

GESTIÓN DEL BUEN GOBIERNO Y LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN A TRAVÉS DE LOS DELITOS DE PECULADO Y DE MALVERSACIÓN

GOOD GOVERNANCE MANAGEMENT AND THE FIGHT AGAINST CORRUPTION THROUGH THE CRIMES OF EMBEZZLEMENT AND PUBLIC MISAPPROPRIATION

***Autor: NORBERTO J. DE LA MATA BARRANCO
Institución: UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO (UPV/EHU)
Correo electrónico: norbertojavier.delamata@ehu.es***

Recibido el 24.11.2020

Aceptado el: 29.04.2021

RESUMEN

Una correcta lucha contra la corrupción requiere la tipificación de determinadas conductas lesivas de la correcta gestión del presupuesto público. Para ello la mayoría de legislaciones del mundo cuenta con preceptos destinados a sancionar la apropiación de caudales públicos. Pero no todas contemplan la administración desleal de los mismos ni, mucho menos, la desviación de fondos públicos. La sanción de ambas conductas es hoy en día absolutamente necesaria, aunque no suficiente.

PALABRAS CLAVES

Corrupción, cohecho, peculado, malversación, administración desleal, fondos públicos

ABSTRACT

A correct fight against corruption requires the punishment of certain behaviors harmful to the correct management of the public budget. For this, the majority of laws in the world have provisions aimed at sanctioning the appropriation of public funds. But not all of them contemplate their unfair administration, much less the diversion of public funds. The sanction of both conducts is nowadays absolutely necessary, although not sufficient.

KEYWORD:

Corruption, bribery, embezzlement, misappropriation, diversion of property, public funds.

I. APUNTES TERMINOLÓGICOS SOBRE EL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

El fenómeno de la corrupción debiera interesar, desde un punto de vista jurídico-penal, no tanto, o en absoluto, por el enriquecimiento patrimonial que conlleva para quienes participan de él, sino por el perjuicio que pueda generar para intereses mercedores y necesitados de tutela. Esta perspectiva no puede dejar de atenderse desde el Derecho penal, al menos por quienes sigan creyendo en la institución del bien jurídico -en cuanto a su contenido material- como pilar fundamental en la construcción del mismo.

Sin embargo, esto es algo de lo que a menudo se prescinde. Y así se observa a simple vista si nos fijamos en las reformas que en esta sede se están produciendo en buen número de ordenamientos jurídicos y en las invitaciones que, a nivel internacional, realizan Organizaciones de carácter supraestatal para abordar dicho fenómeno desde diferentes ángulos, muy diversos, que lo único que tienen en común es el extender el campo de intervención penal sin que en ocasiones se sepa con qué justificación.

Todavía hoy, y a pesar de nuevos campos de interés -particularmente en el ámbito económico, en relación a cuestiones como la tutela de la libre competencia, el secreto de empresa o el libre desenvolvimiento de los mercados, y político-, es la corrupción en el funcionamiento de la Administración Pública la que seguramente continúa mereciendo mayor atención por parte de los diferentes legisladores en el Derecho comparado.

En este ámbito, se dice que la corrupción se produce cuando el poder que ha sido entregado por el Estado a una persona a título de administrador público -o sea, para gestionarlo de acuerdo con los intereses generales- no se utiliza correctamente, al desviarse su ejercicio, defraudando la confianza de sus mandantes, para obtener un enriquecimiento personal¹. De acuerdo, pero, ¿en qué se traduce ese desvío del ejercicio público y por qué ha de responderse a él penalmente? Si no acertamos a definir el interés que se lesiona o se pone en peligro con ese desvío o no podemos predicar del que se describa su susceptibilidad de tutela penal toda intervención en este ámbito debiera estar vetada.

Frecuentemente se insiste en la dificultad de encontrar un único bien jurídico como objeto de tutela de las distintas figuras de corrupción en su sentido más estricto -de cohecho, si se prefiere, en la terminología de los Códigos penales español o peruano²-, propia e impropia, del funcionario -pasiva- o al funcionario -activa-, especialmente por la tipificación de conductas, cuya legitimidad puede cuestionarse, vinculadas más que a la idea de una correcta gestión administrativa a cuestiones de carácter ético en relación con un enriquecimiento ilícito del funcionario que también podrá surgir, no obstante, con otras muchas formas de corrupción -en sentido más genérico- que no requieren una relación ilícita entre funcionario y particular -prevaricaciones, malversaciones o

¹ Así, Nieto García, *Corrupción en la España democrática*, Ed. Ariel, Barcelona, 1997, p. 7.

² Téngase en cuenta la diferente terminología de cada ordenamiento -o de las respectivas doctrinas- que no impide poder distinguir en todos ellos -punibles o no- el cohecho denominado pasivo o corrupción del funcionario, propio e impropio, y el cohecho denominado activo o corrupción al funcionario, propio e impropio.

peculados, concusiones o abusos en el cargo de cualquier clase- diferentes de lo que representa en sí el cohecho, y cuyo único denominador común se cifra justamente en este enriquecimiento y en el intento por evitar toda clase de colusión entre la función pública y el interés privado. Pero que con los delitos de cohecho se persiga la finalidad de eliminar la corrupción en la Administración Pública no implica considerar que el bien jurídico sea, por ejemplo, el interés en evitar que los funcionarios ejerciten sus funciones en atención a las recompensas entregadas u ofrecidas a los mismos, pues éste puede no reunir las características que han de predicarse de todo objeto de tutela penal. Habrá de concretarse no ya sólo, aunque también, qué es la corrupción -en lo que existe amplio consenso-, sino en qué medida -con objeto de tutelar qué interés capaz, necesitado y merecedor de tutela- debe intervenir frente a ella un Derecho penal en absoluto legitimado para actuar ante conductas únicamente faltas de ética o contrarias a reglamentaciones funcionariales.

Y aquí no ayudan, como se decía, la Convención Interamericana de 1996, el Convenio de la Unión Europea de 1997, la Convención del Consejo de Europa de 1999, el Convenio de Naciones Unidas de 2003 o la Decisión 2003/568/JAI, cada texto con su propio concepto de corrupción e instando a sancionar conductas de muy diferentes espectros: desde el clásico cohecho, hasta el terrorismo, la financiación ilegal o la trata de personas.

II. EL BIEN JURÍDICO A TUTELAR EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

1. Primera aproximación.

Vinculando directamente los delitos estrictos de corrupción -en sus distintas modalidades- con el propio concepto de corrupción, ha sido recurrente considerar en las definiciones que se proponen del objeto de tutela de estos delitos -sobre todo, pero no exclusivamente, en otras épocas y refiriéndose sobre todo a la figura del cohecho- la idea de incorruptibilidad y, desde similar perspectiva, el interés que existe en que los funcionarios públicos no incurran en corrupción. Amplia acogida ha tenido también en la doctrina el concepto de integridad³.

Con acierto, sin embargo, se ha insistido en que la integridad del funcionario interesa en la medida en que afecte al correcto desenvolvimiento de la función que le compete⁴, sin que pueda argumentarse a favor de estas posturas el que la consumación de determinadas figuras no exige la realización material de acto alguno por el funcionario público, pues tales previsiones pueden no responder sino a la voluntad de adelantar las barreras de protección penal, y sin que con

³ Véanse las distintas referencias que a esta diferente terminología se efectúan, con citas de numerosos autores, en De la Mata Barranco, “El bien jurídico protegido en el delito de cohecho”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 17, 2006, pp. 91 ss.

⁴ Por todos, Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación del funcionario público*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 147.

ello deje de ser dicha realización la razón por la que se estimen punibles las conductas descritas.

Las alusiones específicas a la idea de incorruptibilidad o integridad evocan en todo caso esa caracterización que tradicionalmente se ha venido haciendo de los delitos cometidos por los funcionarios públicos como delitos de infracción de un deber, en los que el bien tutelado se cifra precisamente en el correcto o fiel desempeño de las funciones del cargo o en el no quebrantamiento o dejación de los deberes que le son propios, como los de fidelidad, lealtad o probidad, términos similares a aquéllos y muy frecuentes en muchos autores⁵.

Frente a ellas, y refiriendo la crítica específicamente al ámbito del cohecho, a menudo se insiste, sin embargo, en que este tipo de construcción cifra el bien jurídico en conceptos demasiado genéricos para ser de alguna utilidad -de fórmula vacía y genérica incapaz de constituir un objeto de agresión autónomo se hablará en la doctrina italiana-, en cuanto no permite diferenciar los delitos de corrupción de otros delitos contra la Administración⁶ y dificulta la posibilidad de ofrecer un objeto de tutela común a las diferentes figuras de cohecho⁷ -de ahí las matizaciones de muchos autores, que a alguno le lleva a proponer objetos de tutela diversos-, al margen de la recurrente alegación jurisprudencial de que al particular se le sanciona en cuanto su conducta se entiende que induce al funcionario a la infracción de esos deberes que le son propios⁸.

Como es sabido, ha sido corriente de opinión extendida en Alemania la postura que desde la teoría del "deber del cargo" fundamenta el injusto de los delitos de funcionarios en la infracción del deber específico de su función. La referencia al mismo alude a un deber subjetivo originado por la particular relación que une al funcionario con el Estado, que en ocasiones se quiebra en un sentido de infidelidad, deslealtad o traición a la confianza que se deposita en él⁹.

No obstante, es ya lugar común en la doctrina insistir en que la mera infracción de un deber no puede fundamentar la intervención penal si no se pone en relación con el sustrato del que deriva el mismo; y, en Derecho penal, con un determinado objeto de tutela sobre el que se proyecta la obligación de garantizar su indemnidad. Si la infracción del deber se configura en sentido subjetivo y exclusivamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y el funcionario, la interpretación de los tipos penales, se dirá, no sólo se empobrece sino que adquiere tintes autoritarios¹⁰, confundándose además en tal planteamiento el incumplimiento del

⁵ Ampliamente, De la Mata Barranco, *La respuesta a la corrupción pública*, Ed. Comares, Granada, 2004, pp. 53 ss.

⁶ Por todos, Valeije Álvarez, "Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho", en *Estudios Penales y Criminológicos*, T. XVIII, 1995, p. 368.

⁷ Destaca esta idea en Italia, Pagliaro, *Principi di Diritto penale, Parte Speciale I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, nona edizione, Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 2000, p. 144.

⁸ Así lo explicaba Rodríguez Puerta, *El Delito de Cohecho, Problemática Jurídico-Penal del Soborno de Funcionarios*, Ed. Aranzadi, Navarra, 1999, p. 47.

⁹ Por todos, Wagner, *Amtsverbrechen*, Duncker&Humblot Verlag, Berlin, 1975, p. 28.

¹⁰ Así, García Arán, *La prevaricación judicial*, Ed. Tecnos, 1990, p. 37.

deber del cargo con las relaciones de servicio y anulándose la capacidad de distinguir el delito de la infracción disciplinaria¹¹.

Ha de reiterarse una vez más la insuficiencia de la tesis del incumplimiento de deberes para explicar el contenido del injusto penal de los delitos contra la Administración, independientemente de cualquier otra consideración sobre cada particular objeto de protección, por su propia incapacidad para ello. De ahí que progresivamente se haya ido abriendo paso en la doctrina la crítica a que el incumplimiento de deberes de fidelidad y probidad en sí, de hecho existentes y relevantes, pueda constituir el contenido material del injusto de tales delitos¹².

En una remisión ya clásica, cabe afirmar que "El deber del cargo no puede constituirse, en sentido técnico jurídico-penal, en objeto de protección penal, ya que, en todo caso, su relevancia se establece como concepto que existe en función de la protección de un verdadero bien jurídico [...] el sostenimiento del `deber del cargo´ como objeto de protección de los `delitos de funcionarios´ implica, además de una concepción política inaceptable, una visión formalista y abstracta del bien jurídico, incompatible con las funciones limitadoras del *ius puniendi* estatal que le son comúnmente atribuidas"¹³.

Parece acertado, por ello, seguir ya de entrada las posturas que tratan de objetivar el deber del funcionario, negando que el injusto descansa en la lesión de la relación funcional y cifrándolo en el correcto ejercicio de la función pública, siempre desde la perspectiva de los ciudadanos, frente a los cuales el deber de la Administración y de sus órganos operativos físicos -los funcionarios o servidores públicos- cobra auténtica relevancia penal¹⁴.

El desvalor de la conducta típica y, por tanto, la relevancia de la cualidad del sujeto activo de quien se exige aquella integridad, aquella actuación conforme a los deberes que le son propios, ha de interpretarse desde la concreción del bien que objetivamente se pretende tutelar y sólo puede tenerse en cuenta -y así ocurre en todos los delitos especiales- para atender la mayor vulnerabilidad que frente a tal sujeto presente dicho bien. De ahí que de alguna manera pueda aludirse a la posición de garante que debe desempeñar frente al mismo. La mera infracción de un deber, la "deslealtad", no puede fundamentar la intervención penal si no se relaciona con el sustrato del que deriva dicho deber, un objeto de tutela penal concreto de cuya indemnidad es garante el funcionario. Cabe aceptar su relevancia, en cuanto podrá derivar en un incorrecto ejercicio de la actividad administrativa. Pero de tal aceptación no habrá que deducir la lesión del bien jurídico-penal tutelado siempre que el depositario de la función pública infrinja uno de sus deberes. De este modo, la relevancia de la infracción de los deberes del

¹¹ Expresamente, Morillas Cueva/Portilla Contreras, "Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias", en *Comentarios a la legislación penal*, Dirigidos por Cobo del Rosal, Coordinados por Bajo Fernández, Tomo XVI, Edersa, Madrid, 1994, p. 180.

¹² Véase, por todos, Octavio de Toledo y Ubieta, *La prevaricación*, cit., pp. 218 ss.

¹³ Octavio de Toledo y Ubieta, *La prevaricación*, cit., p. 260.

¹⁴ En estos términos, Morillas Cueva/Portilla Contreras, "delitos de revelación de secretos", cit., p. 181.

cargo no se cifra en la quiebra de la fidelidad o lealtad a la condición pública, sino en la de la salvaguarda de un interés digno y merecedor de protección penal que compete particularmente a quien se encuentra en situación especial de dominio sobre dicho interés, enmarcado en los objetivos que caracterizan el servicio que fundamenta la existencia de la Administración, un servicio que debe atender a imperativos de legalidad, objetividad y eficacia, entre otros¹⁵.

Téngase en cuenta, por otra parte, que cuando se habla de corrupción, también en los últimos tiempos se alude a la “corrupción privada” o “de los negocios”, que nada tiene que ver con lo público, sino con la tutela de otros intereses. A ello no se hará referencia en cuanto sigue.

2. Distintas propuestas.

Como han destacado ya numerosos autores, la denominación de los Títulos que en las diferentes legislaciones acogen los delitos de corrupción -que no son sino delitos contra la “Administración Pública”- recoge claramente la evolución doctrinal sobre su contenido, permitiendo huir de la concepción que los reduce a meras infracciones de las obligaciones de los funcionarios para con la Administración. No interesan las relaciones internas que se establezcan en ella, su estructuración orgánica y la vinculación del funcionario con la institución, sino el desarrollo de la propia función pública que, hoy en día, exige una acomodación a los parámetros constitucionales que delimitan su correcta gestión y, sin duda, desde la consideración democrática y social del Estado al que sirve, su aspecto prestacional¹⁶. Con ello se subraya que toda actividad pública está embebida de la noción de función orientada a la sociedad y se posibilita un criterio de delimitación respecto de las infracciones disciplinarias propias de las relaciones administrativas internas¹⁷.

La priorización del elemento de la función pública por encima del elemento del deber tiene la virtud de situar en el centro de la protección penal un criterio de legitimidad material propio de la esencia del bien jurídico, que garantiza, con ello, su aspecto limitador del *ius puniendi* estatal¹⁸.

Y, además, esta concepción permite negar que cada vez que el funcionario infrinja los deberes que conlleva el correcto ejercicio de la función deba considerarse lesionado el objeto de tutela y explicar satisfactoriamente la agrupación sistemática de esta clase de delitos, en alguno de los cuales no

¹⁵ Véase De la Mata Barranco/Etxebarria Zarrabeitia, *Malversación y lesión del patrimonio público*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, pp. 105 y 113.

¹⁶ Por todos, Cugat Mauri, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 76 ss.; Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 83 ss.; o Rebollo Vargas, *La Revelación de Secretos e Informaciones por Funcionario Público*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1995, pp. 44 ss.

¹⁷ Véase, en este sentido, González Cussac, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª edición, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 23.

¹⁸ Expresamente Cugat Mauri, *tráfico de influencias*, cit., p. 99.

concorre la condición de funcionario en el sujeto activo, pero puede contribuir a afectar la prestación de funciones públicas objetivamente consideradas.

Desde esta perspectiva, ha sido frecuente sobre todo entre los autores alemanes describir el bien jurídico protegido en los delitos de corrupción, si bien no de forma exclusiva, aludiendo a la quiebra de la autoridad estatal, la autoridad de la Administración o la autoridad en el ejercicio estatal de funciones públicas. En las doctrinas española e italiana será usual referirse a la tutela de la buena imagen de las Administraciones públicas o de su dignidad y prestigio¹⁹. Y aquí nos referimos exclusivamente a lo que es corrupción en su sentido más estricto (al margen de otros delitos como la prevaricación, la malversación o el tráfico de influencias que tienen un componente corrupto pero que quedan abarcadas por el concepto amplio de corrupción vinculado, más que al encuentro delictivo de dos personas, a la idea de abuso de poder).

Las críticas que se efectúan contra este tipo de posturas inciden fundamentalmente en su dudosa legitimación desde las concepciones actuales del Derecho penal, al ofrecer una visión autoritaria de la Administración a la que se concibe como fin en sí misma y no como organización al servicio del ciudadano, al margen de que, además, procuren criterios de concreción inseguros, genéricos, amplios o incluso vacíos de contenido para afirmar la relevancia penal de determinadas conductas. Es evidente que cualquier comportamiento irregular del funcionario puede lesionar o poner en peligro el prestigio de la Administración -depende cómo se interprete éste-; pero por ello mismo estamos ante propuestas que en absoluto satisfacen ninguno de los aspectos fundamentales que el concepto central del bien jurídico exige al ordenamiento en orden a la precisión de los límites al *ius puniendi* estatal, al requisito de lesividad o peligrosidad de las acciones que pretenden penalizarse y a la necesidad de una correcta clasificación, desde el punto de vista material y valorativo, para la construcción de la Parte especial del Derecho penal²⁰.

Una construcción también tradicional en la doctrina alemana ha venido vinculando el objeto de tutela de los delitos de corrupción a la protección de la voluntad estatal, que queda alterada o falsificada, se dirá, a través de los comportamientos corruptos, en cuanto la actuación de la Administración se distancia del respeto a la Ley y a las decisiones que deben producirse conforme a ella, que lógicamente impide acoger la sanción de numerosas conductas corruptas (por ejemplo, en cohechos subsiguientes).

En todo caso, ya desde hace tiempo se insiste en la doctrina en que en la teorización que inspira la nueva perspectiva de enfoque de los delitos contra la Administración, ésta, en cuanto objeto de protección -en un Estado de derecho, social y democrático- no se corresponde ni con el conjunto orgánico ni con su dignidad o prestigio, sino con la función pública como actividad de prestación a los administrados.

¹⁹ Ampliamente sobre estas tesis, De la Mata Barranco, *La respuesta a la corrupción*, cit., pp. 62 ss.

²⁰ En estos términos Valeije Alvarez, "delito de cohecho", cit., p. 354.

En tal sentido, lo que se trata de tutelar no es un ente abstracto con independencia de su función jurídico-social, sino su correcto funcionamiento para que pueda servir con eficacia y objetividad a los intereses generales. No estamos por tanto sólo ante un concepto objetivo y no subjetivo de la Administración, sino ante un concepto prestacional, como antes señalaba, que exige delimitar sus fines y concretar los principios que informan la adopción de decisiones de su competencia, respecto a lo cual el respeto a las previsiones constitucionales es ineludible y, por consiguiente -primando según el caso unos u otros-, a los principios de coordinación, eficacia, imparcialidad, jerarquía, objetividad y, por supuesto, como concepto envolvente, legalidad.

Orientada la concreción del bien jurídico hacia una vertiente objetiva en la que se tenga en cuenta la Administración no en sí misma considerada sino en lo que representa en cuanto al servicio que debe prestar a los ciudadanos, la mayoría de la doctrina actual opta por considerar bien jurídico protegido de los delitos de corrupción, genéricamente, el buen funcionamiento de la Administración²¹.

Como se afirma en la doctrina italiana, un buen funcionamiento de la Administración, entendido en términos de eficacia de la acción administrativa para la consecución de fines públicos y asociado, en este contexto, a la situación de ajenidad que respecto a intereses particulares ha de observarse en la actuación administrativa. Ello se dirá que permite fundamentar todas las hipótesis de corrupción.

La alusión al correcto funcionamiento de la Administración, bien jurídico categorial o finalidad tuitiva común según diferentes terminologías, constituye una referencia genérica y poco indicativa del contenido sustancial del injusto de cada una de las figuras agrupadas entre los delitos “contra la Administración Pública”, insuficiente además para determinar la necesidad de tutela penal. El núcleo esencial del injusto de cada particular tipo penal de entre los que se enmarcan en la protección de la Administración deberá concretarse por ello a partir de las características esenciales del proceso o función administrativa de que se trate. Así, dicho funcionamiento se convierte en objeto de tutela penal cuando su afección se acompaña de lesión a intereses que puedan cifrarse de forma específica y, aceptado exclusivamente como punto de arranque para averiguar el objeto de protección concreto de estos delitos, ha de sustituirse por otros referentes más concretos²².

Vinculado en cierta medida con las propuestas precedentes referidas a la tutela de la institución en sí, pero también como antecedente de las tesis más compartidas últimamente centradas en el funcionamiento de la misma, el concepto de limpieza o pureza del servicio público también ha sido utilizado a menudo para describir el objeto de tutela de los delitos de corrupción.

²¹ Con ulteriores referencias, De la Mata Barranco, "Relación concursal entre los delitos de cohecho y prevaricación", en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In Memoriam*, Volumen II, Ed. Universidad de Castilla La Mancha-Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 939 ss.

²² Con ulteriores referencias, De la Mata Barranco/Etxebarria Zarrabeitia, *Malversación*, cit., pp. 102 y 114.

Sin embargo, como en el caso de la tutela de la dignidad y prestigio de la Administración, estamos ante posturas que prescinden del servicio que ésta ha de prestar a los ciudadanos, ofreciendo esa visión autoritaria a que antes se aludía, que acertadamente se insiste en rechazar. Pero es que, además, la pureza del ejercicio de la actividad pública no debe significar otra cosa en nuestro modelo constitucional que la actuación en dicho ejercicio de conformidad con los parámetros que concretan jurídicamente cómo ha de desarrollarse el mismo.

Desde este punto de vista, en la doctrina son numerosas las referencias a los principios de igualdad, legalidad y objetividad como bienes jurídicos protegidos en los delitos de corrupción -o al menos en alguna de sus modalidades-, alternativamente o, lo que será más frecuente, conjuntamente con otros. Y, vinculado a ellos, el de imparcialidad.

La idea de imparcialidad -asociada al concepto de eficacia indiferente-, condición esencial para el correcto funcionamiento de la actividad pública según las previsiones constitucionales, se entiende en este contexto como ausencia de interferencia en la toma de decisiones públicas²³ o como deber de los poderes públicos de obrar con neutralidad y objetividad respecto a los intereses privados -con lo que en realidad no es sino una manifestación específica de la idea de legalidad²⁴-, cualquiera que sea su naturaleza, operando como límite externo al buen funcionamiento de la Administración al garantizar la ausencia de arbitrariedad y la desigualdad de tratamiento entre los sujetos destinatarios de los servicios que los Poderes Públicos vienen obligados a ofrecer a los ciudadanos²⁵, lo que ha permitido incluso considerarlo bien jurídico medial para alcanzar la tutela de un derecho fundamental como es la igualdad de todos en la obtención de prestaciones públicas²⁶.

Es cierto que la normativización del interés a tutelar posibilita una interpretación del delito despojada de componentes éticos o morales, así como la exclusión -o la restricción punitiva- de los supuestos en los que el citado interés no se vea seriamente afectado. Pero, si bien se ha señalado que el principio de imparcialidad viene preterido o puesto en peligro cada vez que los órganos de la Administración mantienen relaciones o sufren influencias por parte de los particulares fuera de las formas previstas en la ley, existen tipos delictivos -en muchas legislaciones, incluidas la española o la peruana- que o en absoluto o no necesariamente requieren una vulneración del mismo, lo que ya muchos autores no pueden dejar de reconocer, y que, aunque la imparcialidad puede verse afectada por determinados comportamientos, lo será en el mismo terreno de consideración jurídica, y probablemente con menor evidencia, que por ejemplo la legalidad o la eficacia, según las diferentes modalidades del delito.

²³ Por todos, Rodríguez Puerta, *Delito de Cohecho*, cit., p. 84.

²⁴ Véase sobre esta idea Cugat Mauri, *tráfico de influencias*, cit., pp. 104 ss.

²⁵ Así, Valeije Alvarez, "delito de cohecho", cit., p. 368.

²⁶ Acerca de la vinculación de este principio con el respeto al principio de igualdad, Cugat Mauri, *tráfico de influencias*, cit., p. 115; Rodríguez Puerta, *Delito de Cohecho*, cit., p. 83; o Valeije Alvarez, *delito de cohecho*, cit., p. 31.

Realmente es difícil acertar a comprender en qué medida, por ejemplo, un funcionario vulnera el principio de imparcialidad cuando decide -inducido o no- cometer un delito de falsificación, violación de secretos, uso de información privilegiada o contrabando motivado por la recepción de una dádiva y no en cambio cuando la decisión se toma por la pretensión de obtener un beneficio derivado de la propia comisión delictiva. La dádiva podrá motivar su conducta, facilitar un mayor empeño en su desarrollo o favorecer la creación de estructuras delictivas, pero que desde luego no es la lesividad del principio de imparcialidad lo que se representa el funcionario como elemento a captar por el dolo parece evidente, salvo en su caso en aquellas actuaciones delictivas relacionadas, por ejemplo, con delitos de prevaricación funcional o judicial o de ciertos abusos en el cargo, en función de la tipificación de cada Código. Cuando se produzca o se pretenda alguno de aquellos delitos, parece que será la tutela del bien jurídico que se trata de garantizar con su previsión la que, con independencia de cualquier otra consideración, puede fundamentar la intervención penal -aunque sea respecto a estadios preparatorios-, pero no la existencia de la dádiva y la supuesta parcialidad que no se concreta a qué afecta.

Incluso en aquellas figuras de corrupción estricta (cohecho propio) no vinculadas a la comisión posterior de un delito es difícil tratar de concretar en qué consiste la quiebra o puesta en peligro del principio de imparcialidad a que se alude en la doctrina. Las definiciones o explicaciones que aparecen en ésta, por regla general -y creo que sin excepciones-, se asocian a la toma de decisiones o actuaciones vinculadas a comportamientos injustos o arbitrarios -prevaricaciones o abusos de autoridad, según la denominación que a esta figura se da en las diferentes legislaciones- que, sin embargo, pueden no dar lugar a esta clase de delitos, por ejemplo, y en el caso de la normativa española, por no representar resoluciones, no tener éstas un carácter arbitrario o no actuar el funcionario a sabiendas de su injusticia. Pero es precisamente esa actuación que se condiciona a la recepción de la dádiva -aunque la misma no se produzca finalmente o no exista desde un principio intención de realizar- la que se tiene en cuenta para aludir a la quiebra de la imparcialidad, sea desde una perspectiva de lesión sea desde la de un peligro más o menos concreto. Y de nuevo en tales casos no parece será, por tanto, la existencia de precio en sí lo que permite afirmar la vulneración del principio en cuestión. Sin embargo, téngase en cuenta que en tales casos la imparcialidad que se entiende menoscabada o puesta en peligro sólo es objeto de tutela cuando dicho precio exista, porque, en caso contrario, la ejecución de un acto ilícito pero no injusto o la omisión del acto debido puede no dar lugar a respuesta penal alguna -dependerá de cada legislación y así ocurre en el caso español-, con lo que entonces parece que lo que realmente le importa al legislador evitar no es el acuerdo injusto o la omisión indebida, sino la ventaja patrimonial obtenida con ello.

Y es que, además, si se admite que incluso en las modalidades impropias del delito de cohecho se protege aquélla, lo que está claro es que la imparcialidad sufre una metamorfosis por la que se convierte en un valor absoluto que tiene más en cuenta la idea de fidelidad del funcionario público. Y así podemos encontrarnos incluso con la incriminación de un peligro de peligro de peligro para

la imparcialidad en la inducción a un supuesto de corrupción impropia respecto a un acto no ejecutado o, incluso, ante un peligro todavía más remoto, en caso de admitir la sanción de la complicidad en tales supuestos. Por todo ello, parece que cuando se recurre a la idea de imparcialidad para definir el bien tutelado en las diferentes figuras de corrupción se piensa más en aquellas modalidades vinculadas a la conclusión de un acuerdo injusto que es el que, en definitiva, puede conllevar su quiebra.

Por eso, con cierto componente a mi juicio de infracción de un deber -que muchos autores intentan objetivar-, la definición del objeto de tutela se ha tratado de formular a menudo también desde la idea del abuso en sí en el ejercicio de la función pública, aludiendo a la confusión de intereses públicos y privados, a la utilización del cargo en interés propio o, si cabe aún más explícitamente en cuanto a lo que implica la perspectiva bilateral de la corrupción en sentido estricto, a la utilización del cargo para la obtención de un beneficio o lucro ilícito o a la venta de un acto a realizar en el ejercicio del cargo²⁷.

Estamos ante las tesis que, expresamente referidas a los delitos de cohecho o a figuras similares en el ámbito del enriquecimiento ilícito, han acuñado como bien jurídico los conceptos de no venalidad o no susceptibilidad de comercio, remuneración o compra del desempeño de la función pública²⁸.

Tales posturas, obviamente, permiten sancionar conductas en las que no existe un peligro concreto para el servicio público, como en supuestos de cohecho pasivo impropio respecto de regalos recibidos en atención al cargo -incluso regalos de despedida-, conductas con independencia de la intención que se tenga al entregar o recibir la dádiva, conductas de cohecho subsiguiente o conductas vinculadas a la realización de actos lícitos y aunque no se demuestre relación alguna entre la retribución y la actividad del funcionario. En definitiva, cualquier hipótesis de corrupción, puesto que, como se ha señalado críticamente, se produce un proceso de transformación que golpea la esencia más característica de lo que es el cohecho, pasándose de una dimensión objetiva atenta al hecho a una dimensión subjetiva más atenta al autor²⁹.

Se ha afirmado en la doctrina que en todas las figuras de corrupción existe, aunque a modo de objeto de referencia, la preocupación por evitar la actuación pública en interés privado, en el marco de la corrección del servicio que los poderes públicos han de prestar a los ciudadanos, estando presente, además, ese otro particular interés del funcionario que, acaso, pueda suscitarle la oferta que se le hace o que realmente se muestra cuando la insta o la acoge: el enriquecimiento injusto con que se le tienta o que busca y/o encuentra. Ello parece evidente. Pero la protección, se dice también, se dirige más bien hacia

²⁷ Así, Pagliaro, *Parte Speciale I*, cit., p. 150. Ahora bien, téngase en cuenta que ello también puede ocurrir sin que se atienda retribución alguna; sin embargo, el Derecho penal no intervendrá en tales supuestos, lo que parece indicar que no será entonces tanto la anteposición de unos intereses a otros lo que interesa evitar, cuanto la aceptación de la retribución.

²⁸ Ampliamente, De la Mata Barranco, *La respuesta a la corrupción*, cit., pp. 80 ss.

²⁹ En este sentido, Sgubbi, "Los delitos contra la Administración Pública", en *Cuadernos de Política Criminal*, 2000, p. 117.

uno de los factores que con mayor eficacia puede garantizar esa ausencia de interés privado en las actuaciones públicas, la no venalidad del ejercicio de estas funciones: así, se dirá, la inexistencia de interés privado en los actos de la función podrá ser la *ratio legis*, el criterio de agrupación de las figuras delictivas en estudio, el bien jurídico de esta categoría de delitos, pero es la no venalidad del desempeño de las funciones públicas, en cuanto falta de la cualidad de vendible o expuesto a la venta, lo que se constituye en bien jurídico protegido por la incriminación de todas y cada una de las modalidades de cohecho. Desde esta postura, la no venalidad es el concreto bien jurídico de estos preceptos, que se lesionará en los supuestos de recepción o aceptación por el funcionario de lo que se le ofrece, en los de entrega por la otra parte de lo que el funcionario le solicita o en los de acogimiento por esa otra parte de la solicitud misma, poniéndose en peligro en aquellos supuestos en los que el correspondiente tipo no exija, para su consumación, más que el respectivo ofrecimiento; y en la medida en que la no venalidad abarca la mera exposición a la venta habrá también lesión en aquellos casos en que el delito se consuma con la simple solicitud del funcionario³⁰.

Claro está que esta concepción permite legitimar cualquier figura de corrupción. La cuestión es si el Derecho penal es el instrumento adecuado de actuación para tutelar esa cualidad en el ejercicio de la función pública. Desde luego, se acomoda perfectamente a muchas regulaciones (incluida la española o la peruana, aunque con ciertas lagunas de penalidad en ambas). Ahora bien, que el correcto funcionamiento de la Administración, en cualquiera de sus facetas, se perjudique o pueda perjudicarse con conductas “incorrectas” de recepción de regalos, trascendentes o intrascendentes, pero sin vínculo a la ejecución de acto alguno -téngase en cuenta en todo caso la dificultad de formular el propio concepto de venalidad sin definir lo que es vendible o está expuesto a la venta es a mi juicio cuestionable. Y, en tal caso, la proximidad entre la idea de no venalidad -como objeto jurídico realmente protegido, al margen de la *ratio legis* de estos preceptos- y las de infracción del deber del cargo o de prohibición de enriquecimiento del funcionario público derivado del ejercicio de su función en mi opinión es difícil de negar.

En todo caso, lo que más ha de preocupar de ella es la complejidad para dotar de un contenido realmente sustantivo a esta expresión que la aleje del mero reproche por la obtención de un beneficio al que no se tiene derecho derivado del ejercicio de un cargo público y la virtualidad de la misma para satisfacer el contenido material del concepto de bien jurídico, por la dificultad de aceptar que su quiebra pueda afectar a la satisfacción de necesidades personales cuando esa venalidad no se traduce en la adopción de un acuerdo perjudicial para intereses particulares, la omisión de un acto debido, su retraso o un condicionamiento de la índole que sea en la obtención de un servicio público. Una dificultad que, tal vez, podría intentar soslayarse por la vía de fundamentar la prohibición de instrumentalización del cargo no por el enriquecimiento en sí

³⁰ En estos términos, Octavio de Toledo y Ubieta, "Derecho penal, poderes públicos y negocios", en *Libro Homenaje a Torío*, Ed. Comares, Granada, 1999, pp. 870 a 873.

que de la misma pueda derivarse, sino por la quiebra del principio de igualdad que puede deducirse de ella si se entiende que el funcionario, sin perjudicar intereses concretos, afecta a los de todos obteniendo la ventaja económica vetada a quien no está en su situación; pero ya al margen de cualquier explicación del delito en el ámbito del correcto funcionamiento de la Administración.

Desde otra perspectiva diferente, una de las tesis que más eco ha tenido en Alemania -y de ahí, en menor medida, en otras doctrinas- ha sido la de defender como bien jurídico protegido en algunos delitos de corrupción, exclusiva o alternativamente con otros, la confianza pública o de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración, en los principios que lo informan o en las diversas cualidades que han de desarrollar quienes actúan en desarrollo del mismo.

Pero, por una parte, la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración no es algo específico del delito de cohecho, sino común a muchos de los delitos contra la Administración Pública; a todos, seguramente. Y, por otra, determinados comportamientos no son incorrectos porque disminuyan la confianza de los ciudadanos, sino que disminuyen esta confianza porque son incorrectos, de modo tal que la alusión a la misma nada dice todavía sobre el bien jurídico protegido³¹. La Administración no podrá afirmarse que funciona o no conforme a los parámetros constitucionales que legitiman su existencia o, cuando menos, su actuación, por el hecho de que el grado de confianza en ella sea mayor o menor, lo que depende de variables tan lejanas a lo que ha de ser la delimitación de un bien jurídico concreto como la mayor o menor eficacia policial o incluso la mayor o menor transparencia informativa.

3. Alguna conclusión.

En definitiva, es evidente que la atención penal que debe merecer el fenómeno de la corrupción obliga a delimitar el interés que, necesitado de tutela, se entiende vulnerado con el mismo, más allá de desvaloraciones acerca de la reprobación que puedan merecer el posible enriquecimiento injustificado del funcionario o servidores público, lo que sólo es posible analizando el perjuicio que se deriva de la actuación corrupta.

Es difícil, no obstante, concretar dicho perjuicio de forma unitaria, en cuanto, aun cuando en la mayoría de legislaciones todavía hoy la figura del cohecho -en sus modalidades de corrupción del funcionario o al funcionario- se ubique exclusivamente entre los delitos contra la Administración, los comportamientos corruptos surgen tanto en el sector público como en el sector privado, afectando a intereses tan diversos como la tutela de la competencia, el libre desenvolvimiento de los mercados o la toma de decisiones sin interferencias en procesos políticos, entre otros. Seguir manteniendo un único concepto de

³¹ Así, Vizueta Fernández, *Delitos contra la Administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Ed. Comares, Granada, 2003, p. 209.

corrupción para definir conductas que pueden afectar a bienes jurídicos muy diversos, además de los equívocos que puede generar, va a suponer constatar que si bien dicho concepto refleja claramente la clase de conducta que pretende describirse -enriquecimiento derivado de la instrumentalización ilícita de una ocupación que se pone al servicio de fines espurios- no ocurre lo mismo con el desvalor que se le puede atribuir en cuanto el mismo ha de vincularse al interés concretamente vulnerado.

Es difícil pretender encontrar un único objeto a tutelar frente a las diferentes conductas de corrupción funcional³². Puede, no obstante, entenderse que su sustantividad surge de aceptar que lo que se sanciona en los diferentes tipos está vinculado a la instrumentalización del cargo para la obtención de un beneficio económico.

III. LOS DELITOS DE MALVERSACIÓN (APROPIACIÓN, ADMINISTRACIÓN DESLEAL, PECULADO O DESVIACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS) EN EL CONTEXTO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Sin ser la malversación un supuesto de corrupción en su sentido más estricto (como sí lo es el delito de cohecho), qué duda cabe que representa un caso claro de corrupción en sentido amplio (no extremo), en cuanto abuso de una situación de poder para el aprovechamiento de fondos públicos. Muchas veces incluso ambas figuras irán de la mano, no tanto en la modalidad apropiatoria de la malversación, pero sí en la de gestión desleal en cuanto es frecuente el transvase de fondos públicos a privados (contrataciones irregulares, etc.) con devolución al patrimonio privado del funcionario de parte de lo transferido, con lo que en realidad muchas modalidades de administración desleal de fondos públicos son en realidad apropiaciones de parte de lo mal administrado.

1. Apuntes sobre el bien jurídico concretamente tutelado.

Entre los delitos patrimoniales y los delitos contra la Administración Pública, en el Código penal español, el artículo 432 del Código Penal español, en sus números 1 y 2, prevé los dos tipos básicos de malversación propia. Prescindiendo aquí de un análisis detenido en torno a la discusión sobre el bien jurídico protegido en estas figuras delictivas (el patrimonio público, el procedimiento público de gestión de ingresos y gastos, la intervención pública en la correcta concreción de la finalidad que le es propia u otro tipo de especificaciones perfectamente reconducibles todas ellas claramente hoy en día, en mi opinión, al concepto funcional de patrimonio, en este caso, público) o en torno a si tienen o no las distintas figuras una naturaleza dual en la que, además, hay que prestar especial atención al componente de infidelidad para con la correcta gestión pública (en mi opinión, consustancial a todo supuesto de

³² Mantiene también claramente esta posición en la actualidad Vizueta Fernández, *delito de cohecho*, cit., pp. 274 ss.

administración desleal)³³, en lo que aquí importa ahora destacar, la regulación vigente del Código, tras la Reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre³⁴, sanciona en dicho artículo, acierte o no con ello el legislador -y yo creo que sí acierta parcilamente (insuficientemente), colmando lagunas que obligaban a acudir al Derecho administrativo cuando no se acreditaba la “apropiación” y sí sólo la “expropiación” del malversador, tanto la administración desleal sobre el patrimonio público como la apropiación indebida de dicho patrimonio. Que con ello se aleja el legislador de perspectivas centradas en la idea del “deber”, en la idea de deslealtad para con el ejercicio de la función pública, como a veces se ha señalado, no es ya tan evidente como quizás si lo era antes de la Reforma; lo que sí se produce, en cualquier caso, es una aproximación a concepciones de este delito claramente vinculadas a la idea de la existencia de un perjuicio patrimonial, correcta y por tanto funcionalmente bien entendido este concepto, “de lo público”. En la legislación peruana los artículos 387 a 389 contemplan los delitos de peculado y de malversación con dos diferencias sustanciales, en lo que aquí interesa destacar, en cuanto sancionan la aplicación de fondos públicos diferente a aquella a la que estaban destinados, como también hacía también el Código español antes de 1995, en el derogado art. 397, pero no la recientemente incorporada (en 2015) sanción de la administración desleal de fondos públicos.

Los Apartados XV y XIX del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, que explican el porqué de la Reforma, evitan utilizar el término “malversación”, que, sin embargo, mantiene la Ley en la rúbrica del Capítulo VII. Sea como fuere la nueva regulación pone de manifiesto, incorporando la figura de la administración desleal, la idea de proteger el patrimonio público desde una perspectiva -insisto, funcional- atenta a la satisfacción en todo momento de los intereses generales vinculados al proceso de gasto lícito y correctamente ejecutado del patrimonio público, lo que permite penalizar conductas de distracción, pero no (o no claramente) conductas de desviación ilegal de partidas presupuestarias. Como tantas veces se ha señalado se trata de ofrecer una protección al patrimonio de la Administración como soporte básico de políticas de intervención enderezadas a la satisfacción constitucional de los intereses generales (artículo 103.1 de la Constitución Española), una protección en la que no es tan importante, como en realidad tampoco lo era en regulaciones precedentes, la idea del posible lucro del funcionario público, la idea, si así se quiere expresar, de la “apropiación” en su sentido más estricto, cuanto la de la “expropiación” de lo público, impidiendo a la Administración, en sus diversas manifestaciones, disponer de todos los recursos posibles para ejecutar las políticas presupuestarias aprobadas por los cauces legales pertinentes. No se reincorpora, sin embargo, la figura de la desviación de fondos públicos, mantenida en la regulación peruana, con lo que

³³ Muy detenidamente, De la Mata Barranco/Etxebarria Zarrabeitia, *Malversación y lesión del patrimonio público*, cit., pp. 105 y 113.

³⁴En detalle, Castro Liñares, “Novedades en el actual delito de malversación tras la reforma operada por LO 1/2015”, en *Diario La Ley*, nº 8835, 2016. También Mir Puig, “La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 68-1, 2015, pp. 185 a 236.

parece entender el legislador que el patrimonio público no se ve perjudicado con ella, pareciendo que se queda a medio camino entre la tutela patrimonial (peculado o apropiación de fondos públicos) y la tutela de la correcta gestión (administración desleal o desviación de fondos).

2. Conductas típicas.

El artículo 432.1 (que es el que acoge la modalidad de malversación -mediante administración desleal- equiparable sólo en parte al peculado peruano en cuanto estrictamente ya no se penaliza el “uso” de caudales) requiere una infracción de las facultades para administrar el patrimonio público emanadas de la ley, y por tanto, legítimas, excediéndose el sujeto activo -autoridad o funcionario (o servidor público, en el caso peruano)- en el ejercicio de las mismas y causando, de esa forma, un perjuicio a dicho patrimonio. Esta idea del perjuicio es fundamental.

Aunque ya existía una Jurisprudencia abundante que permitía en determinados casos integrar en el concepto de la antigua malversación la asunción indebida de obligaciones de gasto, con la Ley Orgánica 1/2015 la subsunción de esta conducta en el actual artículo 432.1 no ofrece ninguna duda (así, STS, Sala 2ª, 281/2019, de 30 de mayo). Hay que distinguir en todo caso, y es fundamental esta distinción, insisto, lo que es desviación de fondos públicos a finalidad también pública, pero “lícita” (en cierto sentido, la malversación peruana), supuesto para un importante sector doctrinal de discutible subsunción en el artículo 432.1 (sí expresamente punible antes de 1995 en el viejo art. 397, que se interpretaba no desde la lesión al patrimonio público en cuanto tal sino desde la idea de quebrantamiento del correcto proceso de ejecución del gasto público como manifestación del correcto ejercicio de la función pública y no, en principio, en el hasta 2015 vigente artículo 432.1, en cuanto se exigía una apropiación “privada”) y que en ocasiones se ha reconducido al ámbito administrativo (STS, Sala 2ª, 914/2012, de 29 de noviembre) de lo que es distracción de fondos (aun sin apropiación) con desviación a fines “ilícitos” (claramente subsumible en dicho artículo 432.1 como también en el art. 389 peruano).

La administración desleal del patrimonio público no exige incorporación patrimonial alguna, por supuesto, pero tampoco desvío de fondos a intereses privados. Basta con una gestión indebida del patrimonio administrado respecto a los intereses de su titular. En el caso de la gestión de lo público este interés debe definirse atendiendo los parámetros jurídicos que delimitan la misma de conformidad con las leyes habilitadas para ello, la jerarquía normativa existente y, en su caso, la afirmación de su acomodación a Derecho cuando exista controversia judicial al respecto. El patrimonio público no es de libre disposición por quienes lo gestionan y no es ya infrecuente en los Tribunales el enjuiciamiento de conductas que tienen que ver con una gestión ajena a todo criterio de legalidad presupuestaria. No llega el legislador a sancionar lo que se da en llamar el “despilfarro presupuestado”, el endeudamiento excesivo dentro de lo permitido legalmente o la inversión arriesgada, desacertada o irracional o

previsiones equivocadas de costes de ejecución, pero sí, por ejemplo, en casuística judicial meramente ejemplificativa, contrataciones irregulares de personal o de servicios sin justificar, contratos opacos onerosos, incumplimientos de directrices para evitar endeudamientos, realización de obras fuera de toda lógica económica, contrataciones a precios superiores a los reales, encargo de informes ficticios o sin interés jurídico o económico alguno, casos groseros de incumplimientos presupuestarios, venta de bienes públicos por debajo de su valor de mercado, fraccionamiento del importe de una licitación, amaño de contratos, aceptación de presupuestos inviables, pagos de servicios no prestados, descapitalizaciones y sobreendeudamientos en beneficio de terceras personas, abusos del cargo para fines privados (gastos fuera de lugar: regalos, viajes, seguros de vida, contribuciones, pensiones exageradas, etc.), creación de fondos ocultos³⁵. Y si bien es cierto que ni antes de 2015 ni después era o es posible sancionar en todo caso y sin ninguna matización más la alteración de destino presupuestario cuando el gasto se produce en actuaciones públicas (malversación peruana), diferente es que dicho gasto sea manifiestamente ilegal, supuesto en el cual no puede entenderse que se está atendiendo “lo público” sino el interés, sin el sustento normativo exigible, únicamente de quien ejecuta tal gasto (administración desleal española).

Si se aceptase un concepto de patrimonio puramente formal o contable, podrían quedar fuera del precepto todos aquellos supuestos en que el despilfarro, aun no presupuestado, revierta en lo público, todos aquellos supuestos en que el gasto, con alteración del destino presupuestario establecido, revierta en lo público, todos aquellos supuestos en que exista únicamente un incumplimiento presupuestario. O sea, todos aquellos supuestos en que, contablemente, no se pueda afirmar que la Administración tenga menos de lo que tenía antes de realizarse la conducta funcional a enjuiciar (sin entrar ahora a valorar cómo ha de tratarse a este respecto la ejecución pura de gasto sin contraprestación económico-monetaria alguna). Lo que no podría aceptarse, en absoluto, de mantener un concepto material o funcional. Pero incluso desde la primera perspectiva ninguna duda habría a la hora de afirmar que cuando la disposición es contraria a derecho el perjuicio, para con la Administración, ha de entenderse producido con el gasto ilícito (incluyendo el compromiso de gasto) producido, que impide defender que se ha atendido la causa pública; y ello más allá de la responsabilidad contable que puede existir cuando, sin una manifiesta ilegalidad, quepa afirmar que hay en todo caso una actuación irregular que menoscaba una gestión eficiente y responsable de los recursos públicos.

3. Administración desleal, desviación de fondos y despilfarro injustificado.

³⁵ Sobre toda esta casuística, De la Mata Barranco, “Administración desleal del patrimonio público”, en *almacendederecho.org*, 10 de noviembre de 2019, o Nieto Martín, “Despilfarro público y Derecho Penal”, en *almacendederecho.org*, 3 de septiembre de 2015.

Dentro de lo que es el buen gobierno de la Administración y atendiendo las concretas conductas a tipificar, en la lucha contra la corrupción, la cuestión a resolver por el legislador (indiscutida la necesidad de sancionar tanto la apropiación estricta de caudales, como su administración desleal, que perfectamente podría incluir supuestos de uso temporal) es la del tratamiento que ha de darse al desvío de fondos dentro de lo público.

Si mantenemos como bien a tutelar un concepto puramente formal del patrimonio público, insisto, parecería que cuando éste no disminuye no cabría intervenir penalmente. Si ciframos el interés en la correcta gestión de lo público dicha intervención sí sería posible. Una concepción funcional del patrimonio permitiría aunar ambas perspectivas. Y entiendo que este concepto permitiría perfectamente sancionar la gestión ilícita de fondos públicos sin merma económico-contable, pero sí con destino diferente del presupuestado.

En este contexto, la nueva figura de “administración desleal” del Código español, ¿realmente va a tener tanta trascendencia? Tengo mis dudas, pero alguna, insuficiente, debiera tener. ¿Y es necesaria una tipificación similar en el Código peruano, en cuanto el art. 389 remite a una aplicación diferente de fondos, pero a finalidad pública?³⁶ Creo que sí, salvo mayor precisión en la redacción del delito de peculado.

En todo caso, la previsión no permitirá sancionar todos aquellos supuestos denominados de “despilfarro presupuestado”: así, la creación de grandes infraestructuras absolutamente innecesarias (pensemos, por ejemplo, en aeropuertos inútiles) o la celebración de eventos faraónicos cuestionables en términos de política social (pensemos, por ejemplo, en recibimientos a autoridades exagerados o en organización de competiciones deportivas cuando menos cuestionables al menos en términos de rentabilidad económica a largo plazo). Ni podrá acoger conductas vinculadas a contratos con pliegos de condiciones no suficientemente justificadas, alteraciones de destino presupuestario sin constatable afectación del servicio (en España tampoco aunque se constate ésta), gastos por incrementos del precio contratado con causa no previsible, negocios arriesgados, inversiones desacertadas sin constatación de perjuicio patrimonial, etc.

Y habrá que excluir los casos en que no se constate un perjuicio patrimonial. No una posibilidad de perjuicio. No. Un perjuicio patrimonial concreto. Aunque, claro está, según interpretemos este elemento el ámbito de lo excluido será mayor o menor. Pero si seguimos como hasta ahora entendiendo este concepto (de forma equivocada) desde un punto de vista meramente contable, van a quedar fuera del precepto todos aquellos supuestos en que el despilfarro, aun no presupuestado, revierta en lo público, todos aquellos supuestos en que el gasto, con alteración del destino presupuestario establecido, revierta en lo público,

³⁶ En detalle sobre el delito de malversación, sintéticamente y por todos, Pariona Arana, “El delito de malversación de fondos públicos: consideraciones dogmáticas y político-criminales”, en *Derecho&Sociedad*, nº 52, 2019, pp. 195 ss.

todos aquellos supuestos en que simplemente (en realidad no tan simplemente) exista un incumplimiento presupuestario. O sea, todos aquellos supuestos en que, contablemente, no se pueda afirmar que la Administración tenga menos de lo que tenía antes de realizarse la conducta funcional a enjuiciar (salvando costes de depreciación, deflación monetaria, etc.). Salvo que se prevea, como en Perú, la sanción de la desviación de fondos, se entienda que ésta es delictiva aún sin merma patrimonial, lo que obliga a redefinir el bien a tutelar, prescindiendo de una clásica consideración patrimonial del mismo, y se pueda demostrar que la conducta enjuiciada afecta al servicio o función encomendados. Y, sí, la cosa cambia cuando definimos el patrimonio desde un punto de vista funcional (lo que hasta ahora pocos sostenemos ha de hacerse), ya que en este caso el patrimonio podrá entenderse dañado cuando lo que se tiene no es lo que se tenía que tener, lo que todos, a través de nuestros representantes electorales, habíamos decidido que se tuviera con la aprobación de cada presupuesto por más que en términos contables parezca tenerse lo mismo.

Mucho me temo que la figura de la administración desleal del patrimonio público va a acoger tan solo supuestos de apropiación indebida de fondos públicos (los de siempre) en que no se logra probar su incorporación al patrimonio del funcionario. Supuestos en los que se prueba que falta dinero de la caja, pero que no se sabe muy bien dónde ha ido.

Más aún, en realidad muchos aparentemente auténticos supuestos de administración desleal (no los que se asocian a esa dificultad probatoria de la apropiación) lo que esconden son auténticos supuestos de apropiación indebida. ¿Por qué? Porque el funcionario en vez de directamente sustraer los fondos públicos a su cargo para incorporarlos a su patrimonio, realiza -como antes ya se señalaba- una, por ejemplo, contratación de obra pública (cuestionable en procedimiento, asignación y adjudicación), que es la que permite la salida presuntamente legal de tales fondos, parte de los cuales vuelven a él a través de la correspondiente comisión.

En todo caso, el gran debate, no sólo político, sino también jurídicopenal, en tanto no se asuma decididamente un concepto funcional de patrimonio (también del público) tiene que ser ahora (no estamos en 1995, en que económico-socialmente había otras necesidades) el de si no será que lo que hay que sancionar es lisa y llanamente, al menos, la incorrecta ejecución del presupuesto público (con afectación o no al servicio público).

Desde el punto de vista del interés a tutelar, y aceptando que seguimos estando en el ámbito de los delitos contra el correcto funcionamiento de la Administración pública, qué más da que el funcionario de turno (de carrera o político) se quede con cien mil euros, con quinientos mil pesos, los gaste en bienes o servicios teóricamente públicos (pero al margen del presupuesto aprobado) o los destine al pago de sobrecostes que tenían ineludiblemente que haberse previsto (que en realidad, más bien, sí se habían previsto pero no se querían reflejar en la contratación inicial).

Lo que necesitamos es sí, por supuesto, una tutela adecuada de lo público, pero no a partir de la idea de un trasnochado concepto económico-contable del patrimonio. Necesitamos una tutela del correcto control del gasto público. Una prohibición penalizada de endeudamiento desorbitado, una prohibición penalizada de irregularidades en el gasto, una prohibición penalizada de discrecionalidades de gestión en absoluto justificadas, una prohibición de previsiones presupuestarias no asociadas a fines concretos. ¿Es esto intervencionismo penal? Sí. ¿Excesivo? Quizás. Pero no estamos ya en la época de las manzanas podridas, sino, como últimamente tan manidamente se dice, en la de los cestos podridos. La malversación (la administración desealeal o la desviación de fondos) no puede seguir siendo el delito de la gestora judicial que se queda con cien, mil o diez mil euros, del secretario de un departamento universitario que poco a poco llega a apropiarse de hasta veinte mil soles. Ésa es la malversación antigua. La malversación actual es la del despilfarro no presupuestado. Y no sé si la nueva regulación va a dar cabida a todos los supuestos de incorrecta gestión de lo público, los de despilfarro presupuestado sin lógica económica o social. Y creo que sí debiera ser así si realmente se quiere luchar contra la corrupción.