

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Caso Municipalidad distrital de Chilca – Malversación de fondos y estado de necesidad

Por **Julio Rodríguez**

Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

El 23 de enero de 2013 la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia emitió sentencia en el recurso de nulidad 4009-20111 interpuesto por el procurador público de la municipalidad de Chilca contra diversos funcionarios de la entidad edil de dicho distrito.

La sentencia en comentario declaró nula la resolución que absolvió al ex alcalde, y los demás ex funcionarios de la Municipalidad de Chilca, de la acusación fiscal por el delito de malversación de fondos público. En consecuencia, ordenó se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado.

Ahora bien, dicho proceso penal versaba sobre los siguientes hechos: el 27 de diciembre de 2002 los miembros del Consejo Municipal en mayoría aprobaron ilegalmente un préstamo interno inicial de doscientos mil nuevos soles, ampliado adicionalmente el 28 de diciembre a doscientos setenta mil nuevos soles.

Ese dinero fue tomado de la partida del canon minero (a pesar de que la Ley del Canon, la Ley Orgánica de las Municipalidad y Dcreto Supremo 88-95-EF lo prohíben) para solventar los siguientes gastos corrientes: remuneración de personal activo, pensiones, remuneración de personal cesante, beneficios sociales y dietas para los regidores desde octubre a diciembre de 2002.

Teniendo ello en cuenta, se analizara dos puntos clave de la sentencia: i) el bien jurídico del delito de malversación de fondos; ii) el estado de necesidad en el delito de malversación de fondos. En adelante los extractos

más relevantes de la resolución.

Extractos relevantes

“Lo expuesto prueba la realidad de (i) una sesión irregular con incorporación de montos luego de la sesión de veintisiete de diciembre de dos mil dos; (ii) la realización de un préstamo interno prohibido pro la ley al tomar recursos del canon minero; (iii) la aplicación de esos fondos fue definitiva: se pagaron remuneraciones, pensiones, beneficios sociales y dietas, y además el préstamo nunca se pagó (...) y (iv) el entorpecimiento del funcionamiento de la Municipalidad, pues no se ejecutaron los compromisos programados para inversiones y se pagaron deudas que debían pagarse por las fuentes de financiamiento del canon”.

“Que la absolución se sustenta en la invocación del tipo negativo o causa de justificación prevista en el artículo 20°, inciso 4, del Código Penal: estado de necesidad justificante. Es cierto que es posible alegar en delitos contra la Administración Pública el estado de necesidad justificante para proteger bienes jurídicos de mayor valor, pero la interpretación de sus alcances –por su excepcionalidad, más aun tratándose de agentes públicos- debe ser, en esta materia, restrictivamente contemplado; y, sus presupuestos, probados acabadamente.”

“La simple alegación de falencia de liquidez de

la Municipalidad no es suficiente. Debe comprobarse con medios de prueba idóneos”

“No es obstáculo apelar al estado de necesidad justificante cuando concorra provocación imprudente derivada de una ineficiente gestión pública. Empero, debe acreditarse la inevitabilidad del mal causado; esto es, que no quede otro recurso a la Administración Municipal –a sus agentes responsables- que acudir a la comisión de un delito de malversación y no a otro medio lícito o ilícito –pero penalmente atípico- a su alcance para salvar el bien jurídico en peligro”

Comentario Jurisprudencial

Malversación de fondos: Bien jurídico y desvalor de resultado

El delito de malversación de fondos se encuentra tipificado en el artículo 389° del Código Penal de la siguiente manera:

“El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido (...)”

En el presente apartado analizaremos tres elementos de este delito: el bien jurídico específico, su naturaleza como delito de peligro y el desvalor de resultado del mismo.

En primer lugar, el delito de malversación de fondos, al ser un delito contra la administración pública, tiene como bien jurídico general el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, entendido este como los servicios públicos brindados por el aparato estatal con la finalidad de permitir a los ciudadanos el acceso a sus derechos fundamentales.

Ahora bien, la afectación al correcto y normal funcionamiento de la administración pública se manifiesta

de manera inmediata en algún aspecto de ella. En este sentido, es necesario indagar cuál el aspecto de la administración que la conducta del delito de malversación ataca en concreto¹. Dicho con otras palabras, hay que distinguir cuál es el objeto del bien jurídico directamente atacado (o bien jurídico específico²).

En este orden de días, consideramos que la malversación de fondos afecta la legalidad presupuestal de los servicios públicos³.

En otras palabras, la aplicación funcional y correcta de los fondos públicos⁴ en los servicios públicos brindados a favor de los ciudadanos.

En segundo lugar, conviene señalar que el delito de malversación de fondos es un delito de peligro, toda vez que debilita las condiciones que garantizan que la administración pública se desarrolle de forma correcta y normal.

En este punto cabe recordar que los delitos de peligro, a diferencia de los delitos de lesión, se caracterizan porque el hecho sólo supone una amenaza intensa para el objeto de la acción⁵. En este sentido, el profesor Terradillos afirma lo siguiente:

“En la medida en que la creación de peligro supone aminoración de las condiciones de seguridad en que se encuentra un determinado bien jurídico (o el objeto en que se materializa un bien jurídico), concurrirán en el delito de peligro tanto un resultado jurídico-afectación al bien jurídico imprescindible de toda infracción criminal- como un resultado fáctico-alteración del mundo exterior (...)”⁶.

Ahora bien, el delito de malversación de fondos constituye, a nuestro juicio, un delito de peligro concreto. En este punto, es importante recordar que los delitos de peligro concreto se caracterizan por afectar intensamente las condiciones de seguridad de un bien jurídico hasta el punto de colocar a éste en una situación próxima a la lesión⁷. En tal sentido, el delito de malversación implica dejar al correcto funcionamiento de la admi-

¹ Cf. Cf. ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*. Lima: Palestra, 2003. p. 18

² Cf. *Ibidem*.

³ Ejecutoria suprema emitida el 23 de enero de 2003/ Exp. 3630-201. Así también: ejecutoria suprema emitida el 10 de noviembre de 1997/ Exp. 3923-96.

⁴ Cf. MONTOYA, Yvan y otros. *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*. Lima: Idehpucp, 2013. p. 92.

⁵ Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997. p. 336.

⁶ Cf. *Ídem*. p. 146.

⁷ Cf. TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Peligro abstracto y garantías penales*. En: TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Sistema penal y Estado de Derecho*. Lima: ARA, 2010. p.2010. p. 155.



nistración pública en una situación próxima a la lesión

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, podemos abordar al último tema de este acápite: en qué radica el peligro creado a través de esta conducta típica, o lo que es lo mismo, en qué radica el desvalor de resultado del delito de malversación de fondos.

En nuestra opinión, el desvalor de resultado de este delito queda expresado en la frase “afectando el servicio o función encomendada” presente en el tipo penal. En otras palabras, preguntarnos por el desvalor de resultado equivale a preguntarnos por el significado de “afectación al servicio o función encomendada”.

Alguien podría pensar que la afectación a la que se refiere el Código Penal supone un menoscabo o perjuicio cuantificable en el patrimonio público. Sin embargo, creemos que lo señalado por la Corte Suprema en la sentencia en comentario nos permite negar esta posibilidad. En tal sentido, la Sala Penal Transitoria señala lo siguiente:

“lo expuesto prueba (...) (el) entorpecimiento del funcionamiento de la Municipalidad, pues no se ejecutaron los compromisos programados para inversiones y se pagaron deudas que debían pagarse por las fuentes de financiamiento del canon”.

En nuestra opinión, lo dicho por la Sala Transitoria de la Corte Suprema nos lleva a decir que la puesta en peligro del bien jurídico (desvalor de resultado) no radica en el perjuicio económico efectivo cuantificable (el cual pueda darse o puede no darse) sino en el entorpecimiento del funcionamiento de los servicios públicos.

Sin perjuicio de lo antes dicho, consideramos que la afectación al patrimonio público importa, pero no como criterio de perjuicio cuantificable, sino como criterio funcional. ¿Cómo se entiende el patrimonio público en sentido funcional? El menoscabo de la aptitud en el tiempo oportuno de los recursos para cumplir los fines públicos legalmente prefijados⁸.

En este sentido, los estándares administrativos que delimitan el fin del gasto público equivalen a condiciones de seguridad que garantizan la funcionalidad del patrimonio público; por tanto, la aplicación pública diferente de los caudales públicos podrá suponer el peligro al bien jurídico aun cuando no se observen pérdidas cuantificables en el erario público⁹.

En conclusión, estamos ante un delito de peligro concreto cuyo desvalor de resultado radica en el quebrantamiento de los estándares administrativos que garantizan la finalidad de los bienes o del dinero desviado por el funcionario público.

Estado de necesidad justificante

Como se ha dicho anteriormente, la defensa de los funcionarios públicos señaló que los acusados obraron de acuerdo al estado de necesidad. Dicho elemento de la antijuricidad está descrito en el Código penal de la siguiente forma:

“El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. *Cuando de la apreciación de los bienes jurídico en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y*
2. *Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro”*

El análisis del estado de necesidad nos obliga a identificar el fundamento de dicha institución jurídico penal. En este sentido, y de acuerdo a la posición mayoritaria, consideramos que el estado de necesidad se fundamen-

⁸ Cf. DE LA MATA BARRANCO, Norberto y Xavier ETXEBARRIA. *Malversación y lesión del patrimonio público: apropiación, distracción y desviación por funcionario de caudales públicos*. Barcelona: Bosch, 1995. p. 107.

⁹ Cf. CHAN JAN, Rafael. *El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. Análisis dogmático sobre la base de los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia*. En: MONTROYA, Yvan (Coordinador). *Estudios Críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. Lima: Idehpucp, 2012. p. 125.

¹⁰ Cf. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley, 2009. p. 549.

ta en el interés preponderante¹⁰.

¿Qué significa ello? De acuerdo al profesor Molina Fernández, el interés preponderante es la expresión de que los conflictos de intereses en el seno de un sistema jurídico deben resolverse a favor de los intereses preponderantes conforme a las valoraciones de dicho sistema jurídico¹¹.

Teniendo ello en cuenta, lo protegido no podrá limitarse a un bien jurídico sino que deberá abarcar cualquier interés protegido por nuestro sistema jurídico.

Ahora bien, existen varios tipos de intereses. En el presente comentario buscamos analizar el estado de necesidad que protege intereses colectivos. ¿Qué es un interés colectivo? De acuerdo a nuestro Tribunal Constitucional, un interés colectivo se define de la siguiente manera:

“Los intereses colectivos atienden a colectividades o grupos limitados o circunscritos, cuyos miembros suelen ser fácilmente determinables. Estos pertenecen a un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí, o con la parte contraria, debido a una relación jurídica base.”¹²

En el caso concreto, los intereses en el cumplimiento de las remuneraciones, pensiones y beneficios sociales representan intereses colectivos en tanto que pertenecen a un grupo de trabajadores determinados que tiene (o tuvo) una relación laboral con la Municipalidad.

Lo descrito hasta aquí nos permite plantearnos la pregunta central de esta acápite ¿es posible el estado de necesidad frente a amenazas contra intereses colectivos?

Alguien podría pensar que nuestro Código penal no permite la existencia de este tipo de estados de necesidad, toda vez que dicho cuerpo normativo hace mención a la vida, la integridad corporal y la libertad como bienes jurídicos protegidos por el estado de necesidad.

Sin embargo, el artículo 20° inciso 4) del Código Penal no da una lista cerrada de los bienes jurídicos e inte-

reses que pueden ser materia de defensa por parte del estado de necesidad, sino que manifiesta una lista casuística y abierta de dichos intereses jurídicos.

En síntesis, nuestro ordenamiento jurídico penal permite la existencia de estados de necesidad frente a amenazas contra intereses de naturaleza colectiva. En este orden de ideas, el profesor Claus Roxin señala lo siguiente: *“En principio también son susceptibles de estado de necesidad los bienes jurídicos de la comunidad”*¹³.

Sin perjuicio de lo antes dicho, la doctrina ha reconocido que existe, al menos, una razón que hace poco probable que suceda, en el plano real y no teórico, un estado de necesidad en defensa de intereses colectivos. En tal sentido, el profesor Roxin señala lo siguiente:

*“(…) en la práctica sólo en raras ocasiones se planteará un estado de necesidad justificante a favor de bienes jurídicos de la comunidad. Primero, porque en la mayoría de los casos se podrá hacer frente al peligro de otro modo”*¹⁴.

Lo dicho por el profesor alemán es aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, en tanto que el código penal exige que no haya un modo menos lesivo para evitar el mal amenazado¹⁵. En este sentido, nuestro sistema penal reconoce la llamada clausula de subsidiariedad.

De acuerdo al profeso Baldo Lavilla, dicho principio exige que de existir múltiples alternativas de acción con posibilidad de salvaguarda, el sujeto deberá seguir las siguientes reglas¹⁶:

1. Si existen múltiples alternativas de salvación con análogas posibilidades de salvación es exigible optar por la menos lesiva
2. Si existen múltiples alternativas de salvación con diverso grado de salvación se podrá operar de la siguiente forma
 - Si la alternativa que presenta mayores posibilidades de salvación es el menos lesivo optará por él.
 - Si existen varias alternativas que presenta posibilidades de salvación semejante se optará por

¹⁰ Cf. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley, 2009. p. 549.

¹¹ Cf. MOLINA FERNANDEZ, Fernando. *El estado de necesidad y justificación penal: ¿Es ilícita en situaciones extremas?*. Bogotá: Ibañez, 2008. p. 34

¹² *Sentencia del Tribunal Constitucional del 9 de abril del 2010. Exp. 04611-2007-PA/TC. Fundamento 23.*

¹³ Cf. ROXIN, Claus. *Ob. Cit.* p. 676.

¹⁴ ROXIN, Claus. *Ob. Cit.* p. 446.

¹⁵ Cf. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Ob. Cit.* p. 553.

¹⁶ Cf. BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Barcelona: Bosch, 1994. pp. 151-152.

- el menos lesivo optará por él
- Si la alternativa que presenta mayores posibilidades de salvación es el más lesivo optará por él, siempre que ello represente un incremento e inequívoco relevante de la posibilidad de salvación
- Si todos los medios son igualmente lesivos y presentar la misma idoneidad, se podrá elegir cualquiera

De las reglas expresadas, se puede concluir que en la mayoría de casos el sujeto podrá utilizar mayormente un procedimiento institucionalizado de acuerdo a Derecho¹⁷ que le permita salvar otros intereses colectivos sin necesidad de lesionar bienes jurídicos relevantes

¹⁷ Cf. Ídem. p. 152.

(como el caso del correcto y normal funcionamiento de la administración pública) y que, sólo en casos extremos, inminentes y poco probables, podrá operar de acuerdo el estado de necesidad en defensa de intereses de este tipo.

En resumen, consideramos que la sentencia en comentario acierta en reconocer que es posible la existencia de un estado de necesidad que defienda intereses colectivos.

Sin embargo, ello exige la prueba del peligro actual e inminente, además de la inexistencia de una alternativa menos lesiva y con igual o mayor posibilidad de salvación.

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

Caso Miguel Chehade Sentencia del Tercer Juzgado Unipersonal de Lima recaída en el Expediente N° 00034-2012-7-1826-JR-PE-03

Por **David Torres Pachas**
Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

La presente sentencia trata el caso del Señor Miguel Chehade Moya (hermano del entonces segundo vicepresidente de la República), a quien se le imputa la comisión del delito de cohecho activo genérico. Según la imputación fiscal, Miguel Chehade habría ofrecido a Eduardo Guillermo Arteta Izarnótegui, General de la Policía Nacional del Perú, y Jefe de la Dirección Territorial de Lima Norte, el apoyo logístico, un ascenso e incentivos a los efectivos policiales que participan en la ejecución de un desalojo en favor de la empresa azucarera Andahuasi¹.

Dicho ofrecimiento se dio en el marco de la reunión realizada el día 04 de octubre de 2011 en un restaurante del distrito de Miraflores y en la que también participaron los generales de la Policía Nacional del Perú, Abel Gamarra (Jefe de la Dirección Territorial Policial Tumbes), Raúl Salazar (Jefe de la Dirección Territorial Policial Lima Sur), así como el señor Miguel León Barandiarán (amigo de Miguel Chehade) y Omar Chehade, congresista y exvicepresidente de la República.

¹ Segundo Juzgado Civil Transitorio de Chiclayo. Resolución N° 9 recaída en el Expediente N° 6609-2009-0-1706-JR-C1-2 del 30 de junio de 2011.