración. Para el Tribunal Supremo la libre disposición de los caudales percibidos como viáticos los hace incompatibles con el concepto de administrar dinero para fines estatales. En ese sentido, la propia naturaleza de los viáticos permite advertir que el dinero que es entregado en tal condición a un funcionario público para solventar gastos de movilidad, alimentación y hospedaje, tiene la calidad de transferencia en disposición y no de posesión o administración, lo que los hace distintos de los presupuestos del objeto de acción previsto para el peculado. Asimismo, se destacó que aun cuando no pueda configurarse el delito de peculado, es posible la configuración de otros delitos: “**43.** Cuando la conducta que despliega el agente público consiste en sustentar con comprobantes espurios de manera fraudulenta, gastos que jamás se hicieron, y de ese modo, lograr ilícitamente quedarse con dinero público. En realidad, estaría cometiendo los delitos de falsificación de documentos (primer párrafo

del artículo 427 del Código Penal), uso de documento falsos (segundo párrafo del artículo 427 del Código Penal) o falsedad genérica (artículo 438 del Código Penal), según corresponda y no delito de peculado por apropiación”. Igualmente, la Corte Suprema señaló también que “**47.** (...) la sola omisión de rendir total o parcialmente cuentas revela en el Perú una posible conducta reacia, tal vez deshonesta, pero sin suficiente entidad como para fundar una imputación penal y menos una condena por delito de peculado, debido a la naturaleza especial de los viáticos, y debe ser separada de la práctica desleal de apropiarse dinero de las arcas del Estado pretextando una misión irreal o fraguada para tal fin”. Por consiguiente para imputar la comisión delictiva de un peculado será necesario identificar si se cumplió o no con la comisión encargada. En efecto, si se cumplió la comisión encomendada la omisión o defectos en la rendición de cuentas o sustentación de los gastos realizados sólo debe generar acciones de control o sanción de tipo administrativo más no configurar el delito de peculado.

Ahora bien, en el párrafo final del artículo 387, el Código Penal sanciona también como **peculado culposo** la conducta negligente del funcionario o servidor público que facilita o permite la sustracción por terceros de dinero u otros bienes del Estado sobre los cuales ha recibido la responsabilidad de preservarlos y resguardarlos con diligencia. La ley agrava la pena si los caudales o efectos sustraídos tenían un destino de asistencia social. Para estos casos la norma penal no ha considerado el monto relevante del perjuicio económico como un indicador de eficacia agravante.

La **penalidad** que contempla la ley para las modalidades del delito de peculado es conjunta y considera tres clases de penas aplicables: privativa de libertad temporal, multa e inhabilitación. Este último tipo de sanción penal conlleva la pérdida definitiva del cargo que desempeñaba el autor del delito, así como la incapacidad para ejercer en el futuro funciones públicas. Al respecto el Decreto Legislativo 1243, del 21 de octubre de 2016, ha incorporado también una forma de inhabilitación perpetua con un mínimo de duración de 25 años. Además para los autores y partícipes del delito de peculado no es posible la suspensión de la ejecución de la pena (artículo 57).

Cabe destacar también que para los delitos de peculado por afectar el patrimonio del Estado los plazos de prescripción de la acción penal se duplican (artículo 80 del Código Penal). No obstante, es de mencionar que alcanza también a los delitos de peculado lo dispuesto

en el párrafo final del artículo 41 de la Constitución: “La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves conforme al principio de legalidad”, Sin embargo esta enmienda constitucional que fue introducida por el artículo único de la Ley 20650 no ha tenido aún una ley ordinaria que precise aquellos supuestos graves.

#### Notas:

1 Comunicado del GAFILAT sobre Covid-19 y sus riesgos asociados de LA y FT. Buenos Aires, 8 de abril de 2020.

2 Defensoría del Pueblo. Reporte Mapas de la corrupción N.º 01 – 2023, pp.1,3-4. Puede consultarse en file:///C:/Users/pjudicial/Desktop/Reporte%20casos.pdf

3 Nelson Shack Yalta, Jennifer Pérez Pinillos, Luis Portugal Lozano. Cálculo del tamaño de la corrupción y la conducta funcional en el Perú: Una aproximación exploratoria. Documento de Política en Control Gubernamental. Contraloría General de la República. Lima, 2020, p. 56.

4 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Boletín Estadístico 2024 III Trimestre. Casos de Competencia de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción (PPE-DC). Puede consultarse en: <https://procuraduriaanticorruptcion.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2024/11/1-Bolet%C3%ADn-estad%C3%ADstico-III-trim-2024.pdf>

5 Sobre las particularidades, morfología y características de los delitos contra la administración pública en la legislación peruana véase: Raúl Ernesto Martínez Huamani (Director). Delitos contra la administración pública. Debates fundamentales. Gaceta Jurídica. Lima. 2022; Alonso Peña Cabrera Freyre-Cristian Salas Beteta. Aspectos sustantivos y la prueba en los delitos contra la administración pública. Instituto Pacífico. Lima. 2023.

6 Sobre las características del delito de peculado de uso Ramiro Salinas Siccha. Delitos contra la administración pública. Sexta Edición. Editorial Iustitia. Lima 2023, pp.487-503

7 Diferente Ramiro Salinas Siccha. Delitos Contra la Administración Pública. Ob. Cit., pp. 6-8.

8 Sobre estos aspectos José Leandro Reaño Peschiera. Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias. Jurista editores. Lima 2009, pp.19-45.

9 Sobre las características específicas del delito de peculado ver: Raúl Ernesto Martínez Huamán. Delito de peculado. Cuestiones nucleares. En Raúl Ernesto Martínez Huamán (Director). Delitos contra la administración pública. Debates fundamentales. Ob. Cit, pp.283-322; Alonso Peña Cabrera Freyre-Cristian Salas Beteta. Aspectos sustantivos y la prueba en los delitos contra la administración pública. Ob. Cit., pp.107-169.

10 Sobre este delito Raúl Ernesto Martínez Huamán Delitos de peculado. Doctrina y jurisprudencia Editores del Centro. Lima. 2023, pp.225-245.

11 Ver supuestos y características de las circunstancias agravantes de este delito en Ídem. pp.102-105.

## POLONIA

**Blanka Julita Stefańska**

*Profesora de la Universidad Lazarski*

*Polonia: El delito de malversación o peculado*

### I. INTRODUCCIÓN

El código penal polaco<sup>1</sup> no prevé expresamente el delito de malversación o peculado, o sea, el delito cometido por un funcionario público que consiste en la apropiación o uso ilegal de los bienes y recursos del Estado que recibe o administra. Tal conducta constituiría en Polonia el delito de exceso en derechos u omisión de deberes, tipificado en el art. 231 CPP<sup>2</sup>. El tipo básico consiste en el exceso en derechos u omisión de deberes por parte del funcionario público que actúe en perjuicio del interés público o privado. El tipo cualificado requiere además que el funcionario público actúe con el fin de obtener un beneficio económico o personal. El tipo privilegiado prescribe que la actuación por parte del funcionario público que comete el delito en tipo básico sea imprudente y además que con su conducta cause daño importante. El delito del art. 231 CPP queda regulado en el capítulo denominado “Delitos contra la actividad de instituciones estatales y de autogobierno local”

### II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido por este delito es el funcionamiento correcto de las instituciones estatales y de autogobierno territorial, así como la autoridad dimanante de ellas<sup>3</sup>. También queda protegido el interés del poder público, cuya imagen —en la percepción social— queda rajada con la conducta que consiste en exceso en derecho u omisión de deber<sup>4</sup>. La doctrina afirma también que el bien jurídico protegido consiste en la regularidad de las funciones desempeñadas por los funcionarios públicos<sup>5</sup>.

Además, se puede distinguir el bien jurídico protegido accesorio que es el interés público o privado en perjuicio del cual actúa el funcionario, dado que el delito tipifica la conducta de abuso de poder (confianza) por parte del funcionario público<sup>6</sup>.

Teniendo en cuenta que el tipo tiene como el fin proteger el funcionamiento correcto de las instituciones estatales y de autogobierno territorial ante actuaciones legalmente defectuosas de sus funcionarios, la violación del art. 231 CPP se da con más frecuencia en los delitos de negligencia o de daños económicos dolosos (entonces queda posible el concurso con los delitos de



corrupción), pero también puede tratarse de actuaciones de funcionarios dirigidas para perturbar el orden estatal constitucional.

La violación o peligro para el interés público o privado comprende no sólo intereses económicos de órganos estatales, de autogobierno territorial o de las personas privadas, pero también el funcionamiento correcto de estas instituciones, por lo que el bien jurídico protegido es bastante amplio.

### III. TIPO OBJETIVO

Este delito en su tipo básico puede realizarse mediante la actuación de un funcionario público en perjuicio de interés público o privado, que tiene lugar mediante el exceso en sus derechos u omisión de sus deberes. La construcción del tipo objetivo del hecho prohibido del art. 231 determina el ámbito de criminalización y requiere dos elementos de la conducta delictiva que han de aparecer conjuntamente. Primero, el hecho ha de consistir en el exceso en derechos o la omisión de deberes y segundo, el autor ha de actuar en perjuicio del interés público o privado<sup>7</sup>, que tiene lugar cuando de la conducta del funcionario podrá surgir daño en el interés público o privado. Se trata de cualquier acción u omisión que conduzcan a la producción de daño. El mero exceso en derechos u omisión de deberes puede resultar únicamente en responsabilidad disciplinaria del funcionario público<sup>8</sup>.

#### III.1. Exceso en derechos

El exceso en derechos puede aparecer como actuación en el marco de las competencias, pero contraria a los requisitos legales de la acción emprendida<sup>9</sup>, o como actuación fuera del marco de las competencias del funcionario público, pero relacionada con la función pública desempeñada por éste que constituya el aprovechamiento de los derechos resultantes de dicha actuación<sup>10</sup>. La conducta de exceso en derechos, como regla general, puede ocurrir sólo en el marco de la actividad oficial y comprende sólo las acciones de carácter oficial que se refieran a las personas o bienes, frente a los cuales el autor actúa como el funcionario público<sup>11</sup>. Los ejemplos de exceso en derechos son: expedir un acto administrativo sin fundamento legal, expedir acto administrativo de contenido disconforme con la normas vigentes aplicables, infringir los principios fundamentales a la hora de tramitar un caso, tales como principio de no discriminación, principio de adecuación de medidas para la consecución de un fin etc<sup>12</sup>. El exceso en derechos de un funcionario público son las

conductas que constituyen el aprovechamiento, abuso de las competencias que le han sido asignadas. Se trata de conductas que aparentan ser legales, conformes con derecho<sup>13</sup>.

Para determinar que el funcionario público excedió en sus derechos requiere no sólo la comprobación que su acto esté fuera de sus competencias pero también que esté vinculado formal o sustancialmente con su actividad profesional<sup>14</sup>.

Según la jurisprudencia, la expresión “abuso de derechos” es más amplia que “exceso en derechos” (prescrita en el art. 231 § 1 CPP) e incluye tanto actuaciones que excedan sus competencias, como actuaciones que formalmente estén incluidas en sus competencias, pero que sean contrarias al interés del poderdante o a las obligaciones de “buen patrón” que son p.ej. cuidar de intereses del poderdante a la hora de llevar a su favor actividad económica para que le cause beneficio y no pérdidas<sup>15</sup>.

#### III.2. La omisión de deberes

La omisión de deberes consiste en no emprender una acción que pertenece a las competencias de una persona determinada y cuya realización en una situación concreta es obligatoria. La omisión de deberes que constituye el delito del art. 231 CPP ocurre cuando, p. ej. el funcionario público queda obligado a denunciar un delito perseguido de oficio y no lo hace, a pesar de que sabe que fue cometido y sabe que al no hacerlo omite sus deberes y por tanto actúa en perjuicio del interés público o privado<sup>16</sup>.

La jurisprudencia señala que el deber del funcionario puede tener carácter general (o sea, aplicable a todos funcionarios públicos o funcionarios de un grupo determinado), especial (o sea, aplicable a un servicio concreto, p. ej. policía) o individual (o sea, aplicable a una persona determinada)<sup>17</sup>. Dentro de los deberes generales están las obligaciones que resultan de la misma naturaleza del cargo. La omisión de deberes se refiere a casos, cuando el funcionario público no emprende acciones determinadas a pesar que queda obligado a ello por la ley. La omisión de deberes, según la doctrina, ha de entenderse tanto como la omisión de realizar un deber impuesto al funcionario público como su ejecución defectuosa<sup>18</sup>; también puede consistir en actuación, en caso la obligación consista en abstenerse de emprenderla<sup>19</sup>.

La jurisprudencia estima que para valorar la comisión de delito del art. 231 CPP no es necesario que se anule previamente un acto o que se declare la nulidad

de acto o resolución, ya que esto no impide que se demuestre que la expedición de tales decisiones tuvo lugar como consecuencia de omisión de deberes por el funcionario público, sobre todo si se trata de un delito imprudente<sup>20</sup>.

### III.3. Ámbito de competencias

No cualquier exceso en derechos u omisión de deberes implica la responsabilidad penal del funcionario público en virtud del art. 231 CPP, sino que tal conducta ha de tener lugar en el marco de competencias dominantes que les corresponden a las instituciones a las que pertenece el funcionario en cuestión<sup>21</sup>. La doctrina sostiene que el delito prescrito en el art. 231 § 1 CPP remite a la normativa extralegal que sirve de base para determinar el ámbito de obligaciones y derechos de un determinado funcionario público, por lo que el art. 231 prescribe un delito no determinado, no describe la conducta delictiva<sup>22</sup>.

De acuerdo con el art. 7 de la Constitución de la República de Polonia, los órganos de autoridad pública actúan en virtud y en el marco legal, lo que significa que emprenden acciones, preservando valores ahí expresados de la manera que no afecte los principios de organización del Estado. La Constitución de la República de Polonia es una fuente de obligaciones no sólo de carácter general, sino también particular para los funcionarios<sup>23</sup>.

En cada caso hay que tener en cuenta las fuentes de derechos y deberes del funcionario público, ya que definen el espacio legal en el cual deberá moverse y sirven para determinar si ha infringido estos derechos o deberes. Como fuente de estos derechos y deberes se consideran no sólo normas legales, pero también reglamentos internos, órdenes individuales, así como costumbre y la práctica en la institución en cuestión. La doctrina afirma que el derecho o el deber puede resultar también de las normas generales de actuación con el bien jurídico determinado, basadas en el conocimiento y experiencia<sup>24</sup>.

### III.4. Actuación en perjuicio de interés público o privado

La constatación que el autor se usurpó un derecho que no le correspondía no es suficiente para la comisión de delito del art. 231 § 1 CPP. El mero exceso en derecho u omisión de deber no constituye el tipo del art. 231 § 1 CPP, ya que es además necesario que el funcionario actué en perjuicio de interés público o privado<sup>25</sup>.

La actuación en perjuicio de interés público o privado significa una probabilidad seria y concreta (peligro) de que se produzca daño en los bienes jurídicos protegidos de la sociedad o en los bienes individuales. Es un delito de peligro concreto, de resultado; se caracteriza por el resultado en forma de peligro de causar daño en el interés público o privado<sup>26</sup>. El daño se entiende de forma amplia. No se trata exclusivamente del daño económico, pero de cualquier puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos, por lo que cabe el daño moral<sup>27</sup>. La jurisprudencia sostiene que el daño puede consistir en cuestionar (incluso potencialmente) la buena opinión sobre una institución<sup>28</sup>.

El interés significa beneficio, utilidad. El interés público es el interés general de los ciudadanos, de ciertos grupos sociales, interés de asociaciones de derechos público, de autoridad y oficinas estatales y de autogobierno territorial<sup>29</sup>. El interés público o privado, entendido en virtud del art. 231 § 1 CPP ha de fundamentarse en el derecho sustancial.

La actuación en perjuicio puede ser no sólo activa, pero también omisiva<sup>30</sup>. La “actuación en perjuicio de interés público o privado” no constituye el resultado de la conducta del autor, incluso si se pone en peligro un interés concreto. Se trata de una característica de la conducta en sí. Significa que la infracción de las normas de competencia está vinculada con la probabilidad de causar daño en el interés público o privado tutelado. Por lo tanto, es necesario determinar que el interés público o privado está tutelado legalmente y las normas infringidas por el funcionario forman parte del ámbito de esta tutela. Entre la violación de deberes de funcionario y la situación de peligro para el interés público o privado ha de existir un adecuado nexo causal.

### III.5. Tipo cualificado

El tipo cualificado se caracteriza por la finalidad de la conducta del funcionario público que consiste en obtener beneficio económico o personal<sup>31</sup>. El código penal prescribe que por el beneficio económico o personal se entiende el beneficio tanto para sí mismo como para otro (art. 115 § 4 CPP). La jurisprudencia entiende que el beneficio económico consiste en incrementar los activos del patrimonio o disminuir los pasivos, asumiendo que el patrimonio lo constituyen todos los derechos que tengan valor susceptible de expresar en dinero<sup>32</sup>. Lo que caracteriza a todos los beneficios es la posibilidad de satisfacer con ellos necesidades de uno. El beneficio económico permite satisfacer necesidades de carácter material<sup>33</sup>. El beneficio económico

se refiere a beneficio ilegal, no al beneficio económico que corresponda al autor. El beneficio económico para otra persona puede ser, en particular, el beneficio económico del vendedor, del cual autor adquiere droga<sup>34</sup>. El criterio para diferenciar el beneficio económico del beneficio personal consiste en determinar si el beneficio tiene un valor económico, o sea, se puede expresar en dinero<sup>35</sup>. El beneficio económico puede vestir varias formas, p.ej. dinero, objeto, servicio, derecho patrimonial, liberación de deuda, renuncia de reclamación, préstamo sin intereses u otro contrato ventajoso<sup>36</sup>.

El beneficio personal se caracteriza por falta de valor económico, o sea, no se expresa en dinero y satisface necesidades de carácter inmaterial. Puede consistir en ayuda para obtener un cargo de prestigio en una organización social, facilitar contacto de una persona, recibir una medalla, vacaciones adicionales, limitar sus obligaciones en el trabajo<sup>37</sup>.

### III.6. Tipo privilegiado

El tipo privilegiado previsto en el art. 231 § 3 CPP es un delito imprudente, de resultado. Requiere que se produzca el resultado en forma de daño importante, ocasionado por la actuación del funcionario público. El funcionario público no tiene la intención de exceder en su derecho u omitir un deber, ni actuar en perjuicio de interés público o privado, sin embargo comete este delito debido a un error en cuanto al ámbito de sus derechos u obligaciones o bien es inconsciente de que tal exceso en derecho u omisión de deber esté vinculado con la actuación en perjuicio de interés público o privado. El sujeto ha de prever tal actuación en perjuicio de interés público o privado, dicha previsión debe ser objetiva<sup>38</sup>.

Según la jurisprudencia, la infracción de las normas técnicas no es suficiente para que surja la responsabilidad penal, incluso por el tipo del art. 231 § 3 CPP. La actuación u omisión del órgano de administración pública tendrá la consideración de este delito, cuando el funcionario, actuando sin el ánimo de violar el interés público o privado, lo hace sin embargo por no preservar las reglas de actuación adecuadas y por lo tanto causa un daño importante<sup>39</sup>.

El daño puede ser tanto económico como personal<sup>40</sup>. El daño importante es un concepto sometido a valoración por el Tribunal. En caso el funcionario público cause daño de carácter exclusivamente económico, habrá que tener en cuenta la situación económica del perjudicado, pero también el daño ha de cumplir con la definición del valor importante, prevista en el art. 115

§ 5 CPP<sup>41</sup>. El carácter importante del daño económico ha de valorarse teniendo en cuenta sobre todo su importe, expresado en dinero, aunque hay que considerar también el significado del daño para el perjudicado. El daño económico importante ha de ser un daño que cause perjuicio en el patrimonio de la institución perjudicada o de la persona perjudicada. Asimismo, deberá expresar un valor de tal importancia para que en la práctica no se penalicen casos de imprudencia cuando el daño en el interés público o privado sea irrelevante<sup>42</sup>. En cambio, el valor del daño personal podrá determinarse considerando, cómo la acción le afectó al perjudicado<sup>43</sup>.

El carácter importante del daño ha de ser valorado al día de la comisión del delito<sup>44</sup>.

### IV. SUJETO

Este delito lo puede cometer sólo el funcionario público. Es un delito especial. La definición del funcionario público está plasmada en el art. 115 § 13 CPP<sup>45</sup>. La definición legal del funcionario público es completa y constituye un *numerus clausus*, por lo que el delito del art. 231 CPP puede ser cometido sólo por la persona que está incluida en una de las categorías enumeradas en el art. 115 § 13 CPP<sup>46</sup>.

La jurisprudencia afirma el carácter completo de la definición legal del funcionario público prevista en el art. 115 § 13 CPP, ya que enumera todos los elementos del concepto definido. Esto quiere decir que el funcionario público no puede ser una persona que no pertenece a ninguna de las categorías indicadas en este precepto y la posibilidad de asignar tal calidad implica que la persona tiene la consideración de funcionario público<sup>47</sup>.

A título de ejemplo, el precepto enumera a los notarios, jueces, embargadores, síndicos, funcionarios de policía, funcionario de prisiones o empleados de la administración estatal o de autogobierno territorial.

### V. TIPO SUBJETIVO

El delito en su tipo básico puede ser cometido sólo dolosamente, o sea, el autor conscientemente infringe las normas y obligaciones resultantes de ellas, o bien estando consciente de que puede infringirla, lo consiente (dolo eventual). Con razón sostiene la jurisprudencia y la doctrina que para imputar el delito del art. 231 § 1 CPP, el dolo de funcionario público ha de englobar tanto el exceso en sus derechos u omisión de deberes, como el hecho de que actúa en perjuicio del interés público o privado<sup>48</sup>. El funcionario público ha de ser consciente de las competencias que le correspondan y

de su ámbito, de su deber o derecho resultante de estas competencias y del hecho que actúa en perjuicio del interés público o privado a la hora de exceder en sus derechos o incumplir con sus deberes. Dicho de otro modo, para el delito del art. 231 § 1 CPP es preciso demostrar que a pesar de que el sujeto sea consciente de dichas circunstancias, quiere exceder en sus derechos u omitir su obligación, o bien lo consiente. Por lo tanto, hay que determinar el ámbito de dichos derechos y obligaciones<sup>49</sup>. La omisión de un deber concreto por un funcionario público puede constituir el delito del art. 231 § 1 CPP cuando el funcionario en el marco de sus actuaciones y competencias oficiales queda obligado a cumplir con este deber y está consciente de ello, pero no lo hace<sup>50</sup>.

El tipo agravado del art. 231 § 2 CPP se caracteriza por una actitud psíquica particular, o sea, el autor actúa con un objetivo, lo que determina que este delito puede ser cometido sólo con dolo directo<sup>51</sup>. Por lo tanto, el dolo del autor ha de comprender tanto el exceso en derecho u omisión de deber, como la actuación en perjuicio del interés público o privado con el fin de obtener beneficio económico o personal<sup>52</sup>.

El delito del art. 231 § 3 CPP puede cometerse sólo por imprudencia. El funcionario público no tiene la intención de exceder en sus derechos o de incumplir con una obligación, ni de actuar en perjuicio del interés público o privado, sin embargo lo hace debido a un error en cuanto al ámbito de sus derechos u obligaciones o por inconciencia de que tal exceso en sus derechos u omisión de sus deberes tendrá como consecuencia la actuación en perjuicio del interés público o privado<sup>53</sup>. Según el Tribunal Supremo, la previsibilidad de actuar en perjuicio del interés público o privado en el delito del art. 231 § 3 ha de ser entendida de forma objetiva<sup>54</sup>.

## VI. PENA

El tipo básico (art. 231 § 1) está castigado con la pena de privación de libertad de 1 mes hasta 3 años. El tipo agravado se castiga con la pena de privación de libertad de 1 año hasta 10 años. El tipo privilegiado se castiga con la pena de multa, pena de restricción de libertad o pena de privación de libertad de hasta 2 años.

Los delitos previstos en el art. 231 § 1-3 CPP son delitos de menor gravedad<sup>55</sup>. Las penas previstas por estos delitos permiten aplicar a los autores del tipo básico y privilegiado el sobreseimiento condicional de proceso penal (art. 66 CPP). En caso de condena por cualquiera de los tipos previstos en el art. 231 CPP, el Tribunal podrá suspender la ejecución de la pena (art. 69 CPP).

## VII. OTROS TIPOS DELICTIVOS SUSCEPTIBLES DE SER CONSIDERADOS COMO EL DELITO DE MALVERSACIÓN

La jurisprudencia a veces califica conductas susceptibles del delito del art. 231 CPP como el delito de abuso de confianza en el tráfico económico, previsto en el art. 296 CPP<sup>56</sup>. El criterio básico que distingue el delito de abuso de confianza tipificado en el art. 296 § 1-4 CPP del delito de exceso en derechos u omisión de deberes en perjuicio del interés público o privado, penalizado en el art. 231 § 1-3 CP es la infracción de competencias por el funcionario público en otro ámbito de actuación de instituciones estatales o de autogobierno local. Dependiendo de diferentes campos de esta actividad, el funcionario público desempeña varios papeles. Por lo tanto, si el exceso en derecho u omisión de deber tuvo lugar dentro del ámbito de poderes correspondientes a dichas instituciones, entonces comete el delito de exceso en derecho y el fundamento de penalización es sólo el art. 231 CPP. En cambio, si el funcionario público se ocupa en virtud de la ley o de decisión de órgano correspondiente de asuntos patrimoniales o de actividad económica de instituciones estatales o de autogobierno local en el ámbito de la actividad económica desarrollada por ellas como sujetos económicos, la producción de un daño como resultado de exceso en derechos u omisión de deberes constituirá el llamado delito de abuso de confianza en el tráfico económico<sup>57</sup>.

Si la malversación consiste en falsificar los documentos que deban reflejar la situación económica de la entidad pública o la información contenida en los mismos para causar un perjuicio económico, podrá considerarse como el delito de falsificación de documentos, previsto en el art. 271 CPP<sup>58</sup>.

Cabe también calificar ciertas conductas del funcionario público como el delito de apropiación indebida, previsto en el art. 284 CPP<sup>59</sup>, p. ej. cuando el funcionario se apropia de patrimonio público para sí mismo.

### Notas:

1 Ley de 6 de junio de 1997 Código Penal (B.O. de 2024, asiento 17, con cambios posteriores), en adelante CPP.

2 Art. 231. § 1. Funcionario público que, excediendo en sus derechos u omitiendo sus deberes, actúe en perjuicio de interés público o privado, será castigado con la pena de privación de libertad de hasta 3 años.

§ 2. Si el autor comete el hecho previsto en el § 1 con el fin de obtener beneficio económico o personal, será castigado con la pena de privación de libertad de un año hasta 10 años.

§ 3. Si el autor del hecho previsto en § 1 actúe imprudentemente y cause daño importante, será castigado con la pena de



multa, pena de restricción de libertad y pena de privación de libertad de hasta 2 años.

§ 4. El § 2 no se aplicará, si el hecho cumple con los elementos del tipo previsto en el art. 228<sup>o</sup> El § 4 es una cláusula de subsidiariedad. Esto quiere decir que en caso de concurso cumulativo de delito de corrupción pasiva (art. 228 CPP) con el tipo cualificado de delito de exceso en derecho u omisión de deberes (art. 231 §2 CPP), el funcionario responderá sólo por el delito de la corrupción pasiva.

3 M. Kulik [en:] Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, (dir.) M. Mozgawa, LEX/el. 2024, art. 231.

4 J. Giezek [en:] D. Gruszecka, K. Lipiński, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Varsovia 2021, p. 888.

5 M. Szwarczyk [en:] Kodeks karny. Komentarz, (dir.) T. Bojarski, Varsovia 2016, p. 683.

6 P. Zakrzewski [en:] Kodeks karny. Komentarz, (dir.) J. Majewski, Varsovia 2024, p. 1142.

7 J. Giezek [en:] D. Gruszecka, K. Lipiński, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Varsovia 2023, p. 889.

8 E. M. Guzik-Makaruk, E. W. Plywaczewski [en:] Kodeks karny. Komentarz, (dir.) M. Filar, Varsovia 2016, p. 1388.

9 Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2007, IV KK 93/07, LEX núm. 265807, A. Lach [en:] Kodeks karny. Komentarz, (dir.) V. Konaraska-Wrzosek, Varsovia 2023, p. 1208.

10 E. M. Guzik-Makaruk, E. W. Plywaczewski [en:] Kodeks karny. Komentarz, (dir.) M. Filar, Varsovia 2016, p. 1388.

11 J. Giezek [en:] D. Gruszecka, K. Lipiński, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Varsovia 2021, p. 890.

12 A. Barczak-Oplustil, M. Iwański [en:] Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część II. Komentarz do art. art. 212-277d, (dires.) W. Wróbel, A. Zoll, Varsovia 2017, p. 273.

13 A. Barczak-Oplustil, M. Iwański [en:] Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część II. Komentarz do art. art. 212-277d, (dires.) W. Wróbel, A. Zoll, Varsovia 2017, p. 276.

14 Sentencia del Tribunal de Apelación en Wrocław de 23 de enero de 2019, II AKA 405/18, LEX núm. 2620792.

15 Sentencia del Tribunal de Apelación en Varsovia de 27 de noviembre de 2018, II AKA 378/18, LEX núm. 2601101.

16 Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008, WA 1/08, OSNKW 2008, núm. 4, asiento 31.

17 Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2016, V KK 388/15, LEX núm. 2046083, J. Giezek [en:] D. Gruszecka, K. Lipiński, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Varsovia 2021, p. 890.

18 Z. Kallaus, Przystępne nadużycie władzy, Varsovia 1982, p. 136; P. Zakrzewski [en:] Kodeks karny. Komentarz, (dir.) J. Majewski, Varsovia 2024, p. 1143; J. Giezek [en:] D. Gruszecka, K. Lipiński, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Varsovia 2021, p. 890; E. M. Guzik-Makaruk, E. W. Plywaczewski [en:] Kodeks karny. Komentarz, (dir.) M. Filar, Varsovia 2016, p. 1388.

19 M. Szwarczyk [en:] Kodeks karny. Komentarz, (dir.) T. Bojarski, Varsovia 2016, p. 683.

20 Sentencia del Tribunal de Apelación en Poznań de 11 de diciembre de 2019, II AKA 22/19, LEX núm. 3070025.

21 Sentencia del Tribunal de Apelación en Szczecin de 21 de diciembre de 2017, II AKA 172/17, LEX núm. 2686679.

22 J. Giezek [en:] D. Gruszecka, K. Lipiński, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Varsovia 2021, p. 887.

23 P. Zakrzewski [en:] Kodeks karny. Komentarz, (dir.) J. Majewski, Varsovia 2024, p. 1143.

24 A. Barczak-Oplustil, M. Iwański [en:] Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część II. Komentarz do art. art. 212-277d, (dires.) W. Wróbel, A. Zoll, Varsovia 2017, p. 272.

25 Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2015, WA 6/15, LEX núm. 1770919.

26 Acuerdo del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2013, I KZP 24/12, OSNKW 2013, núm.2, asiento 12.

27 E. M. Guzik-Makaruk, E. W. Plywaczewski [en:] Kodeks karny. Komentarz, (dir.) M. Filar, Varsovia 2016, p. 1388; J. Giezek [en:] D. Gruszecka, K. Lipiński, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Varsovia 2021, p. 890.

28 Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008, WA 18/08, OSNwSK 2008, núm. 1, asiento 1075.

29 J. Giezek [en:] D. Gruszecka, K. Lipiński, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Varsovia 2021, p. 890.

30 E. M. Guzik-Makaruk, E. W. Plywaczewski [en:] Kodeks karny. Komentarz, (dir.) M. Filar, Varsovia 2016, p. 1388.

31 E. M. Guzik-Makaruk, E. W. Plywaczewski [en:] Kodeks karny. Komentarz, (dir.) M. Filar, Varsovia 2016, p. 1388.

32 Acuerdo del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1980, VII KZP 41/78, OSNKW 1980, núm. 3, asiento 24.

33 M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik [en:] M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 115.

34 Sentencia del Tribunal de Apelación en Lublin de 14 de octubre de 2009, II AKA 170/09, LEX núm. 550494.

35 A. Spotowski, Przystępstwa służbowe. Nadużycie służbowe i łapownictwo w nowym kodeksie karnym, Varsovia 1972, p. 126; H. Popławski, M. Surkont, Przystępstwo łapownictwa, Varsovia 1972, p. 97 y ss.; M. Surkont, Łapownictwo, Sopot 1999, p. 110 y ss.

36 Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2009, IV KK 269/08, OSNwSK 2009, núm. 1, asiento 173, sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1975, II KR 364/74, OSNKW 1975, núm. 8, asiento 111.

37 J. Majewski [en:] A. Błachnio, J. Kosonoga-Zygmunt, P. Zakrzewski, J. Majewski, Kodeks karny. Komentarz, Varsovia 2024, p. 697.

38 Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 2010, WA 32/10, LEX núm. 844547, sentencia del Tribunal de Apelación de Wrocław de 7 de octubre de 2019, II AKA 253/19, LEX núm. 2749799.

39 Auto del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 2020, V KK 368/20, LEX núm. 3277452.

40 Acuerdo del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1992, I KZP 21/92, OSNKW 1992, núm. 9-10, asiento 63.

41 Art. 115 § 5: „Los bienes de valor importante son los bienes, cuyo valor en el momento de la comisión de los hechos excede 200 000 PLN” (aprox. 46 467,00 €).

42 Acuerdo del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2004, I KZP 38/03, OSNKW 2004, núm. 2, asiento 14.

43 Acuerdo del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2004, I KZP 37/03, LEX núm. 103509.

44 Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, III KK 29/08, LEX núm. 435321.

45 Según el art. 115 § 13 CPP, el funcionario público lo es: 1) el Presidente de la República de Polonia, 2) diputado, senador, concejal, 2a) eurodiputado, 3) juez, jurado, fiscal, funcionario del órgano financiero de instrucción o de órgano superior al órgano financiero de instrucción, notario, embargador, curador judicial, síndico, inspector y administrador judicial, miembro de órgano disciplinario que actúa en virtud de la ley, 4) persona empleada en la administración gubernamental, otro órgano estatal o autogobierno territorial, a no ser que desempeñe funciones únicamente de servicio, así como otra persona en el ámbito en el que esté autorizada a expedir actos administrativos; 5) persona empleada en el órgano de control estatal o en órgano de control de autogobierno estatal, a no ser que desempeñe funciones únicamente de servicio; 6) persona que ocupe cargo directivo en otra institución estatal; 7) funcionario del órgano para la protección de la seguridad pública o funcionario del Servicio Penitenciario; 8) personas en servicio militar activo, excluyendo al servicio militar territorial desempeñado a disposición; 9) empleado de la Corte Penal Internacional, a no ser que desempeñe funciones únicamente de servicio; 10) inspector de la Inspección Acuática.

46 J. Giezek [en:] D. Gruszecka, K. Lipiński, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Varsovia 2021, p. 888.

47 Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2011, II K 337/10, LEX núm. 847145.

48 Auto del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2012, V KK 27/12, LEX núm. 1226786, E. M. Guzik-Makaruk, E. W. Pływaczewski [en:] Kodeks karny. Komentarz, (dir.) M. Filar, Varsovia 2016, p. 1387-1388.

49 Sentencia del Tribunal de Apelación en Varsovia de 12 de diciembre de 2019, III APa 19/19, LEX núm. 2785771.

50 Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2016, V KK 388/15, LEX núm. 2046083.

51 Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2013, WA 3/13, LEX núm. 1293888.

52 Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2009, WA 5/09, LEX núm. 491237.

53 J. Giezek [en:] D. Gruszecka, K. Lipiński, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, J. Giezek, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Varsovia 2021, p. 895.

54 Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 2010, WA 32/10, OSNwSK 2010, núm.1, asiento 2214.

55 Según el art. 7 § 3 el delito de menor gravedad es un delito castigado con la pena de multa que excede 30 cuotas/día, o 5000 PLN, pena de restricción de libertad que excede 1 mes o pena de privación de libertad que excede 1 mes.

56 "Art. 296. § 1. El que, estando obligado en virtud de una norma legal, acto administrativo del órgano pertinente o contrato, a tratar asuntos patrimoniales o actividad económica de una persona física, jurídica o ente sin personalidad jurídica, mediante el abuso de derechos que le fueron otorgados o incumplimiento de deberes, le causa daño económico significativo, será castigado con la pena de privación de libertad de 3 meses hasta 5 años.

§ 1a. Si el autor, al que se refiere § 1, mediante el abuso de derechos que le fueron otorgados o incumplimiento de deberes, causa peligro directo de causar daño económico significativo, será castigado con la pena de privación de libertad de hasta 3 años.

§ 2. Si el autor de delito previsto en § 1 o § 1a actúa con el fin de obtener beneficio económico, será castigado con la pena de privación de libertad de 6 meses hasta 8 años.

§ 3. Si el autor de delito previsto en § 1 o 2 causa daño económico de gran dimensión, será castigado con la pena de privación de libertad de un año hasta 10 años.

§ 4. Si el autor de delito previsto en § 1 o 3 actúa con imprudencia, será castigado con la pena de privación de libertad de hasta 10 años.

§ 4a. En caso el perjudicado no sea la Tesorería del Estado, el delito previsto en § 1a se persigue previa denuncia del perjudicado, socio, accionista de la sociedad perjudicada o del miembro de cooperativa perjudicada.

§ 5. No se impondrá pena al que antes de la incoación del proceso penal, voluntariamente haya reparado totalmente el daño ocasionado".

57 Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2009, IV KK 11/09, LEX núm. 512109.

58 "Art. 271 § 1 El funcionario público u otra persona autorizada a expedir documento que certifique en el mismo datos falsos de relevancia jurídica, será castigado con pena de privación de libertad de 3 meses hasta 5 años.

§ 2 En casos de menor importancia, el autor será castigado con la pena de multa o pena de restricción de libertad.

§ 3. Si el autor comete hecho previsto en § 1 con el fin de obtener beneficio económico o personal, será castigado con la pena de privación de libertad de 6 meses hasta 8 años".

59 "Art. 284 § 1. El que se apropie de un bien mueble o de derecho patrimonial ajeno, será castigado con la pena de privación de libertad de hasta 3 años.

§ 2. El que se apropie de un bien mueble que le ha sido encomendado, será castigado con la pena de privación de libertad desde 3 meses hasta 5 años.

§ 3. En caso de menor importancia o en caso de apropiarse de un bien encontrado, el autor será castigado con la pena de multa, pena de restricción de libertad o pena de privación de libertad de hasta 1 año.

§ 4. Si la apropiación se realiza en perjuicio de la persona próxima, la persecución tendrá lugar previa denuncia del perjudicado".

## PORTUGAL

**Frederico de Lacerda da Costa Pinto**

*Faculdade de Direito da  
Universidade Nova de Lisboa  
(Nova School of Law)  
(fcostapinto@novalaw.unl.pt e www.novalaw.unl.pt)*

### I. ENQUADRAMENTO

O mapa legal relativo aos crimes de peculato é extenso e heterogéneo. De forma simples, o Código Penal prevê os crimes de furto e de abuso de confiança (artigos 203.º a 205.º), enquanto crimes comuns, e depois, no capítulo dos crimes cometidos no exercício de

funções públicas, o crime de peculato (artigo 375.º). Este traduz-se, numa descrição simplificada, num furto (subtração com intenção de apropriação) ou abuso de confiança (uma apropriação ilegítima de bens alheios) praticado por um funcionário (sobre o amplo conceito de funcionário, veja-se o artigo 386.º do Código Penal). Mas esta simplicidade é desfeita quando verificamos que existem *várias modalidades de peculato* no Código Penal e em legislação avulsa, alguns dos quais não têm correspondência nos crimes comuns. Assim, para além do *peculato* que se traduz numa apropriação ilegítima de bens (artigo 375.º, n.º 1), temos ainda o *peculato por oneração ilegítima de bens alheios* (artigo 375.º, n.º 3), o *peculato de uso* (artigo 376.º) e o *peculato por desvio de dinheiro público para fins públicos* não autorizados (artigo 376.º, n.º 3). A esta lista pode acrescentar-se o crime de *participação económica em negócio* (artigo 377.º), que contempla actos lesivos causados ou vantagens ilegítimas obtidas por funcionário (artigo 377.º), e as várias modalidades de peculato previstas no regime aplicável a *titulares de cargos políticos* (Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, com última actualização em 2021, designadamente artigos 20.º a 23.º)<sup>1</sup>.

Este enquadramento é especialmente relevante e consequente em três matérias: identificação dos bens jurídicos tutelados, natureza processual do crime e relevância do consentimento do ofendido.

O abuso de confiança comum corresponde a um crime contra a propriedade, protegendo a várias dimensões deste direito. Diversamente, os crimes de peculato tutelam em regra bens jurídicos compósitos, em que para além da propriedade ou do património tutelado, protege-se igualmente o exercício legal de funções públicas pelo funcionário ou pelo titular do cargo político<sup>2</sup>.

Por isso, em segundo lugar, enquanto os crimes comuns têm natureza semi-pública na modalidade simples (o início do procedimento criminal depende da apresentação de queixa pelo ofendido), os crimes de funcionário e de titulares de cargos políticos têm toda natureza pública (o Ministério Público abre inquérito autonomamente, sem estar condicionado pela apresentação de queixas dos ofendidos).

Finalmente, em consonância com estes aspectos, nos crimes comuns o consentimento do titular dos direitos exclui a tipicidade do facto, o que não acontece nos crimes de funcionários e de titulares de cargos políticos<sup>3</sup>. O que se compreende por nestes casos o bem jurídico não corresponder apenas a um interesse patrimonial do ofendido, possuindo também uma dimensão pública reportada à legalidade da actuação do funcionário.

## II. FURTO, ABUSO DE CONFIANÇA E PECULATOS

O Código Penal prevê, como crimes comuns, o furto e o abuso de confiança (artigos 203.º, 204.º e 205.º), enquanto agressões à propriedade. O primeiro contempla um acto de subtração com intenção de apropriação em relação a coisa móvel ou animal alheios e o segundo uma apropriação ilegítima de coisa ou animal alheios que estão na posse o agente por título não translativo da propriedade.

Perante isto, a doutrina vê o crime de peculato (previsto no artigo 375.º do Código Penal) como uma modalidade de furto ou de abuso de confiança qualificados pela qualidade típica de funcionário<sup>4</sup>. Mas, na verdade, a incriminação é um pouco mais do que isso, por duas razões: primeiro, porque o âmbito típico do peculato não corresponde exactamente ao furto e ao abuso de confiança e, segundo, porque a autonomia do tipo do peculato é marcada também por algumas diferenças materiais típicas em relação aos crimes comuns. Assim, por exemplo, a oneração de um bem corresponde no abuso de confiança a um acto típico (um poder apenas reconhecido ao proprietário do bem), enquanto nos peculatos traduz-se num facto autónomo, previsto no n.º 3 do artigo 375.º, e cominado com uma pena legal substancialmente mais baixa.

A lei prevê três grandes modalidades típicas de peculato, em função da conduta típica: o *peculato por apropriação* (artigo 375.º, n.º 1, CP), o *peculato por oneração* da coisa ou dos valores (artigo 375.º, n.º 3) e o *peculato por uso abusivo* (autonomizado no artigo 376.º, CP). Este pressupõe a utilização ocasional do objecto em causa, sem intenção de apropriação, e, na verdade, contempla duas condutas distintas, pois equipara a utilização ilegítima à permissão de que outrem utilize o objecto em causa.

A hermenêutica dos tipos legais conduz a doutrina a afirmar algumas situações de atipicidade, embora nem sempre com o mesmo grau de consenso. A título de ilustração defende-se, por exemplo, que a utilização abusiva de trabalho dos subordinados não tem enquadramento típico no peculato, por não se tratar de uma coisa móvel ou valor apropriável<sup>5</sup>, ou que as coisas sem valor (a destruir por exemplo) ou as coisas próprias sujeitas a poder público estarão igualmente fora do âmbito típico<sup>6</sup>.

As penas legalmente cominadas são razoavelmente severas: prisão de 1 a 8 anos para o peculato por apropriação (artigo 375.º, n.º 1), susceptível de atenuação para o máximo de prisão até 3 anos se os objectos fo-

rem de diminuto valor; prisão até 3 anos no caso do peculato por oneração; e prisão até 1 ano ou multa até 120 dias no caso mero do peculato de uso.

### III. DESVIO DE FUNDOS, ADMINISTRAÇÃO DANOSA E PARTICIPAÇÃO ECONÓMICA EM NEGÓCIO

Mais delicada é a questão de saber se a má administração de fundos públicos pode ou não corresponder à prática de um crime. A questão é problemática porque diz respeito à gestão de interesses públicos e, nesse plano, a ameaça penal tanto pode ter um efeito de prevenção geral dissuasora, como pode ser também uma fonte de hesitação e de ineficiência nos processos decisórios. Por isso, a criminalização deve ser especialmente precisa e assumidamente marcada pelo princípio da ofensividade.

Talvez por isso a intervenção penal na afectação de fundos públicos a outras finalidades acaba por ser limitada ao desvio de dinheiro público para outros fins públicos distintos daqueles a que tais valores estão afectados (artigo 376.º, n.º 2, do CP). A pena legalmente cominada é apenas de prisão até um ano com multa alternativa até 120 dias. Se o desvio for para fins particulares a situação é mais grave e reconduz-se ao crime de peculato (artigo 375.º)<sup>7</sup>.

Situação distinta é o caso de um funcionário procurar obter vantagens com os interesses patrimoniais que administra, que fiscaliza ou que defende, causando-lhes desse modo uma lesão num negócio jurídico celebrado. Neste caso comete o crime de participação económica em negócio, um conjunto de variantes qualificadas do crime de infidelidade, cuja pena depende se causou ou não uma lesão aos interesses tutelados<sup>8</sup>. Em caso afirmativo a pena será até 5 anos de prisão e caso tal não se verifique a pena será de prisão até 6 meses ou multa até 60 dias (artigo 377.º, n.º 1 e 2 respectivamente)<sup>9</sup>.

Se a participação do funcionário se traduzir em receber uma vantagem patrimonial por cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento que estejam a seu cargo, caso não exista lesão, a pena será igualmente até 6 meses ou multa até 60 dias<sup>10</sup>.

Finalmente, fora do âmbito dos peculatos, a um nível mais geral da gestão da coisa pública, a lei prevê a punição da administração danosa, traduzida na infracção intencional das normas de controlo ou da gestão racional em unidade económica do sector público ou cooperativo que provoque dano patrimonial importante (prisão até 5 anos ou multa até 600 dias, nos termos do artigo 235.º do Código Penal)<sup>11</sup>.

### IV. CRIME DE TITULARES DE CARGOS POLÍTICOS

Os crimes de peculato, de peculato de uso e de participação económica em negócio são igualmente acolhidos (para além de outras incriminações) na lei que prevê os crimes praticados por titulares de cargos políticos (artigos 20.º, 21.º e 23.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho)<sup>12</sup>. A situação pode gerar casos de concurso aparente, resolvidos pela doutrina com a aplicação do regime que contempla as penas mais elevadas<sup>13</sup>.

A citada lei contempla ainda uma incriminação de peculato que não está prevista no Código Penal: o *peculato por erro de outrem*, que prevê a hipótese de o titular de cargo político no exercício das suas funções, aproveitando-se do erro de outrem, receber, para si ou para terceiro, taxas, emolumentos ou outras importâncias não devidas, ou superiores às devidas, caso em que será punido com prisão até três anos ou multa até 150 dias.

### V. COLABORAÇÃO PROCESSUAL

O legislador português tem na última década acolhido de forma expressiva vários regimes premiais assentes na valoração favorável da colaboração processual do arguido. O objectivo é duplo: consiste em, por um lado, oferecer uma possibilidade normativa ao arguido de se desligar dos factos que praticou (incluindo a ruptura com outros participantes) e, por outro, de conseguir com isso prova relevante para o processo<sup>14</sup>. Esse regime de colaboração processual foi estendido aos crimes de peculato e participação económica em negócio, prevendo uma atenuação especial da pena (corte de um terço no limite máximo) para o agente que, até ao encerramento da audiência, colaborar activamente na descoberta da verdade, contribuindo de forma relevante para a prova dos factos (artigo 377.º-A do Código Penal, aditado em 2021).

Questão eventualmente controvertida é a de saber se este regime previsto no artigo 377.º-A do Código Penal se aplica ou não aos crimes de peculato previsto para os titulares de cargos políticos.

A resposta deve ser afirmativa, por duas razões: primeiro, porque um regime semelhante está previsto para os crimes de corrupção imputáveis a titulares de cargos políticos (artigo 19.ºA da citada Lei n.º 34/87) tudo fazendo esperar que a mesma actualização se verificasse quanto aos crimes de peculato. Ou seja, parece ter sido um lapso a actualização legislativa de 2021 ter incidido apenas nos crimes de funcionário previstos no Código Penal, sem consagrar idêntico regime para os crimes de



peculato dos titulares de cargos políticos. Em segundo lugar, não se justifica a diferenciação de regimes entre funcionários e titulares de cargos políticos, como se demonstra pela existência de um regime de colaboração processual para crimes de corrupção e recebimento indevido de vantagem de titulares de cargos políticos, cujo desvalor material não se afigura menor. A assimetria acabaria por se traduzir numa desigualdade inaceitável (e inconstitucional, por violação do princípio da igualdade) no domínio do direito penal premial.

Assim, existindo uma lacuna e a necessidade de corrigir uma diferenciação incompreensível, poderá aplicar-se analogicamente o regime do artigo 377.º A do Código Penal aos crimes de peculato previsto na Lei n.º 34/87, por se tratar de uma norma penal favorável. A idêntica solução se chegaria aliás por aplicação do artigo 8.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, que tem o mesmo conteúdo<sup>15</sup>.

### Notas:

1 Para uma leitura sobre a origem, conteúdo e alcance destas várias incriminações veja-se Conceição Ferreira da Cunha, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 687 e ss. Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal, 5.ª edição, actualizada, Lisboa: UCE, 2022, p. 1313 e ss. Para uma visão de conjunto, José António Barreiros, O crime de peculato, Lisboa: Labirinto de Letras, 2013, e José Damião da Cunha, Direito Penal Patrimonial: sistema e estrutura fundamental, Porto: UCE, 2017.

2 Com diferentes formulações, Conceição Ferreira da Cunha, Comentário Conimbricense III (cit. nota 1), p. 688-689 e ss; e Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal (cit. nota 1), artigo 375.º, nota 2.

3 Com soluções mais abertas à justificação, Conceição Ferreira da Cunha, Comentário Conimbricense III (cit. nota 1), p. 700.

4 Conceição Ferreira da Cunha, Comentário Conimbricense III (cit. nota 1), p. 689; e Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal (cit. nota 1), artigo 375.º, nota 5, p. 1314.

5 Conceição Ferreira da Cunha, Comentário Conimbricense III (cit. nota 1), p. 693; e Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal (cit. nota 1), artigo 375.º, notas 8 e 11.

6 Conceição Ferreira da Cunha, Comentário Conimbricense III (cit. nota 1), p. 693.

7 Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal (cit. nota 1), artigo 376.º, nota 10, p. 1317.

8 Desenvolvimentos em Jorge de Figueiredo Dias, «Alguas notas sobre o crime de participação económica de funcionário em negócio ilícito, previsto no artigo 427.º, n.º 1, do Código Penal», RLJ ano 121 (1989), p. 379 e ss. Depois, José António Barreiros, Participação económica em negócio: um crime de fronteira, Lisboa: Labirinto de Letras, 2014.

9 Conceição Ferreira da Cunha, Comentário Conimbricense III (cit. nota 1), p. 723 e ss; e Paulo Pinto de Albuquerque, Co-

mentário do Código Penal (cit. nota 1), artigo 377.º, nota 4 e ss, p. 1320 e ss.

10 Conceição Ferreira da Cunha, Comentário Conimbricense III (cit. nota 1), p. 723 e ss; e Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal (cit. nota 1), artigo 377.º, nota 4 e ss

11 Sobre o tema, veja-se o meu texto «Infidelidade e administração danosa» na Revista Penal n.º 39 (2017), p. 244 e ss.

12 Para uma visão de conjunto, José Damião da Cunha, «Corrupção e peculato; aspetos estruturais de regime (artigos 16.º a 22.º da Lei n.º 34/87)», in Flávia Noversa Loureiro e Pedro Miguel Freitas (org.), Estudos sobre os crimes de responsabilidade de eleitos locais, Braga: AEDREL, 2021, p. 21 e ss, com várias notas críticas.

13 Conceição Ferreira da Cunha, Comentário Conimbricense III (cit. nota 1), p. 736; e Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal (cit. nota 1), artigo 377.º, nota 23.

14 Sobre este regime, Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal (cit. nota 1), artigo 377-A.º, p. 1323, que o considera inútil perante a norma (igual) existente na Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro. Enquadramento e desenvolvimentos em Frederico de Lacerda da Costa Pinto, «Comportamento reparador e colaboração processual à luz dos valores do Estado de Direito», in Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Propostas de reforma, coordenação de Paulo Pinto de Albuquerque, Rui Cardoso e Sónia Moura, Lisboa: UCE, 2021, p. 243-257.

15 É esta a proposta de Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal (cit. nota 1), artigo 377-A.º, p. 1323, que sugere a aplicação deste regime aos demais crimes cometidos no exercício de funções públicas.

## TURQUIA

Dr. R. Barış Erman<sup>1</sup>

Saba Şahika Tahmaz Üzeltürk<sup>2</sup>

### I. INTRODUCTION

The crime of embezzlement is provided by articles 247-249 of the Turkish Criminal Code (TCC) under the section of “Offences Against the Reliability and Functioning of the Public Administration.” Thus, the legal good associated with this offense is the reliability of the public administration<sup>3</sup>.

According to art. 247 TCC, the offense is defined as follows:

(1) *Any public official who embezzles property for the benefit of themselves or another, which is under their custody or control or which is held by them as a consequence of their duty shall be subject to a penalty of imprisonment for a term of 5 to 12 years.*

(2) *Where this offence is committed through deception for the purpose of concealing the embezzlement, the penalty to be imposed shall be increased by half.*

(3) *Where the offence is committed with the aim of returning the property after temporary usage, the penalty may be reduced by up to half.*

The paragraphs of this definition correspond to three different types of embezzlement: simple, aggravated, and usage embezzlement, which is an extenuating circumstance<sup>4</sup>. Article 248 deals with active remorse, whereas Article 249 provides additional extenuating circumstances.

## II. OBJECTIVE ELEMENTS

### II.1. Perpetrator and Victim

Under Turkish law, the crime of embezzlement can only be committed by public officials, which makes it a so-called “specific offense” (Sonderdelikt). The term “public official” is broadly defined under art. 6/1-c TCC as “*any person who is elected, appointed or chosen in any other way to carry out in public duty for a temporary, permanent or specifically defined time period*”. According to this definition, the term “public official” is construed as a broader one than a civil servant. For example, civil servants, notaries, and guardians assigned by the court can be referred to as “public officials” within the scope of the TCC<sup>5</sup>.

According to the Court of Cassation, the criterion for a person to be considered a public official is their participation in the execution of public activities<sup>6</sup>. Thus, a public service must be carried out, and public powers and authorities must be used<sup>7</sup>.

The victim of the crime is the public itself or every individual who constitutes a society<sup>8</sup>.

### II.2. The Subject of the Crime

As stated in the article, the subject of the crime is “*property under the custody or control of the public official or which is held by them as a consequence of their duty*”<sup>9</sup>. As such, both movable or immovable properties and monetary values may be embezzled<sup>10</sup>. Additionally, these properties must have been delivered to the perpetrator as part of their public duty.

### II.3. Actus Reus

In simple embezzlement, the basic form of the offense, the actus reus, consists of the perpetrator’s embezzling property that has been transferred to them as part of their official duty or that they are obliged to protect and supervise. The act can be committed to the benefit of the perpetrator, or someone else. The transfer

of control to someone else implies that the perpetrator acts as if they were the owner<sup>11</sup>. In other words, the perpetrator must act as if they have property rights. This should be addressed in a case-by-case analysis. The public official is also required to be legally authorized to accept the property.

## III. SUBJECTIVE ELEMENTS

Intent is regulated in Article 21 TCC as “*knowingly and willingly conducting the elements in the legal definition of an offense*.” The offense of embezzlement cannot be committed through negligence<sup>12</sup>. According to the Court of Cassation, since the perpetrator must have acted with the intention of acquiring property for themselves or someone else, specific intent should be sought for this crime<sup>13</sup>. As a result, *dolus eventualis* is not deemed sufficient for the offense.

## IV. AGGRAVATING AND EXTENUATING CIRCUMSTANCES

### IV.1. Aggravating Circumstances

An aggravated form of embezzlement is regulated under Article 247/2 TCC, which provides for a more severe punishment in case of using “*deception for the purpose of concealing the embezzlement*”.

For this situation to occur, the perpetrator must engage in fraudulent behavior during or after committing the crime to prevent the crime from being discovered. This behavior must bear a significant degree of deceptiveness. If the fraud can be easily and definitely detected through a simple inspection or research, the aggravated circumstance will not occur, and only the basic form is applied<sup>14</sup>. At the same time, this deceptive measure must be aimed at preventing the embezzlement from being discovered and hiding evidence of the crime<sup>15</sup>.

### IV.2. Extenuating Circumstances

According to Article 247/3 TCC, “usage embezzlement” occurs “*where the offense is committed with the aim of returning the property after temporary use,*” in which case the penalty is reduced by up to half of the original.

The subject of usage embezzlement is the benefits that arise from the use of the property. This circumstance is determined according to the perpetrator’s original aim. If, at the time of the act, the perpetrator intended to use and return the goods for a while, they are considered to have committed this extenuated form.

If their intent was directed at acquiring the property for themselves or another, basic embezzlement will occur. Thus, the perpetrator may not benefit from the extenuating circumstance if they only return the property after a report, complaint or the initiation of an investigation. The must be voluntary<sup>16</sup>.

Another mitigating clause is regulated under Article 249 TCC. Accordingly, “*where the value of the embezzled property is minimal, then the penalty to be imposed shall be reduced by a third to half.*” According to the Court of Cassation, the value of the goods is to be determined according to the market value of the goods subject to embezzlement at the time the crime was committed<sup>17</sup>. Default interest is not applied to the damage<sup>18</sup>.

### IV.3. Active Remorse

In Turkish Criminal Law, active remorse is only applied when it is specifically regulated. There is an active remorse regulation for embezzlement.

According to TCC Art. 248:

(1) *If, prior to the commencement of any investigation, the property is returned in its original state or any damage to it is completely compensated, then the penalty to be imposed is reduced by two-thirds.*

(2) *If, prior to the commencement of any prosecution, the property is voluntarily returned in its original state, or any damage to it is completely compensated, then the penalty to be imposed shall be reduced by half. If active remorse is demonstrated prior to the giving of judgment by the court, the penalty to be imposed shall be reduced by a third”.*

Accordingly, if the property is returned as is or the damage suffered by the public is remedied before the investigation is initiated, the penalty given to the perpetrator will be reduced by 2/3. If there is active remorse after the investigation has begun, but before the prosecution, the penalty given to the perpetrator will be reduced by 1/2.

If there is active remorse after the indictment is filed but before the verdict, the penalty to be given to the perpetrator is reduced by 1/3. Finally, even if the damage is repaired or the goods are returned as is after the verdict is given, no reduction can be made due to the provisions of active remorse.

## V. ATTEMPT, COMPLICITY AND CONCURRENCE

### V.1. Attempt

Under Article 35 of the TCC, no intentional offense is excluded from the provisions of attempt. However,

there may be individual offenses that are not suitable for an attempt. According to the Court of Cassation, the crime is completed with the occurrence or possibility of damage<sup>19</sup>. This “possibility of damage” is contemporaneous with the completion of the action. For this reason, the majority view is that attempts at embezzlement are not probable, if at all possible. Theoretically, if a public official starts to commit actions that are suitable for embezzlement and cannot complete the act, punishment for attempted embezzlement is conceivable<sup>20</sup>. However, this situation is extremely difficult to prove in practice.

### V.2. Complicity

Article 251 TCC defines a public official’s failure to supervise embezzlement as a separate form of liability and, in some cases, as a separate offense. According to the article, “(1) *Where a public official, in a supervisory role, intentionally ignores the commission of an offense involving embezzlement and extortion, they shall be culpable as a co-perpetrator. (2) Any public official who provides the opportunity for the commission of the offenses of embezzlement or exploitation by omitting their supervisory duty shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of three months to three years*”.

As such, failure to provide adequate supervision is considered as a form of co-perpetratorship if the supervising official acts at least with *dolus eventualis* regarding a specific act of embezzlement by an official they are under a legal obligation to supervise. In contrast, it is a separate offense if their contribution is limited to providing a suitable environment for embezzlement. For example, if a superior officer sees that a public official is embezzling money but does not take any action, the first paragraph shall be applied and the superior official will be sentenced as a co-perpetrator. However, should the superior official not have any intent towards the commission of embezzlement, but still omits their supervisory role intentionally, and thereby creates a general environment, which foreseeably is suitable for others to commit embezzlement, the superior official can be sentenced for this separate act under paragraph 2.

Another issue that needs to be mentioned on the subject of complicity is what will happen to participants who are not public officials. Article 40, paragraph 2 of the TCC regulates that “*for specific offences, only the person possessing the proscribed qualifications required for such offence may be defined as the offender.*”

*Other persons who are involved in the commission of these offences shall remain culpable for incitement or assistance*". Therefore, those who are not public officials cannot be co-perpetrators. If there are non-public officials acting as co-perpetrators, they can be tried for the crime of theft or breach of trust, if the conditions are met, not for embezzlement.

### V.3. Concurrence

In terms of concurrence, Article 212 of the TCC is specifically relevant to the crime of embezzlement. Accordingly, if certain crimes are committed along with the crime of counterfeiting a document, the perpetrator is to be punished separately for both crimes. This is a provision that characteristically concurs with embezzlement, particularly in its aggravated form. As an example, if the perpetrator obtains illicit income by forging a document and transfers it to their assets, they would commit both counterfeiting and embezzlement at the same time. In such a case, they will be punished separately for both crimes due to the explicit provision under article 212 TCC.

## VI. RULES ON SENTENCING, INVESTIGATION AND PROSECUTION

In the case of simple embezzlement, the sentence will be between 5 and 12 years. In the case of aggravated embezzlement, the sentence will be determined over a minimum of 7.5 years. In the case of usage embezzlement, the sentence may be reduced by up to half.

Embezzlement is a crime that can be investigated ex officio. The statute of limitations is 15 years. It is not suitable for conversion into a judicial fine. Suspension of the penalty and suspension of the pronouncement of the judgment can only be in question in some cases where effective remorse is applied, otherwise, it will not be applicable due to the amount of the penalty<sup>21</sup>.

As a rule, when public officials commit crimes due to their duties, the start of a judicial investigation depends on the granting of permission for the investigation. However, Article 17 of Law No. 3628 on "Declaration of Assets, Combating Bribery and Corruption" foresees the start of a direct investigation for the crimes specified. Simple and aggravated embezzlement are also among these crimes. Therefore, the prosecutor who receives news of the crime can directly start the inves-

tigation but must report the situation to the department to which the public official is affiliated. The competent court is the Assize Court<sup>22</sup>. A conviction for the crime of embezzlement, which is considered a "disgraceful crime", is also an obstacle to being elected as a member of parliament<sup>23</sup>.

## VII. BIBLIOGRAPHY

Turkish Criminal Code  
Nur Centel, Zimmet Suçu (TCK m. 247), DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 2779-2800.  
Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, 21. Baskı, 2023.

### Notas:

- 1 Assistant Professor at MEF University Faculty of Law, r.baris.erman@gmail.com
- 2 Ph.D. Candidate at Yeditepe University Faculty of Law, sabauzelturk@gmail.com
- 3 Nur Centel, Zimmet Suçu (TCK m. 247), DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 2785.
- 4 In addition to simple, aggravated, and usage embezzlement, the offense of "banking embezzlement" is regulated under Article 160 of the Banking Law Nr. 5411. While it is similar to the embezzlement regulation, it can be committed by bank employees who are not necessarily public officials. Since this offense falls outside the scope of this article, it will not be further elaborated.
- 5 Court of Cassation 15. CD 22.05.2018-7549/ 3702; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1129.
- 6 Centel, p. 2785.
- 7 Centel, p. 2786; YCGK, 12.04.2011-2010-9-258/46; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1131.
- 8 Centel, p. 2786.
- 9 Tezcan/Erdem/Önok, s. 1131.
- 10 Centel, p. 2788; zcan/Erdem/Önok, s. 1131.
- 11 Tezcan/Erdem/Önok, s. 1139.
- 12 Centel, p. 2792.
- 13 Centel, p. 2793.
- 14 Centel, p. 2790; YCGK, 24.11.1998-6-280/359.
- 15 Court of Cassation, E. 2016/5-557 K. 2018/124 T. 27.3.2018.
- 16 Centel, p. 2795.
- 17 Tezcan/Erdem/Önok, s. 1148.
- 18 Centel, p. 2795; Y5CD, 04.04.2013-2012-6428/2728; YCGK, 08.05.2012- 7-429/181.
- 19 Centel, p. 2792.
- 20 Tezcan/Erdem/Önok, p. 1089.
- 21 Centel, p. 2799.
- 22 Centel, p. 2799.
- 23 Centel, p. 2799.



### UCRANIA

**Volodymyr Hulkevych**

*Doctor en Derecho*

*Fiscalía regional de Ivano-Frankivsk*

#### I. INTRODUCCIÓN

A diferencia del Código Penal español, el Código Penal de Ucrania de 2001 (el Código Penal) no contiene una sección separada que reúna los tipos penales que pueden denominarse los conceptos generales de «malversación o peculado». Al mismo tiempo, diversas secciones de la Parte Especial del Código Penal contienen varios artículos que prevén la responsabilidad penal por malversación, peculado o apropiación indebida de bienes, incluida la cometida por funcionarios públicos.

En particular, la Sección VI «Delitos contra la propiedad» de la Parte Especial del Código Penal contiene el artículo 191 «Malversación, peculado o apropiación indebida de bienes por abuso de funciones» y el artículo 193 «Apropiación indebida por una persona de bienes encontrados o de otro tipo que hayan llegado accidentalmente a su poder». La sección XIII «Delitos en el ámbito del tráfico de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sus análogos o precursores y otros delitos contra la salud pública» incluye el artículo 308 del Código Penal «Robo, apropiación indebida, extorsión de estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sus análogos o su adquisición mediante fraude o abuso de funciones». El artículo 364 del Código Penal «Abuso de poder o de posición oficial» figura en el capítulo XVII «Delitos en el ámbito de la actividad oficial y de la actividad profesional relacionada con la prestación de servicios públicos». Además, el capítulo XIX «Delitos contra el orden establecido del servicio militar (delitos penales militares)» contiene el artículo 410 «Robo, apropiación indebida, extorsión por un militar de armas, municiones, explosivos u otras municiones, vehículos, equipo militar y especial u otros bienes militares, así como su adquisición mediante fraude o abuso de funciones».

#### II. LA RESPONSABILIDAD PENAL POR APROPIACIÓN INDEBIDA O MALVERSACIÓN DE BIENES COMETIDA POR UN NO FUNCIONARIO

El tipo básico de apropiación indebida (peculado) o malversación de bienes está previsto en el artículo 194 del Código Penal, cuyo apartado 1 castiga estos actos con una multa de dos mil a cinco mil ingresos mínimos exentos de impuestos, o trabajos correccionales de

hasta dos años, o privación de libertad de hasta cuatro años, o prisión de hasta cuatro años, con o sin privación del derecho a ocupar determinados cargos o ejercer determinadas actividades de hasta tres años. Cabe señalar, en primer lugar, que el legislador ha reconocido la apropiación indebida o malversación de bienes ajenos como un delito más peligroso que el robo ordinario de bienes ajenos, que, de conformidad con el artículo 185, apartado 1, del Código Penal, ni siquiera puede castigarse con penas de prisión.

El objeto material de este delito es los bienes ajenos, es decir, objetos del mundo material (cosas) que pertenecen a otra persona física o jurídica, es decir, la persona que se apropia o malversa esta propiedad no es su propietario. Según el artículo 190 del Código Civil de Ucrania, la propiedad es una cosa separada, un conjunto de cosas, incluido el dinero, así como los derechos de propiedad y las obligaciones.

Al mismo tiempo, una característica importante de la relación entre la persona que comete el delito tipificado en la parte 1 del artículo 191 del Código Penal y los bienes de otra persona es el hecho de que dichos bienes le hayan sido confiados o estén bajo su custodia. La posesión legítima de bienes ajenos se caracteriza por el derecho de la persona a la que se confiaron los bienes o que los tenía bajo su custodia a disponer de ellos, administrarlos, entregarlos o almacenarlos. Este derecho puede basarse en deberes oficiales, relaciones contractuales o una orden especial. Este derecho puede derivarse no sólo de un empleado de una empresa, independientemente de la forma de propiedad y el tipo, en virtud de relaciones laborales, sino también de una persona física a la que el propietario haya transferido la autoridad para disponer de bienes sobre la base de acuerdos de derecho civil (contratos de alquiler, arrendamiento, comisión, alquiler, almacenamiento, transporte, etc.). Obviamente, la autoridad para disponer de la propiedad de otra persona surge sobre la base de ciertos documentos oficiales o de la firma de contratos de derecho civil. Tras la apropiación indebida, los bienes de otra persona se transfieren ilegalmente a la propiedad de la persona que cometió el delito penal.

La malversación consiste en el gasto ilícito y gratuito de bienes ajenos, es decir, su consumo, venta, intercambio o cualquier otra transferencia a un tercero.

Algunos estudiosos ucranianos niegan la conveniencia de la existencia de un delito como la malversación, ya que las acciones constitutivas de malversación sólo son posibles después de la apropiación indebida de dichos bienes. Sin embargo, tal afirmación no puede reconocerse como probada, ya que una persona que

enajena bienes ajenos puede transferirlos ilegalmente a la propiedad de un tercero sin apropiárselos. Al mismo tiempo, la enajenación de tales bienes algún tiempo después de la apropiación indebida no es relevante para el reconocimiento de las acciones del sujeto como delito según la Parte 1 del artículo 191 del Código Penal, ya que este delito se considerará consumado después de la apropiación indebida de bienes ajenos.

La apropiación indebida y la malversación de bienes confiados a una persona o bajo su control deben distinguirse del hurto (artículo 185 del Código Penal) cometido por una persona que, por la naturaleza de su trabajo, sólo tenía acceso a los bienes pero no tenía autoridad para disponer de ellos. Por ejemplo, un vigilante que custodia bienes o un cargador que los carga o descarga tiene cierto acceso a los bienes, pero no está facultado para disponer de ellos. Por lo tanto, si estas personas se apoderan ilícitamente de la propiedad ajena a la que tenían acceso, sus acciones deben considerarse robo.

El sujeto activo del delito tipificado en la parte 1 del artículo 191 del Código Penal de Ucrania es general, es decir, una persona física sana que haya cumplido 16 años. El lado subjetivo de todos los actos delictivos previstos en el art. 191 del Código Penal, se caracteriza por la intención directa.

### **III. LA RESPONSABILIDAD PENAL POR APROPIACIÓN INDEBIDA O MALVERSACIÓN DE BIENES AJENOS COMETIDA POR UN FUNCIONARIO, ASÍ COMO POR ADQUISICIÓN ILÍCITA DE BIENES AJENOS POR UN FUNCIONARIO MEDIANTE ABUSO DE FUNCIONES**

Es el sujeto activo del delito lo que distingue los delitos tipificados en las partes 1 y 2 del artículo 191 del Código Penal. Así, la parte 2 del artículo 191 del Código Penal establece la responsabilidad penal por apropiación indebida o malversación de bienes ajenos cometida por un funcionario y no por un sujeto general. El concepto de funcionario se define en la parte 3 del artículo 18 del Código Penal «Sujeto activo de una infracción penal».

Los funcionarios son personas que de manera permanente, temporal o bajo autoridad especial desempeñan las funciones de representantes de las autoridades o autogobiernos locales, así como que ocupan permanente o temporalmente en autoridades estatales, órganos de autogobierno local, empresas, instituciones u organizaciones cargos relacionados con la implementación de funciones organizativas-administrativas o administra-

tivo-económicas, o desempeñar dichas funciones bajo una autoridad especial otorgada a una persona por un organismo autorizado del poder estatal, un organismo de autogobierno local, un organismo central de la administración estatal con un estatus especial, un organismo autorizado o un funcionario autorizado de una empresa, institución, organización, tribunal o por ley.

La apropiación o malversación de bienes ajenos, cometida por un funcionario, en cuanto a la naturaleza de actos delictivos, no difieren de los mismos actos cometidos por un sujeto activo general de un delito penal.

Una forma especial de malversación de fondos, parte 2 del artículo 191 del Código Penal reconoce la adquisición ilegal de bienes ajenos mediante el abuso por parte de un funcionario de su cargo oficial. La diferencia entre este tipo de adquisición ilegal de la apropiación y despilfarro de la propiedad ajena es el hecho de que la propiedad especificada no fue confiada al funcionario y no estaba en su posesión. Sin embargo, un funcionario, en virtud de sus poderes oficiales, tiene derecho a disponer de estos bienes a través de otras personas subordinadas a él (empleados de la empresa, etc.).

En caso de malversación por abuso de cargo, un funcionario toma posesión de la propiedad ajena (o adquiere el derecho a ella), permitiendo diversos abusos de cargo, es decir, comete determinadas acciones ilegales contrarias a los intereses del servicio.

Este tipo de embargo ilegal de bienes por parte de un funcionario puede ser:

- en la enajenación indirecta de bienes mediante la emisión de órdenes ilegales escritas u orales, creando condiciones que permitan en el proceso de producción u otras actividades de la empresa apoderarse de bienes pertenecientes a esta empresa y convertirlos ilegalmente en propiedad de un funcionario o otras personas, consumirlo o disponer de esta propiedad de otro modo;
- tiene derecho a realizar acciones que tengan importancia legal, es decir, emitir órdenes sobre la recepción ilegal por parte de un funcionario de fondos monetarios en forma de bonificaciones, complementos salariales, pensiones, beneficios u otros beneficios sociales, para transferir fondos monetarios a beneficio propio en virtud de contratos de trabajo ficticios u otros contratos de trabajo o servicios que realmente no fueron realizados, cesión ilegal intencional y pago de fondos por parte de un funcionario a personas que no tienen derecho a recibirlos, etc.

Acciones penales previstas en parte 2 del artículo 191 del Código Penal, se castigan con restricción de

libertad por un período de hasta cinco años o privación de libertad por el mismo período, con privación del derecho a ocupar determinados cargos o realizar determinadas actividades por un período de hasta tres años.

#### **IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL POR APROPIACIÓN INDEBIDA, MALVERSACIÓN DE BIENES AJENOS O ADQUISICIÓN DE DICHOS BIENES POR PARTE DE UN FUNCIONARIO EN EJERCICIO DE UN CARGO OFICIAL, COMETIDO EN CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES**

Partes 3 y 4 del artículo 191 del Código Penal reconoce como delito grave la apropiación indebida, la malversación de bienes ajenos o la adquisición de dichos bienes por un funcionario en uso de su cargo oficial, si se cometen estos actos:

- repetidamente;
- por conspiración previa de un grupo de personas;
- en grandes cantidades (por una cantidad que sea doscientas cincuenta veces o más el ingreso mínimo libre de impuestos de los ciudadanos en el momento de cometer un delito penal);
- en condiciones de guerra o estado de emergencia.

Los delitos especificados se castigan, entre otras cosas, con la privación de libertad por un período de cinco a ocho años.

Parte 5 del artículo 191 del Código Penal reconoce como delito especialmente grave la malversación, la malversación de bienes ajenos o la adquisición de dichos bienes por parte de un funcionario en uso de su cargo oficial, si se cometen estos actos:

- cantidades especialmente elevadas (por una cantidad que supere seiscientos veces o más el ingreso mínimo libre de impuestos de los ciudadanos en el momento de cometer un delito penal);
- un grupo organizado.

Se reconoce que un delito ha sido cometido por un grupo organizado, si en su preparación o comisión participaron varias personas (tres o más), que previamente se organizaron en una asociación estable para la comisión de este y otros (otros) delitos penales, unidos por un plan único con la división de funciones miembros del grupo, encaminado a la consecución de este plan, conocido por todos los miembros del grupo (Parte 3 del artículo 28 del Código Penal).

La comisión de estos actos se castiga con pena privativa de libertad de siete a doce años con privación del derecho a ocupar determinados cargos o realizar determinadas actividades por un plazo de hasta tres años y con confiscación de bienes.

#### **V. OTRAS FORMAS DE ADQUISICIÓN ILEGAL POR UN FUNCIONARIO DE BIENES AJENOS MEDIANTE ABUSO DE CARGO OFICIAL**

Varios artículos de la Parte Especial del Código Penal de Ucrania contienen prescripciones que prevén responsabilidad penal por apropiación indebida, malversación u otra adquisición ilegal por parte de un funcionario de bienes ajenos mediante abuso de cargo oficial.

En particular, de conformidad con la parte 2 del artículo 308 del Código Penal, la posesión de estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sus análogos por parte de un funcionario en abuso de su cargo oficial se reconoce como un delito grave y se castiga con pena privativa de libertad de cinco a diez años con privación del derecho a poseer ciertos cargos o realizar determinadas actividades por un período de hasta tres años, y con confiscación de bienes.

El sujeto activo de este delito puede ser un funcionario cuya autoridad sea la disposición de estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sus análogos.

Esta norma prevé la responsabilidad penal por las acciones especificadas en parte 2 del artículo 191 del Código Penal, cometido por funcionario, en relación con estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sus análogos, cuya circulación legal esté prohibida o restringida.

Parte 2 del artículo 410 del Código Penal prevé responsabilidad penal por la apropiación y otras adquisiciones por parte de un funcionario mediante el abuso de su cargo oficial de armas, suministros militares, explosivos u otras municiones, medios de transporte, equipo militar y especial u otros bienes militares. Estos actos están reconocidos como delitos graves y su comisión se castiga con pena privativa de libertad de cinco a diez años.

El sujeto activo de este delito puede ser un funcionario militar cuya autoridad incluya la disposición de armas, municiones u otros bienes militares.

#### **VI. ABUSO DE PODER O CARGO OFICIAL, COMO DELITO DE CORRUPCIÓN OFICIAL, Y SU DISTINCIÓN DE LA APROPIACIÓN ILEGAL DE BIENES AJENOS POR PARTE DEL FUNCIONARIO PÚBLICO UTILIZANDO EL CARGO OFICIAL**

En las actividades de los órganos de instrucción, surgen dificultades para distinguir el delito previsto en parte 2 del artículo 191 del Código Penal, y delito oficial definido en el artículo 364 del Código Penal. Por tanto, según la parte 1 del artículo 364 del Código

Penal reconoce como delito el abuso de poder o cargo oficial, es decir, intencional, con el objetivo de obtener cualquier beneficio ilícito para uno mismo o para otra persona física o jurídica, el uso por parte de un funcionario del poder o cargo oficial contrario al intereses del servicio, si causó un daño sustancial a los derechos protegidos por la ley, las libertades e intereses de los ciudadanos individuales o los intereses estatales o públicos, o los intereses de las personas jurídicas. Tales acciones se castigan con libertad condicional por un período de hasta tres años o restricción de libertad por un período de hasta tres años, o privación de libertad por el mismo período, con privación del derecho a ocupar determinados cargos o realizar determinadas actividades hasta tres años, con multa de doscientos cincuenta a setecientos cincuenta ingresos mínimos libres de impuestos de los ciudadanos.

Se plantea la cuestión de cuál es la diferencia entre apropiación ilegal de bienes ajenos por un funcionario mediante abuso de funciones la por parte del funcionario público utilizando el cargo

(artículo 191 del Código Penal) y abuso de poder o cargo oficial (artículo 364 del Código Penal).

La distinción entre estos delitos debe hacerse, en primer lugar, en función de las características objetivas del acto. En el caso de apropiación ilegal de bienes ajenos a título oficial, un signo como el abuso de cargo oficial es una forma de cometer dicha toma.

En el caso de abuso de cargo por parte de un funcionario, el objetivo no es apoderarse de los bienes que se encuentran en posesión de este funcionario o de personas subordinadas a él, sino obtener cualquier beneficio ilícito para él o para otra persona física o jurídica.

El tipo básico del abuso de cargo oficial se caracteriza por la comisión de determinadas acciones contrarias a los intereses del servicio, que consisten en el uso por parte de un funcionario de sus poderes y oportunidades para plantear exigencias y tomar decisiones vinculantes para otras personas o personas jurídicas. Las consecuencias de este delito consisten en causar daños importantes a los derechos, libertades e intereses legalmente protegidos de ciudadanos individuales, o a intereses estatales o públicos, o a los intereses de personas jurídicas.

Además, el sujeto activo del delito previsto en el artículo 364 del Código Penal, no es ningún funcionario en el sentido de la parte 3 del artículo 18 del Código Penal, por ser inherente al delito tipificado en el artículo 191 del Código Penal, y un funcionario, cuyo concepto se divulga en la nota a pie de página del artículo 364 del Código Penal.

Los funcionarios en el artículo 364 del este Código Penal son personas que de manera permanente, temporal o bajo autoridad especial desempeñan las funciones de representantes de las autoridades o del autogobierno local, y también ocupan cargos permanentes o temporales en las autoridades estatales, órganos de autogobierno local, en empresas estatales o comunales, en instituciones u organizaciones, cargos relacionados con el desempeño de funciones organizativas-administrativas o administrativo-económicas, o realizar dichas funciones bajo una autoridad especial otorgada a una persona por un organismo autorizado del poder estatal, un organismo de autogobierno local, un organismo del gobierno central con un estatus especial, un organismo autorizado o una persona autorizada de una empresa, institución, organización, tribunal o ley.

Para los efectos del artículo 364 del Código Penal, las empresas estatales y comunales se equiparan a personas jurídicas, en cuyo capital autorizado, respectivamente, la participación estatal o comunal excede el 50 por ciento o asciende a una cantidad que otorga al estado o comunidad territorial el derecho a una influencia decisiva en la actividad económica de dicha empresa.

Los funcionarios también son reconocidos como funcionarios de estados extranjeros, así como árbitros extranjeros, personas autorizadas para resolver conflictos civiles, comerciales o laborales en países extranjeros de manera alternativa del poder judicial, funcionarios de organizaciones internacionales (empleados de una organización internacional o cualquier otra persona autorizada por dicha organización para actuar en su nombre), miembros de asambleas parlamentarias internacionales de las que Ucrania es miembro, y jueces y funcionarios de tribunales internacionales.

## VII. CONCLUSIONES

El Código Penal de Ucrania prevé en varios artículos la responsabilidad penal por delitos como la apropiación indebida y la malversación de bienes ajenos, así como la adquisición ilegal de bienes ajenos por parte de un funcionario mediante abuso de cargo oficial. Al mismo tiempo, la formulación de las características objetivas de estos delitos no ha cambiado desde la Unión Soviética y caracteriza estas acciones de una manera demasiado simplificada. La existencia de un delito de abuso de poder o cargo oficial, definido de manera extremadamente vaga, tampoco contribuye a la investigación adecuada de las usurpaciones de propiedad ajena cometidas por funcionarios.



### VIII. BIBLIOGRAFIA

- Dorokhina Yu.A. Zlochyny proty vlasnosti. Teoretyko-pravo-ve doslidzhennia (en ucraniano) / Delitos contra la propiedad. Investigación teórica y jurídica. Kyiv, 2016.
- Kryminalnyi kodeks Ukrainy. Naukovo-praktychnyi komentar: za zah. red. V.J. Taciia, V.P. Pszonky, V.I. Borysowa, V.I. Tiutiuhina. 5-te vyd., dopov. T. 2: Osoblyva chastyna (en ucraniano) / El Código Penal de Ucrania. Comentario. La edición quinta modificada y completada. La redacción a cargo de V.I. Taciï, V.P. Pszonka, V.I. Borysov, V.I. Tiutiuhin. Kharkiv, 2013.
- Naukovo-praktychnyi komentar Kryminalnoho kodeksu Ukrainy. Za redakcieiu Melnyka M.I. ta Khavroniuka M.S. 11-ne vydannia, pereroblene ta dopovnene (en ucraniano) / Commentario científico-pratico del Código Penal de Ucrania. Editado por Melnyk M.I. y Khavroniuk M.I. La edición undécima, revisada y complementada. Kyiv, 2019.

### URUGUAY

**Pablo Galain Palermo<sup>1</sup>**

El peculado es un tipo penal que puede ser cometido únicamente por funcionarios. Él se encuentra en el Libro II, Título IV, inaugurando la sección de delitos contra la administración pública del Código Penal.

El Art. 153 CP tipifica al peculado de la siguiente forma: “El funcionario público que se apropiare el dinero o las cosas muebles, de que estuviere en posesión por razón de su cargo, pertenecientes al Estado, o a los particulares, en beneficio propio o ajeno, será castigado con un año de prisión a seis de penitenciaría y con inhabilitación especial de dos a seis años.”.

Se trata de un delito especial contra la administración pública que solo puede ser cometido por un funcionario<sup>2</sup>, cuyo tipo penal se realiza en aquellas situaciones en las que dicho autor especial se ha apropiado de cosa ajena de forma indebida. Es un delito que la doctrina ha calificado según su modalidad comisiva, esto es, en cuanto su tipo penal es realizado “mediante apropiación de cosas” (Art. 153 CP) o “por aprovechamiento del error de otro” (Art. 155 CP)<sup>3</sup>.

El Código Penal ofrece en el Art. 175, en una sección dentro del Capítulo VI: “Disposiciones comunes a los capítulos precedentes” una definición de funcionario público que se basa en el ejercicio de un cargo en cualquier ente público o persona pública no estatal.

Según el artículo 175 (Concepto de funcionario público): “A los efectos de este Código, se reputan funcionarios a todos los que ejercen un cargo o desempeñan una función retribuida o gratuita, permanente

o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público o persona pública no estatal.

Lo relevante del tipo penal de peculado es que la cosa llega a las manos del funcionario (incluso mediante error de otro) debido al cumplimiento de la función (posesión funcional del bien en cuestión). Podríamos decir que el tipo penal de peculado tiene un símil en el delito genérico de apropiación indebida que castiga la apropiación de cosa recibida en custodia y con obligación de restitución o con mandato de destino (Art. 351 CP)<sup>4</sup>. El peculado tiene un estrecho ligamen con la conducta de la apropiación indebida toda vez que se produzca una inversión del título de la tenencia o posesión de la cosa material (dinero u otros objetos), sobre la que se ejercen actos de dominio como la incorporación al ámbito del autor, quien puede llegar a disponer de los objetos “en posesión o custodia” como si fuera su legítimo propietario. Cuando se trata de dinero el delito se consume con el uso del mismo, pero un sector de la doctrina entiende que el uso momentáneo de la cosa mueble u objeto material sin ánimo de apropiarse, deberían entenderse como “peculado de uso”<sup>5</sup>. Sin embargo, esta propuesta de *lege ferenda* no ha sido considerado por el legislador, de modo que en Uruguay no se castiga el peculado por mero uso (con restitución de la cosa), aun cuando se pudiera pensar que hay una apropiación momentánea y apenas con algún acto de dominio sobre la misma. El uso de cosas fungibles se considera realización del tipo penal, si bien podría existir una atenuación de la responsabilidad en caso de restitución posterior (Art. 46.8 CP).

Es un elemento definidor del tipo penal que el funcionario se encuentre en “posesión de los bienes en razón de su cargo”<sup>6</sup>, de forma tal que si las cosas de las que se “apodera” no las hubiera “recibido” debido a la función que desempeña estaríamos frente al tipo penal del delito de hurto<sup>7</sup>. Este es un delito que se castiga también de forma continuada cuando se trata de maniobras reiteradas en el tiempo<sup>8</sup>.

Es importante aclarar que dentro del injusto penal aquello de lo que el funcionario dispone de manera ilegítima puede pertenecer al Estado o a particulares, de modo que la víctima puede ser tanto la Administración como los privados<sup>9</sup>, pues lo relevante para el tipo penal es que la conducta del funcionario (de apropiarse de la cosa que estuviere en posesión por razón de su cargo) hubiera tenido la finalidad específica de lograr un beneficio económico para sí o para un tercero. Esto significa que el legislador uruguayo pone el acento en el simple abuso de la función con la prueba de un elemento

subjetivo del tipo (la finalidad de obtener el beneficio económico propio o ajeno).

Este aspecto del abuso en la función que domina la consideración de los delitos contra la administración provoca algunas situaciones insatisfactorias al momento de la lucha contra el fenómeno de la corrupción, en tanto la mayoría de las estrategias diseñadas por Fiscalía para la represión de estas conductas de extrema gravedad para bienes jurídicos individuales y colectivos se concentran en la persecución de simples abusos de función<sup>10</sup> en detrimento del diseño de una política de persecución contra las organizaciones criminales que pueden estar detrás de complejas tramas de corrupción que involucran tanto a funcionarios como particulares, grupos y redes criminales que operan nacional e internacionalmente<sup>11</sup>, muchas de ellas, apoyadas por estructuras de lavado de dinero y otras formas de reconversión de las ganancias ilícitas dentro de los mercados financieros y económicos<sup>12</sup>.

Entre 2003 y 2013 el delito de peculado fue el más perseguido de los delitos contra la Administración Pública (289 procesamientos, 26,5% de los procesamientos acumulados)<sup>13</sup>. En varios casos se condena por abuso de funciones en concurso con el delito de peculado, tal como fue el caso de un ex presidente de la república en funciones por conductas realizadas mientras se desempeñaba como presidente en un ente autónomo vinculado con los hidrocarburos, fundamentalmente por la utilización de “tarjetas corporativas” para la compra de bienes personales y por la contratación de empresas petroleras extranjeras (por ejemplo, PETROECUADOR) “sin llamado previo a licitación o competitivo, eludiendo las normas de actuación del Estado en dichos casos”<sup>14</sup>.

El legislador prevé incluso una circunstancia atenuante especial cuando la apropiación fuera de “dinero o cosas de poco valor” y se haya producido “la reparación del daño previamente a la acusación fiscal” (Art. 154 CP). En el caso concreto, queda a criterio del juez la difícil tarea de determinar el parámetro en el que se trate de la poca “cuantía” o el escaso “valor” de aquello de lo que se ha apropiado el funcionario. Para completar los elementos abiertos a la interpretación que deja esta norma esta lo referente a las condiciones en las que se tiene que dar la reparación del daño

En el Art. 155 se tipifica una especie de peculado vinculado con el aprovechamiento de una situación basada en el error por parte de un “cooperador” involuntario, alguien que con su equivocación “favorece” a quien recibe algo que no le corresponde y, sin embargo, ejerce dominio y disposición sobre los objetivos recibidos<sup>15</sup>. Es importante aclarar que en este figura delictiva

el funcionario no induce en error a otra persona sino que se aprovecha de ese error para aprovecharse de la cosa de manera indebida.

Ahora bien, en un análisis del delito de peculado dentro del concepto amplio de corrupción, cabe decir que el ordenamiento jurídico penal uruguayo concentra la atención de los delitos vinculados con la corrupción en el nivel público, desconociendo la necesidad político criminal de una tipificación concreta de los delitos de corrupción entre particulares, aun cuando es signatario de tratados internacionales donde se sugiere la creación de tales delitos. A nivel internacional la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (Convención de Mérida) es la norma fundamental en relación con la malversación de fondos por parte de funcionarios o empleados del ámbito privado. En este tratado se propone la tipificación de esta conducta delictiva a nivel público<sup>16</sup> y privado<sup>17</sup>, sugerencia que fue seguida parcialmente por la Ley 18.056 de 20.11.06 que incorpora la norma internacional al ordenamiento jurídico uruguayo dejando fuera de consideración a la corrupción entre privados como una cuestión con relevancia penal. Esta lógica político criminal parece ser aprobada por una parte de la doctrina que sugiere que la Convención de Mérida con su lucha contra la corrupción podría enmarcarse en lo que Jakobs ha denominado “Derecho Penal contra Enemigos”, sin mayor posicionamiento sobre la ausencia de tipificación sobre la corrupción entre privados<sup>18</sup>.

En Uruguay la malversación de bienes por parte de un particular en la actividad privada (“persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella”) no está específicamente tipificada dentro del “curso de actividades económicas, financieras o comerciales” cuando se trate “de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo”.

Cabe decir que, aunque el ordenamiento jurídico penal uruguayo no ha tipificado el delito de corrupción entre privados como tal, existen figuras análogas a las exigencias y requisitos del Art. 22 de la Convención de Mérida en cuanto a tipificar como delito la malversación o peculado de bienes en el sector privado. En ese sentido, el legislador uruguayo ha tipificado el fraude concursal (Art. 248 Ley 18.387 de 2008)<sup>19</sup> y la insolvencia societaria fraudulenta (art. 5 Ley 14.095)<sup>20</sup>. También en la Ley 16.060 (Arts. 387 y ss), de Sociedades Comerciales están previstos algunos conflictos de intereses e incompatibilidades para los administradores o directores de sociedades anónimas y las responsabili-

dades por: a) violaciones a la ley, el estatuto, o el reglamento, o, b) por el mal desempeño de su cargo por el abuso de facultades (dolo o culpa grave). De esta manera, todo lo relacionado con la corrupción entre privados (malversación o peculado de bienes en el sector privado) en el sistema penal uruguayo se concentra en la prohibición de los fraudes concursales y la insolvencia societaria fraudulenta.

La política criminal uruguaya, podría sostener, que apenas se preocupa por el grave y actual problema de la corrupción entre privados, concentrando la prevención y represión de los actos desviados por motivos de lucro a los comportamientos de los funcionarios y el contexto de la protección de la administración pública<sup>21</sup>. Los problemas de corrupción vinculados con el buen funcionamiento del mercado o con la propiedad de los participantes privados en los mercados no son considerados en Uruguay como un problema que interese particularmente al derecho penal en la lucha contra el fenómeno de la corrupción. A pesar de que la comunidad internacional considera a la corrupción entre privados como un problema transnacional grave debido a la influencia que hoy tienen a nivel financiero y comercial las empresas multinacionales y a pesar de los compromisos internacionales contraídos con la firma de tratados, existe en Uruguay una desidia legislativa que obedece a una extraña falta de interés en la protección de determinados bienes jurídicos vinculados con el funcionamiento de las finanzas y los mercados. Una posible explicación también podría encontrarse en el apego del legislador a una vieja concepción de lo corrupto vinculado exclusivamente con el ámbito del buen funcionamiento del Estado. Sin embargo, en lo que refiere exclusivamente al peculado no existen figuras penales como el “peculado de uso” u otras formas imprudentes en el manejo de las cosas sometidas a custodia dentro de la Administración Pública.

### Notas:

1 Investigador y Docente Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile.

2 Serán considerados para el sistema penal funcionarios aquellos que trabajen para las entidades estatales, exceptuando a los empleados de concesionarios de servicios públicos que se rigen por el derecho laboral. Langón, Miguel, Código Penal, Tomo II, Universidad de Montevideo, 2007, p. 234.

3 Bayardo, Fernando, Derecho Penal Uruguayo, Tomo IV, Dirección General de Extensión Universitaria, Montevideo, 1979, p. 131.

4 Artículo 351 (Apropiación indebida). “El que se apropia, convirtiéndolo en su provecho o en el de un tercero, dinero u otra cosa mueble, que le hubiera sido confiado o entregada por

cualquier título que importare obligación de restituirla o de hacer un uso determinado de ella, será castigado con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría”.

5 Bayardo, Fernando, *ibidem*, p. 134.

6 “Razón del cargo significa tener la cosa o dinero por competencia propia del cargo, por competencia determinada por ley o decreto, no ocasionalmente, porque si un funcionario se apropiare de un dinero que le fue entregado en custodia ocasionalmente, cometería un simple delito de hurto agravado por el inciso 13 del art. 47, pero no peculado”. Cairoli, Milton, “Curso de Derecho Penal Uruguayo”, Tomo IV, FCU, Montevideo, 1995, p. 208.

7 Según la jurisprudencia “no solo incurrirá en “peculado” el funcionario que tenga la tenencia material de los bienes, sino también toda vez que sea responsable por su vigilancia, por su disposición momentánea, o por la custodia y por actos realizados a su respecto por otras personas bajo su dependencia” Sentencia Casación 1187 de 2022. “Presunta comisión de un delito de peculado - Casación Penal”, IUE: 2-29165/2020 file:///C:/Users/galai/Downloads/SENTENCIA1187.pdf

8 <https://www.poderjudicial.gub.uy/institucional/item/5090-juez-souto-condeno-a-policia-que-hurto-combustible-de-su-dependencia-para-uso-personal.html>

9 El hecho de que la víctima sea un particular que se vea perjudicado por el funcionario no parece ser de interés del legislador para la configuración del injusto, pues el núcleo de lo prohibido y del posterior reproche reside en la apropiación con abuso de la función. La protección de la propiedad del particular no es parte de este tipo penal, ni siquiera en casos en los que el bien hubiese llegado a manos del funcionario en razón de una medida cautelar real. El particular como ofendido individual no está abarcado por el bien jurídico protegido, quedándole solo expedita la vía de la reclamación contra la administración pública.

10 Galain, Pablo, “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”, Revista Política Criminal, 16, 32, 2021 pp. 745-773.

11 Olasolo, Héctor y Galain, Pablo, “Corrupción institucional y organizacional: las redes complejas de corrupción”, Revista Política Criminal, 19, 37, 2024, pp. 129-161.

12 “Galain, Pablo y Olasolo, Héctor, “Actos individuales desviados, corrupción significativa, gran corrupción, captura del Estado y corrupción institucional”, *Ius et Praxis*, 3, 2023, pp. 103-127.

13 <https://www.poderjudicial.gub.uy/institucional/item/297-peculado-es-el-delito-por-el-que-se-registraron-mas-procesamientos-entre-2003-y-2013.html>

14 Sentencia N° 562 de 11 de diciembre de 2018 file:///C:/Users/galai/Downloads/sent-TAP4\_11-12-18\_ancap-abuso-funciones-peculado.pdf

15 (Peculado por aprovechamiento del error de otro). “El funcionario público que en ejercicio de su cargo, aprovechándose del error de otro, recibiere o retuviere, indebidamente, en beneficio propio o ajeno, dinero u otra cosa mueble, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión y dos a cuatro años de inhabilitación especial”.

16 Artículo 17. Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público. “Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el pecu-

lado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo”.

17 Artículo 22. Malversación o peculado de bienes en el sector privado. “Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, la malversación o el peculado, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella, de cualesquiera bienes, fondos o títulos privados o de cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado a esa persona por razón de su cargo”.

18 Langón, Miguel, Código Penal, Universidad de Montevideo, 2018, p. 443.

19 Art. 248 (Fraudes concursales).- “El deudor que, fuera de lo establecido en el artículo 253 del Código Penal y en oportunidad de la solicitud del concurso o en cualquier etapa posterior, exagere u oculte su activo o su pasivo, reconozca o aparente privilegios inexistentes o constituidos ilícitamente, sustraiga o esconda los libros sociales, acuerde u otorgue a sus acreedores con cargo a la masa activa ventajas particulares en razón de su voto, será castigado con un año de prisión a cinco años de penitenciaría. En el caso de las personas jurídicas, incurrirán en este delito los socios, directores, administradores, de hecho o de derecho, que hayan aprobado la realización o hayan realizado los actos constitutivos del delito”.

20 Art. 5 (Insolvencia societaria fraudulenta). “El que para procurarse un provecho injusto, para sí o para otro, ocultara, disimulara o hiciese desaparecer, parcial o totalmente, el patrimonio de una empresa en perjuicio de un tercero, será castigado con pena de doce meses de prisión a diez años de penitenciaría”.

21 En proceso de seguimiento del cumplimiento de la Convención de Mérida de 2003 los expertos de Argentina y Brasil que visitaron Uruguay remarcaron que se: “Considere la posibilidad de tipificar con arreglo a la Convención el soborno en el sector privado (art. 21), así como también legislar completamente sobre la malversación o peculado de bienes en el sector privado (art. 22)”. [https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisits/FinalReports/2016\\_12\\_08\\_Uruguay\\_Final\\_Country\\_Report.pdf](https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisits/FinalReports/2016_12_08_Uruguay_Final_Country_Report.pdf)

## VENEZUELA

**Jesús Enrique Rincón Rincón**

*Doctor en Derecho. Juez Penal Jubilado*

*Profesor de Derecho Penal General y Especial*

*Profesor de Postgrado de Penal y Procesal Penal*

*Presidente de la Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas del Estado Zulia*

### I. INTRODUCCIÓN

Debo comenzar aclarando que en España y en algunos otros países, el delito de Peculado es una de las

modalidades del delito de Malversación de caudales o fondos públicos. Pero ese no es el caso en Venezuela, donde son dos tipos penales distintos y claramente diferenciados. La Malversación consiste en utilizar fondos públicos para otros fines que no sean los estrictamente establecidos y autorizados en el presupuesto respectivo, esto es, para objetivos distintos a los destinados expresa y específicamente en la Ley. En cambio el Peculado implica el apropiarse para sí o para otro, de bienes o fondos pertenecientes al Estado.

Son delitos relacionados con la corrupción administrativa, especialmente con la corrupción pública. Están considerados como de los más repudiables que se pueden cometer, ya que, además de afectar bienes de carácter público o general, retrasando el desarrollo económico de todo un país y lesionando gravemente los principios y valores éticos y morales, que sustentan a la sociedad. Por ello últimamente se ha incrementado la tendencia mundial, de aumentar la persecución penal de estos delitos, así como el imponer las más severas penas, incluyendo la pena de muerte, tal y como está sucediendo actualmente en algunos países, como Singapur y China.

En realidad no es novedoso el aplicar penas severísimas en casos de delitos de corrupción, ya que desde la más remota antigüedad han sido aplicados castigos muy crueles por esos hechos punibles. Casos como el del Juez Real corrupto Sisamnes en tiempos del Imperio Persa (alrededor del año 530 a.C.), al que el Rey Cambises II mandó a ejecutar despellejándolo vivo, por haber incurrido en prevaricación al recibir un soborno en un juicio, dictando así una sentencia injusta<sup>1</sup>. Otro ejemplo, que por cierto está relacionado con Venezuela, es el establecimiento de la pena de muerte para el funcionario corrupto, “*que haya malversado o tomado para sí de los fondos públicos de diez pesos (\$ 10.00) arriba, queda sujeto a la pena capital*” (art. 1), decretado por El Libertador Simón Bolívar en Perú, hace poco más de 200 años, el 12 de enero de 1824. Dicho Decreto incluía el mismo castigo a la pena capital, del Juez que no aplicara dicha sanción contra los funcionarios corruptos (art. 2), considerando El Libertador que “*el único medio de extirpar radicalmente este desorden (del mal manejo de los fondos públicos por parte de algunos funcionarios) es dictar medidas fuertes y extraordinarias*”<sup>2</sup>. Se ha hecho muy popular en estos tiempos el Presidente Nayib Bukele de El Salvador, quien, en relación con la corrupción, afirma que “*la plata alcanza si no se la roban*”.



## II. SITUACIÓN ACTUAL DE LA CORRUPCIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA

La edición del año 2023, del ya habitual Índice de Percepción de la Corrupción (CPI)<sup>3</sup> elaborado por la ONG alemana Transparencia Internacional (TI), ubica a Venezuela como el país más corrupto de Latinoamérica y el segundo más corrupto a escala mundial. Desde hace 30 años (1995), esa organización elabora una calificación a nivel mundial<sup>4</sup>, donde se clasifica a 180 países del mundo, apareciendo Venezuela con apenas 13 puntos, en una escala de 0 (totalmente corrupto) a 100 (sin corrupción). A Venezuela sólo la supera Somalia (11 puntos), y se encuentra a la par de Siria y Sudán del Sur. Es una verdadera vergüenza y ya es una situación habitual, que viene sucediendo desde hace más de 20 años.

Mercedes de Freitas, Directora Ejecutiva de Transparencia Venezuela, asegura que el encabezamiento de Venezuela como el país más corrupto de Latinoamérica corresponde “a que los países que integran América Latina han venido implementando medidas en materia de la lucha contra la corrupción que los ha hecho mejorar, mientras que en el caso venezolano se han tomado pocas o ningunas medidas”.

“La lista de consideraciones que exige la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción están pendientes y por cumplir en Venezuela, como lo es por ejemplo una ley de acceso a la información pública; así como que en nuestro país la contratación de los empleados públicos sea por adjudicación directa y este mecanismo crea riesgo de que se origine la corrupción”, aseguró.

Para la Directora Ejecutiva de Transparencia Venezuela, el resultado del informe señala que “lamentablemente, la corrupción en Venezuela es cuestión de todos los días. Para realizar cualquier trámite no se transitan los canales regulares o la vía legal, los sistemas de control son débiles”.

La corrupción se ha disparado en los últimos 25 años, desde que Hugo Chávez llegó al poder en 1999. Eso no significa que el Gobierno de Hugo Chávez haya inaugurado la corrupción en Venezuela, ya que desde la época colonial campea, pero sí ha incidido mucho el autoritarismo del gobierno y la politización de las instituciones, así como el hecho de que los poderes públicos no tienen autonomía alguna y no ejercen control alguno, por lo que la lucha anticorrupción prácticamente no existe.

## III. LEGISLACIÓN VIGENTE SOBRE LOS DELITOS DE PECULADO Y DE MALVERSACIÓN

La Ley Contra la Corrupción vigente, es la publicada en la Gaceta Oficial No. 6699 Extraordinario del 2 de mayo de 2022<sup>5</sup>, que establece en su Título IV, los Delitos Contra el Patrimonio Público y la Administración de Justicia en la aplicación de esta Ley. Los delitos que se encuentran previstos en la Ley Contra la Corrupción son los usuales en este tipo de legislación: **peculado y sus diversas modalidades, malversación de fondos**, corrupción propia e impropia, instigación a la corrupción, enriquecimiento ilícito, acto arbitrario, favorecimiento electoral, concusión, evasión de aplicación de procedimientos de licitación u otros controles, utilización ilegal de fondos públicos, abarcando un total de más de 20 diferentes conductas delictivas. En relación con el delito de peculado, el autor Beltrán Haddad señala, que existen cinco formas comisivas de peculado, a saber: el peculado por apropiación, el peculado por distracción, el peculado impropio, el peculado culposo y el peculado de uso<sup>6</sup>.

Entre los delitos tipificados en la Ley, se encuentra el **delito de Peculado Doloso Propio**, aunque no lo denomina de esa manera, sino como “**Apropiación o Distracción del Patrimonio Público**”, en el artículo 59 de dicha Ley.

### “Apropiación o distracción del patrimonio público

**Artículo 59.** Cualquiera de las personas señaladas en el artículo 3 de esta Ley, que se apropie o distraiga, en provecho propio o de otro, los bienes del patrimonio público o en poder de algún órgano público, cuya recaudación, administración o custodia tengan por razón de su cargo, será penada o penado con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa del veinte por ciento (20%) al sesenta por ciento (60%) del valor de los bienes objeto del delito. Se aplicará la misma pena si el agente, aun cuando no tenga en su poder los bienes, se los apropie o distraiga o contribuya para que sean apropiados o distraídos, en beneficio propio o ajeno, valiéndose de la facilidad que le proporciona su condición de funcionaria pública o funcionario público”.

En relación con el **delito de Malversación**, la Ley, en su artículo 66, habla del **Delito de Malversación Específica** o delito de **Sobregiro presupuestario** o de **Endeudamiento No Autorizado**.

### “Excesos para contraer gastos o deudas

**Artículo 66.** La funcionaria pública o funcionario público que excediéndose en las disposiciones presupuestarias y sin observancia de las previsiones legales sobre crédito público, efectúe gastos o contraiga deudas o compromisos de cualquier naturaleza que hagan procedente reclamaciones contra la República o contra algunas de las entidades o instituciones indicadas en el artículo 4 de esta Ley, será penada o penado con prisión de uno (1) a tres (3) años, excepto en aquellos ca-

*... en las cuales la funcionaria pública o funcionario público, a fin de evitar la paralización de un servicio, obtuviere la autorización del gasto por parte de la Presidenta o Presidente de la República Bolivariana de Venezuela en Consejo de Ministros, debiendo notificarse esta autorización a las Comisiones Permanentes de Finanzas y de Contraloría o, en su defecto, a la Comisión Delegada de la Asamblea Nacional”.*

El delito más grave de los dos es, sin duda alguna, el de **Peculado Doloso Propio**, que es sancionado con una pena que oscila entre los 3 a los 10 años de prisión y multa del 20 al 60 % del valor de los bienes sustraídos. Esto es muy lógico, ya que el sujeto agente del delito se ha apropiado de fondos públicos para él o para otro, que no es el caso de la malversación. La pena por perpetrar el delito de Malversación es aún más baja, menos severa, de apenas de 1 a 3 años de prisión y algunos incluso cuestionan que se tipifique esa conducta de malversar, en el sentido de excederse o sobregirarse, ya que consideran que en muchos casos, el funcionario que se excede o se sobregire del presupuesto aprobado, y de esa forma endeude al organismo que dirige o administra, no actúa con dolo y lo hace sin beneficio alguno para él, en base a una situación excepcional, a veces de calamidad pública o estado de necesidad, es decir, qué, según ellos, se justifica la acción.

#### IV. LA NUEVA LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN ¿AVANCE O RETROCESO?

Para el Dr. Fernando M. Fernández<sup>7</sup>, Profesor en derecho penal económico, derecho penal internacional y derechos humanos, esta nueva Ley Contra la Corrupción, no contiene normas que mejoren la lucha contra ese flagelo, sino todo lo contrario, a su juicio constituye un retroceso inmenso, porque está plagada de muy graves defectos, los cuales enumera así:

1. No tiene ni menciona siquiera algunas normas básicas o estándares que sean precisos y eficientes contra el lavado de activos provenientes de la corrupción, tal como ha sido recomendado innumerables veces por organismos internacionales como el Grupo de Acción Financiera Internacional.
2. No tiene normas que permitan la recuperación de activos robados por la Gran Corrupción, lo cual hace inútil cualquier esfuerzo que se haga para reponer el daño causado por los ingentes capitales y activos saqueados al país. Carece de mecanismos y estándares de cooperación internacional para la recuperación de activos y búsqueda de corruptos. El programa STAR, sugerido por el Banco Mundial y la ONU, debería ser una base de orientación.
3. Se elimina la norma que aceptaba como ley interna a la Convención Americana contra la Corrupción, que estuvo prevista en el artículo final de dicha normativa, la cual decía así: “Disposiciones Finales. Primera. En todo cuanto sea procedente se aplicará lo previsto en la Convención Interamericana Contra la Corrupción, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.211 del 22 de mayo de 1997. Las autoridades venezolanas competentes adoptarán especialmente, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes, todas las medidas que sean necesarias para hacer efectivo lo previsto por dicha convención en las materias de extradición, medidas sobre bienes y secreto bancario, reguladas por sus artículos XIII, XV y XVI.” Esta omisión es un nuevo obstáculo a la lucha contra la corrupción, porque elimina de un zarpazo los dispositivos interamericanos en materia de extradición, recuperación de activos y secreto bancario. En otras palabras, el retroceso es inmenso y el aislamiento de Venezuela de los mecanismos interamericanos crea un espacio de impunidad propicio para tales delitos transnacionales.
4. También eliminó la Segunda Disposición Final que decía: “La comisión de los delitos contemplados en este Decreto con rango, valor y fuerza de Ley se tendrá como de lesa patria”. Esta afirmación, aun cuando eran palabras huecas, tenían la intención de colocar a la patria como el bien jurídico protegido.
5. Igualmente, eliminó la Disposición Final Tercera que establecía lo siguiente: “Los funcionarios públicos no podrán abrir cuentas innominadas en el exterior”. A la luz de los descubrimientos hechos por los Fiscales e investigadores penales de terceros países, se ha visto que esta normativa era incumplida sistemáticamente por los altos funcionarios que se enriquecieron impunemente.
6. Agrega las comunas y el concepto del Poder Popular, con lo cual le da un sentido político acen tuado inconstitucional y antidemocrático (art. 13). Las comunas venezolanas son mecanismos inconstitucionales y centralistas de control social y político.
7. No incorpora el concepto de Persona Expuesta Políticamente (“PEP”), nomenclatura técnica indicada en los estándares internacionales. Esta omisión es muy grave porque son las PEP las

causantes y beneficiarias de la Gran Corrupción identificada en Venezuela.

A pesar de los graves defectos de esta normativa, la recuperación de activos de la corrupción puede ser lograda, mediante la cooperación penal internacional o intentar acciones civiles en el extranjero, aún sin reformar la Ley; para lo cual se requiere voluntad política y un gran esfuerzo legal, para usar las herramientas y mecanismos de la Convención de la ONU contra la Corrupción. No obstante, conviene reformarla para hacerla más eficaz.

En fin, para el Profesor Fernando M. Fernández, nada nuevo hay en esta legislación, los cambios son puramente cosméticos y gatopardianos, no hubo realmente algún avance sustantivo, sino más bien un marcado retroceso, por lo que nada bueno hay que esperar de su aplicación. Sin embargo, considera qué, además de hacer visible este asunto, es necesario continuar en la lucha global y nacional contra la corrupción, ello es fundamental para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos. La recuperación económica del país y la erradicación de la pobreza también lo exige. En conclusión, esta nueva Ley es una fachada con modificaciones insignificantes, que no permitirán erradicar el flagelo de la corrupción en todas sus manifestaciones, sea grande o pequeña.

En todo caso, la propia Constitución Nacional venezolana de 1999, establece expresamente en su artículo 171, que ***“No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o el tráfico de estupefacientes. Asimismo, previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con los delitos contra el patrimonio público o contra el tráfico de estupefacientes”*** (negritas agregadas).

## V. CONCLUSIONES

La realidad es que la corrupción en la mayoría de los países del mundo está totalmente descontrolada<sup>8</sup>, muy especialmente en los gobiernos denominados “autoritarios”, un eufemismo para referirse a las “dictaduras” y hay una evidente conexión entre el auge de la corrupción y la ausencia o debilitamiento de un verdaderamente autónomo, independiente, robusto y creíble sistema de justicia. De acuerdo con Transparencia Internacional, en la mayoría de los países, tanto el Poder Judicial, así como el Ministerio Público, las policías de investigaciones y las instituciones relacionadas con todos esos organismos que administran la justicia, están

muy politizadas y son dependientes del Poder Ejecutivo, del gobierno de turno, situación que se hace aún más evidente y notoria, cuando se trata de regímenes que ya tienen mucho tiempo en el poder y que se siguen aferrando a él, por todos los medios, tanto legales como ilegales, incluido el fraude electoral.

También se observa una clara diferenciación, en cuanto al auge y enfrentamiento del problema de la corrupción, entre los países que se rigen por sistemas verdaderamente democráticos y aquellos que son autoritarios o dictatoriales, porque definitivamente democracia y corrupción no se llevan nada bien, de hecho, se oponen. El continente o región que tiene la mejor puntuación en el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC), es Europa Occidental y específicamente los países de la Unión Europea, cuya puntuación media de IPC es de 65 sobre 100. Es muy significativo que en los primeros puestos y desde hace muchos años, aparezcan Dinamarca, Finlandia, Nueva Zelanda, Noruega, Singapur y Suecia, que son considerados como los países menos corruptos del mundo, ocupando constantemente altos puestos en materia de transparencia financiera internacional, mientras que los más corruptos son Siria, Sudán del Sur y Venezuela (con una puntuación de 13), así como Somalia, en el último lugar (con una puntuación de 11). De Latinoamérica el país mejor valorado, con poca corrupción, es Uruguay (73), seguido por Chile (66).

La corrupción es considerada como uno de los obstáculos más importantes para promover el crecimiento económico sostenible y alcanzar reducciones importantes en los niveles de la pobreza. No hay elemento más indignante para cualquier residente de un país, que observar como funcionarios se aprovechan de los bienes públicos para hacer fortuna, esto, además de significar una ineficiente utilización de los recursos, trastoca toda la moral nacional y merece el mayor de los repudios.

Transparencia Internacional hace un llamado a los gobiernos para que otorguen a los sistemas de justicia la independencia, los recursos y la transparencia necesarios para castigar eficazmente todos los delitos de corrupción y poner controles institucionales al poder. Cuando resulte necesario, los gobiernos también deben adoptar leyes y procedimientos más eficientes para que las instituciones de justicia puedan protegerse frente a actos corruptos y contrarrestarlos. De tal manera, que el fortalecimiento de las instituciones es fundamental, para que puedan ejercer adecuada y autónomamente, todas las funciones controladoras, que prevengan, eviten y/o detecten, los actos de corrupción.

Todos los países y muy especialmente Venezuela, que se encuentra en el último lugar a nivel de Latinoamérica en la lucha contra la corrupción, y de penúltima a nivel mundial, tiene que hacer una revisión muy profunda de las fallas que tiene en sus instituciones, sobre todo en el Sistema de Justicia y en la Contraloría, para subsanar esta situación, absolutamente intolerable e inaceptable, propia de un Estado fallido y delincuencia, no de una República democrática, de derecho y de justicia, como se proclama en la Constitución.

No puede haber desarrollo económico, con esas tasas tan altas de corrupción, ya que nadie va a venir a invertir, ni puede tener confianza y credibilidad, en un país con esos niveles de corrupción, sin estado de derecho y sin la seguridad jurídica necesaria, para garantizar esas inversiones. Si Venezuela no toma todas las medidas que se requieren urgentemente, para que el sistema judicial funcione con autonomía, independencia, probidad, imparcialidad y profesionalismo, como los de los países desarrollados, nunca saldrá del foso en que se encuentra. Hasta los organismos multilaterales tienen muy mala experiencia con Venezuela, porque los recursos que nos han suministrado en calidad de préstamos, han sido despilfarrados y utilizados para otros fines, enriqueciendo a funcionarios del régimen.

Se ha demostrado que las estrategias anticorrupción efectivas deben basarse en cinco elementos claves: Aumentar la responsabilidad política; Fortalecer la participación de la sociedad civil; Crear un sector privado competitivo; Desarrollar mecanismos institucionales de control al poder; y Mejorar la gestión del sector público. Los mecanismos de control son fundamentales, pero en Venezuela no existen o no funcionan, ya que por razones políticas y/o ideológicas se encuentran subordinados al poder ejecutivo, que influyen a su vez en el sistema de justicia, que cada día está más deteriorado, como todas las demás instituciones, que no cumplen con sus deberes legales y constitucionales. Esto incluye al Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), que se ha convertido en un apéndice del gobierno central, ya que desde hace muchos años no hay una real separación de poderes. Todo ello nos lleva a una situación totalmente intolerable, donde nadie toma en serio las amenazas de ser investigado, procesado o sancionado a una pena severa, por perpetrar delitos contra la administración pública, porque las posibilidades de que eso ocurra son mínimas y la impunidad está prácticamente garantizada.

Por lo tanto, los organismos internacionales recomiendan a los países, que deben revisarse y hasta eliminarse, las inmunidades y privilegios existentes en

algunos cargos públicos, para que no se constituyan en obstáculos de investigaciones y procedimientos legales, de las actuaciones de los funcionarios. Así como alargar los plazos para la prescripción de los delitos contra la cosa pública, para que las autoridades tengan el tiempo suficiente para investigar, procesar y castigar a los funcionarios que incurran en actos de corrupción. En Venezuela, por disposición constitucional (artículo 271), las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra el patrimonio público, no prescriben. Y en fin, que deben establecerse normas muy estrictas, efectivas y eficaces contra la corrupción, aplicando a su vez medidas preventivas, de vigilancia, supervisión y control, así como una política de tolerancia cero hacia esos delitos, con penas muy severas, que es lo que están haciendo varios países actualmente, con muy buenos resultados.

La Presidenta de la Comisión Europea, Úrsula Von der Leyen, expuso en su discurso sobre el estado de la Unión en 2022, la necesidad de medidas firmes contra la corrupción, afirmando que *“La corrupción es muy perjudicial para la sociedad, nuestras democracias, la economía y las personas. Socava las instituciones de las que dependemos, diluyendo su credibilidad y su capacidad para desarrollar políticas y servicios públicos de calidad. También facilita la delincuencia organizada y las injerencias extranjeras hostiles. Prevenir y combatir con éxito la corrupción es esencial tanto para salvaguardar los valores de la UE y la eficacia de sus políticas como para mantener el Estado de Derecho y la confianza en quienes gobiernan y en las instituciones públicas”*.

En este mismo sentido, el Presidente de la ONG alemana Transparencia Internacional, Francois Valérian, afirma que *“La corrupción seguirá ganando terreno hasta que los sistemas de justicia puedan castigar los actos indebidos e imponer controles a los gobiernos. Cuando la justicia es algo que se puede comprar o interferir políticamente, quienes sufren son las personas. Los líderes deben comprometerse de manera plena con fortalecer y garantizar la independencia de las instituciones que aplican la ley y enfrentan la corrupción. Es momento de terminar con la impunidad de la corrupción”*.

Tal y como muy bien se afirma en el informe de la ONG Transparencia Internacional, *“la relación entre corrupción y justicia, sin embargo, es más que unidireccional. Si bien la disminución de los niveles del estado de derecho en todo el mundo afecta a los esfuerzos por combatir la corrupción, la corrupción también contribuye a la erosión de la justicia restringiendo el*



*acceso y amenazando el principio básico de igualdad ante la ley. Cuando la corrupción se apodera del sistema de justicia, los poderosos y los ricos pueden escapar del procesamiento y la condena*". Por ello, la conexión entre los dos Índices, de percepción de la corrupción (IPC) y de estado de derecho (IED), son tan evidentes y claras.

### Notas:

1 Según el relato del historiador y geógrafo griego Heródoto de Halicarnaso, en el Libro 5to de su obra "Nueve Libros de la Historia".

2 Decretos del Libertador. Publicaciones de la Sociedad Bolivariana de Venezuela. Tomo I (1813-1825), pág. 283. Imprenta Nacional. Caracas, 1961.

3 Informe del 30 de enero de 2024.

4 Que es el principal indicador mundial de la corrupción en el sector público. Dicho Índice se elabora a partir de datos de 13 fuentes externas, que incluyen al Banco Mundial, el Foro Económico Mundial, empresas privadas de consultoría y evaluación de riesgos, grupos de especialistas y otras fuentes.

5 Oficialmente: "Ley de Reforma del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Contra la Corrupción".

6 HADDAD, Beltrán. "Peculado y Malversación". Livrosca. Caracas. 1996. Pág. 17. Igualmente en la obra "Comentarios a la Ley Contra la Corrupción", de diversos autores. Vadell Hermanos Editores. Caracas. 2003. pág. 110.

7 FERNÁNDEZ, Fernando M.: *El Estado como botín. Crónicas del despojo del patrimonio público y privado en Venezuela*. Disponible en: <https://www.uru.org/papers/DDHH/>

8 Según Transparencia Internacional, más de dos tercios de los países del mundo, tienen una muy baja puntuación, inferior a 50 puntos, tanto en el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) como el Índice de Estado de Derecho (IED), ya que, lógicamente, ambos índices están muy relacionados.