

MODELOS DE PROTECCIÓN PENAL DEL PATRIMONIO PÚBLICO

Manuel A. Abanto Vásquez*

Resumen: El autor compara dos modelos legales que tratan de proteger el patrimonio público contra las diferentes malas conductas de funcionarios. En contraste con Alemania, donde básicamente proporcionan esta protección legal sólo dos delitos (“fraudes” en § 263 e “infidelidad en la gestión de activos” en § 266 Código penal alemán), muchos otros códigos penales tienen delitos específicos donde son protegidos los aspectos específicos del patrimonio público contra una amplia gama de conductas criminales.

Palabras clave: patrimonio público, colusión, fraude a la administración pública, peculado, malversación

MODELS FOR PROTECTING THE PUBLIC

Abstract: *The author compares two legal models which try to protect public assets against different misconducts of officials and civil ser-*

Recibido: noviembre 2017. Aceptado: febrero 2018

* Doctor en Derecho. *ORCID ID:* 0000-0003-1583-7033.

Departamento de Derecho. Escuela de Postgrado. Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad Continental de Huancayo. Av. San Carlos n° 1980, Huancayo, Perú. Email: mabanto@web.de

vants. In contrast to Germany, where this legal protection is basically provided by only two statutory offences (“frauds” in § 263 and “unfaithfully management of assets” in § 266 German Penal Code), many other criminal codes have specific statutory offences where are protected specific aspects of public assets against a wide range of criminal conducts.

Keywords: public assets, frauds, speculation, embezzlement.

1. PROTECCIÓN PENAL DEL PATRIMONIO PÚBLICO MEDIANTE TIPOS PENALES GENÉRICOS

1.1. El bien jurídico “patrimonio”

En Alemania la protección penal del “patrimonio público” se realiza casi exclusivamente dentro de la de los distintos tipos que protegen en general el *bien jurídico patrimonio*. En el caso de conductas “fraudulentas” y “abusivas” se recurre a los tipos de *estafa* (art. 263 C. P. alemán) y *administración desleal* (art. 266 C. P. alemán). De manera más específica se protege parte del “patrimonio público” cuando se trata del *sistema de subvenciones* que fomentan la economía nacional y comunitaria (art. 264 C. P. alemán). Pero también en otros lugares el Código penal alemán da protección al patrimonio público, p. ej. a través de los tipos que protegen la *propiedad* (el *hurto* del art. 242, la *apropiación indebida* del art. 246, etc. C. P. alemán) o, indirectamente, a través de la protección de la *libre competencia* frente a los *acuerdos en licitaciones públicas* (art. 299 C. P. alemán).

En la interpretación de estos tipos penales resalta sobre todo la discusión en torno a dos elementos comunes: el concepto de “patrimonio” y el del resultado típico de “el perjuicio patrimonial”. La jurisprudencia y la doctrina sostienen que el concepto de “patrimonio” es el mismo en todos los tipos penales que quieren protegerlo¹. La diferencia solamente estaría en la

1 Este “dogma” de la identidad del bien jurídico protegido a través de la identidad los conceptos “patrimonio” y “perjuicio patrimonial” ha sido estable-

forma cómo cada tipo penal dirige la protección. Así, mientras que en la “estafa” se protegería el ataque al patrimonio proveniente de terceros (“desde afuera”), en la “administración desleal” la protección se dirigiría contra ataques que provienen de aquellos que tenían el deber de protegerlo (“desde adentro”)².

Sobre el *concepto de “patrimonio”* hay una amplia discusión teórica que ya lleva más de un siglo³ y que básicamente distingue entre conceptos “jurídico”, “económico o fáctico” y “jurídico-económico”⁴. Este último concepto, sostenido actualmente por la doctrina dominante y la jurisprudencia entiende por patrimonio al conjunto de bienes de valor dinerario que tiene una persona que no es desaprobada por el ordenamiento jurídico; el valor dinerario se mide según el *valor de mercado*⁵. Este concepto no deja de ser muy amplio, motivo por el cual se discute aún sobre cómo establecer un límite de carácter positivo. En especial no queda claro hasta qué punto pueden entrar en el concepto los bienes que no pueden ser materia de un negocio jurídico aunque tengan un valor en el mercado. Y también se discute si dentro del concepto “patrimonio” no habrían elementos vinculados con la

cido ya desde muy temprano por el Tribunal del Reich (RG) en 1887 (RGSt. tomo 16, p. 77 y ss.); al respecto, *Schünemann* en Fischer/Holven y otros, p. 62 y ss.

- 2 Esta diferenciación fue introducida por *Schünemann* y recogida por el Tribunal Constitucional Federal en su resolución sobre la constitucionalidad de la “infidelidad patrimonial” de 23-06-2010; sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE), tomo 126, p. 170 y ss. En la doctrina se ha impuesto esta diferenciación ilustrativa; entre otros cfr. SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar*, § 266, n. marg. 1, p. 687; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht BT*, p. 7, n. marg. 3; WESSELS/HILLENKAMP, § 20, n. marg. 747, p. 422; Emilio ROJAS, p. 19.
- 3 Cfr. TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, vor § 263, n. marg. y ss., p. 25 y ss.
- 4 Al respecto, ampliamente, TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 127-132, p. 191 y ss..
- 5 Sentencia penal del Tribunal Federal alemán (BGHSt), tomo 16, 221 y ss. Cfr. c. más refs. TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 132, p. 192.

libre disposición de tal manera que el perjuicio también tendría que medirse en este sentido⁶.

La doctrina alemana dominante, aparte de excluir las posiciones desaprobadas por el Derecho, también trata de concretar más teniendo en cuenta las valoraciones del Derecho extrapenal (p. ej. en el caso de expectativas, exigencias nulas y bienes puestos en peligro)⁷. Así, mientras las *expectativas de derecho* (p. ej. la compra bajo reserva de propiedad, el derecho de retracto, las ofertas vinculantes, las comisiones de los agentes inmobiliarios, etc., y también otras “oportunidades de ganar” como los boletos de rifas, loterías, apuestas, etc.) tienen reconocimiento como parte del “patrimonio”, ello no sucede tan fácilmente cuando se trata de *expectativas fácticas*. Éstas solamente formarían parte del patrimonio cuando no se tratare de perspectivas generales e indeterminadas o simples esperanzas, sino cuando deba esperarse con suficiente “probabilidad” un incremento patrimonial y cuando sea realizable jurídicamente la perspectiva de ganancia (p. ej. el obtener descuentos por compras bajo determinadas circunstancias)⁸. Tampoco forman parte del patrimonio (y no pueden ser objeto de estafa) aquellas expectativas (generales) que estuvieran vinculadas con determinadas *pretensiones patrimoniales futuras* como p. ej. no hay “patrimonio” perjudicado cuando se obtiene fraudulentamente la licencia para ejercer como abogado, la licencia para ser considerado médico de la caja, o una plaza universitaria reservada a alumnos que cumplan con una nota mínima del diploma secundario (Abitur)⁹. La ca-

6 Cfr. FISCHER, quien advierte que no es posible un concepto puramente económico de patrimonio; en Fischer/Hoven/otros, *Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens*, p. 54. HEFENDEHL avala un concepto normativo de “patrimonio” que incluiría un “dominio” y una “libertad de disposición”, en: Fischer/Hoven/otros, *Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschaden*, p. 77 y ss.

7 Cfr. TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 132, p. 193.

8 TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 135, p. 193.

9 Todos estos casos en TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 135, p. 194; similar, PERRON, pero refiriéndose aquí a la falta del

suística es aquí muy amplia pues no todas las pretensiones son de igual naturaleza; para algunas no es necesaria la prestación de un servicio determinado, como p. ej. la “clientela fija”¹⁰, pero en otras es dudosa la concreción del valor patrimonial como en la expectativas de obtener ganancias de inversiones de capital altamente especulativas o incluso ilícitas (sistema de la “bola de nieve”, fondos mutuos fraudulentos, pago de sobornos para obtener contratos)¹¹. En especial, en el caso de la contratación con la administración pública derivada de procesos de licitación, la jurisprudencia alemana ha admitido últimamente (cambiando su línea interpretativa) que sí existirían “expectativas” de carácter patrimonial tanto de parte de la oficina pública que otorga la buena pro como de los participantes honestos en cuanto a obtener la buena pro¹² (más al respecto en 1.3).

1.2. El “perjuicio patrimonial” en los tipos de “estafa” (art. 263 C. P. alemán) y “administración desleal” (art. 266 C. P. alemán)

Tras definir el “patrimonio”, se tiene ahora que interpretar cuándo éste se ha visto *perjudicado*. También este concepto suele ser entendido como idéntico para ambos tipos penales y es interpretado de manera muy amplia en un sentido normativo¹³.

En primer lugar, hay discusión sobre si este perjuicio económico debe poder “expresarse en dinero” o si bastaría con un

elemento “inmediatez del daño” (para el caso de la obtención fraudulenta de la posición de “médico contractual” (con el seguro médico), en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, § 263, n. marg. 141, p. 2539.

10 Ver estos y muchos otros casos más en TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, tomo 9, § 263, n. marg. 135, p. 194 y s.

11 Cfr. TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 137, p. 196.

12 C. más refs. TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 137, p. 196, n. marg. 165, p. 216 y s.

13 FISCHER, quien considera ya como necesariamente normativos los conceptos de “economía” y “patrimonio”, aclara aquí que el concepto “perjuicio patrimonial” siempre será normativo y la discusión tiene que girar alrededor de la “magnitud” de la normativización del concepto; ver en Fischer/Hoven/otros, *Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens*, p. 54.

“detrimento económico que, según la perspectiva del tráfico comercial, *reduzca el potencial* que tiene el titular del patrimonio de sostenerse en la vida económica”¹⁴. El detrimento de valor económico presupone que del patrimonio salgan activos o se vea disminuido en su valor, o que se incremente o que aparezcan nuevos pasivos; en un negocio de intercambio en el cual fluyen activos y pasivos (un activo sale y a cambio se obtiene una compensación), se deberá hacer un *saldo general* para determinar si se ha producido un perjuicio como disminución del valor total del patrimonio¹⁵.

Un segundo punto de discusión se centra aquí en si debería considerarse como perjuicio no solamente la afección al valor económico de los bienes intercambiados sino también la que se produjera, más allá del valor económico del bien recibido por la víctima (que podría ser igual o incluso mayor), a la *consecución del objetivo* que perseguía el perjudicado con el intercambio (teoría de la “frustración de los fines”). De ser así, también habría un “perjuicio” si, pese a que el bien obtenido pueda tener el mismo valor de mercado que el bien dado a cambio, los fines perseguidos con el intercambio no se hubieran conseguido (p. ej. pagar por una obra artística determinada pero obtener otra de otro autor que tiene el mismo valor de mercado). La teoría dominante y la jurisprudencia alemanas, en principio, no reconocen valor patrimonial a estos fines salvo que su afección implicaren realmente un “resultado final de volverse más pobre”¹⁶. El “precio de mercado” que surge de la oferta y de la demanda y se refleja en la escasez del bien, si bien se forma sobre la base de las estimaciones valorativas individuales y las

14 Cfr. criticando la segunda concepción por ser demasiado “indeterminada y muy amplia”, TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 158, p. 211.

15 Esta es la doctrina plenamente dominante; TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, vor § 263, n. marg. 26 y ss., 33, p. 25 y ss.; § 263, n. marg. 159, p. 213 y s.

16 Remitiéndose a una fórmula de Lackner, c. más refs., jurisp. y ejemplos, TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 159, p. 214, n. marg. 184 y ss., p. 238 y ss.

finalidades de cada uno, es independiente de estas valoraciones y finalidades individuales de los individuos¹⁷.

En cambio, sí se ha tratado de incluir en el cálculo del “saldo” el *impacto personal del perjuicio*. Así, en el famoso caso de la “máquina ordeñadora” de 1961¹⁸, se reconoció, bajo determinados requisitos que, pese a existir una equivalencia económica de mercado entre prestación y contraprestación, el comprador de las máquinas podría haberse visto perjudicado cuando, para cumplir con la obligación, hubiera tenido que recurrir a medidas perjudiciales para su patrimonio o, como consecuencia de cumplir con la obligación, no pudiera disponer más de medios que le permitan cumplir ordenadamente con sus demás obligaciones o llevar una vida o tener una economía apropiada a sus relaciones personales¹⁹. Este criterio se aplicaría sólo de manera complementaria a la teoría del “saldo”, o sea cuando exista *equivalencia* entre lo entregado y lo obtenido, pues recién entonces podrían entrar a tallar *finalidades económicas*. Y la relevancia de éstas, según la doctrina dominante, se deberán determinar de manera jurídico-objetiva guiándose por la figura de un “tercero que actúa de manera razonable y objetiva”²⁰.

17 Cfr. TIEDEMANN, en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 126, p. 189.

18 BGHSt. tomo 16, p. 321 y ss. El representante de la empresa productora de “máquinas ordeñadoras”, con la finalidad de aumentar sus ventas para conseguir el premio correspondiente, había convencido bajo distintas maniobras engañosas (precio especial, ocasión única, etc.) a distintos campesinos de adquirir máquinas ordeñadoras que no eran apropiadas para sus trabajos, con lo cual algunos de ellos tuvieron problemas financieros. El precio de las máquinas era el correspondiente al de la lista de precios del productor.

19 Cfr. TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 179, p. 233 y s., remitiéndose al fallo del caso “máquina ordeñadora”.

20 La casuística es muy amplia y no en pocos casos se abandona la teoría del saldo y se la reemplaza por una doctrina basada en la “frustración de los fines” evaluada sobre la base de un observador objetivo y razonable. Cfr. TIEDEMANN, c. más refs., en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 126, p. 189. Con una postura crítica ver también KINDHÄUSER, § 263, n. marg. 176 y ss.

Esta ampliación del concepto de “perjuicio patrimonial” para los casos de “estafa” no deja de ser muy polémica²¹. Entre otras objeciones se advierte que la “teoría personal” no sería compatible con otras características del delito del tipo pues no presupone un “enriquecimiento” del sujeto activo ni en lo objetivo ni en lo subjetivo ni inmediatez entre disposición patrimonial y perjuicio, aparte de que el concepto “impacto personal” resulta muy difuso y llevaría a un tratamiento diferenciado de las víctimas que tampoco sería compatible con las reglas del mercado (el vendedor tendría que estar pendiente de las necesidades personales y el estado financiero de cada uno de sus clientes)²². En suma, se habría hecho *analogía* para forzar dentro del concepto “perjuicio patrimonial” (producido) conductas que solamente significan “peligro de perjuicio patrimonial”²³.

De todos modos, la jurisprudencia y la doctrina admiten la teoría del “impacto individual del perjuicio” sólo en dos casos extremos: cuando la contraprestación no fuera útil en todo o en parte para la finalidad presupuesta en el contrato (salvo que el engañado pueda darle otra utilidad, y esto le sea exigible), y cuando el engañado, a través de la contraprestación recibida se vea obligado a adoptar medidas que perjudiquen su patrimonio o, como consecuencia de su obligación no disponga de medios que le permitan cumplir con sus obligaciones o para llevar una vida o economía adecuada con sus relaciones personales²⁴. En estos casos –se dice– la elevada falta de *libertad de disposición patrimonial*, como criterio cuantitativo, daría un *salto cualitativo* para acarrear un perjuicio patrimonial cuando “el negocio

21 Resumidamente ver las críticas c. más refs. en KINDHÄUSER, § 263, n. marg. 183, p. 1061. TIEDEMANN también admite que esta teoría, aunque admitida por la jurisprudencia alemana, es muy polémica tanto en la doctrina alemana como en la italiana y española; c. más refs. ver en *Wirtschaftsstrafrecht BT*, n. marg. 2f, p. 6.

22 Cfr. JOECKS, § 263, n. marg. 110 y ss.

23 Así ya antes, WEBER, p. 559, 564, 571.

24 Ver en TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 177 y ss., p. 231 y ss.; c. múltiples casos jurisprudenciales, n. marg. 203, p. 253 y ss.

impuesto extrae al titular del patrimonio la base de su existencia, lo obliga a asumir créditos no razonables desde la perspectiva económica, o le quita la posibilidad de hacer cualquier otra inversión económicamente razonable”²⁵.

De manera similar a esto, en muchos casos prácticos se ha admitido un concepto muy amplio de “perjuicio” que abarcaría incluso *situaciones anteriores a su menoscabo físico: la puesta en peligro equivalente al perjuicio*²⁶. Se afirma que no habría diferencia cualitativa (sino sólo cuantitativa) entre perjuicio y *peligro de perjuicio* de los bienes privados pues, visto económicamente (y plasmado además en el Derecho civil y el referido a los balances) mientras que uno implica una “pérdida”, el otro constituye una “afección” que, según el caso, podría resultar equivalente a una verdadera “reducción de la posición patrimonial”²⁷. Por eso se habla aquí de un *perjuicio de peligro, peligro equivalente al perjuicio o perjuicio económico o contablemente mensurable*, el cual, para ser admitido (y diferenciado de “meros” peligros patrimoniales lejanos y económicamente indeterminables) tendrá que cumplir con determinados requisitos restrictivos a fin de no extender inconstitucionalmente el tipo penal²⁸: que debido a la

25 C. más refs. TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 189, p. 235.

26 El “peligro como perjuicio” fue reconocido ya en 1887 por el Tribunal del Reich (tomo 16, p. 1 y ss.). Se trataba de ver si un comerciante engañado para entrar en una sociedad de seguros mancomunados (los socios se comprometían a cubrir con su propio patrimonio el monto faltante en caso de producción de un siniestro), habría sufrido ya un perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de “estafa”.

27 Cfr. c. más refs. TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 168, p. 222. También una exposición de estos casos en Emilio ROJAS, p. 239 y ss. Similar, en última instancia, también HEFENDEHL, para quien, debido a un concepto normativizado de “patrimonio”, el cómo éste se vea perjudicado (mediante un da o una puesta en peligro) sería una cuestión fenomenológica irrelevante; lo que importaría sería determinar cómo se ve reducido el dominio sobre este patrimonio; p. 77 y ss., 88.

28 Ampliamente sobre el desarrollo de estos requisitos, c. más refs. y jurisp. TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 169 y ss., p. 223 y ss.; PERRON en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, § 263, n. marg. 143 y ss.

disposición efectuada por el engañado se deba “contar seriamente” con la producción de desventajas económicas²⁹.

Este *peligro concreto* para posiciones patrimoniales debe ser determinado en cada caso particular empleando *pronósticos* sobre la gran probabilidad del perjuicio y tomando en cuenta las medidas y los procedimientos usuales del ramo pertinente³⁰. P. ej., en las operaciones contables incompletas o incorrectas, solamente se admitirá el “peligro concreto” equivalente al daño, según las circunstancias del caso, cuando el favorecido pueda disponer del monto inmediatamente o sin ningún impedimento; mientras que si el engaño llevara más bien a una falta de anotación contable de un valor patrimonial, por lo general no habrá falta mayores requisitos pues el bien se habrá perdido casi siempre, salvo que por circunstancias especiales se pueda descubrir el error³¹. En otros casos existe este tipo de “daño” cuando se determinare (de manera objetiva por un tercero informado) que, aunque exista un valor de mercado entre prestación y contraprestación, para el engañado se presenta un “perjuicio” porque la contraprestación recibida no le sirve o le sirve menos de lo

29 Así en el caso “Hoyzer”, BGHSt. 51, p. 165 y ss., 177. TIEDEMANN advierte que el término “peligro concreto” en este contexto puede llevar a confusiones porque las situaciones presentadas no equivalen realmente a un “peligro concreto” (temporalmente podría no haberlo) sino a un “daño” desde la perspectiva económica, que además se podría medir económicamente; p. ej. en la “estafa de trabajo” cuando el aspirante oculta información que lo hace inidóneo, o en la “estafa de créditos” cuando el beneficiario engaña sobre su solvencia, o en la “estafa de capitales” el no informar al inversionista que el financiamiento de su futura renta está basado en el sistema de “bola de nieve”, etc.; ver en *Leipziger Kommentar*, tomo 9, § 263, con más ejemplos en el mismo sentido, n. marg. 170 y ss., p. 224 y ss. Esta tendencia reduccionista a un “núcleo de peligros concretos” ha sido últimamente exigida por el Tribunal Constitucional para el mismo concepto que es utilizado en la “administración desleal” (art. 266 StGB) y los casos de “estafa en la celebración de contratos” (BVerfGE, tomo 126, p. 170 y ss., BVerfG wistra 2012, p. 102 y ss. respectivamente).

30 Cfr., en el sentido de la jurisprudencia del TFA, aprobándola y c. más refs., TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 172a, p. 226 y s.; n. marg. 228 y ss., p. 269 y ss.

31 Más refs. y casos similares en TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 232, p. 271; n. marg. 233, p. 271 y s.

esperado; es decir, el bien obtenido en contraprestación no satisface las “necesidades y realidades personales del adquirente”.

Esta teoría también se ha aplicado para el caso de *expectativas económicas* en el ámbito privado en aquellos negocios en los que, por su naturaleza, exista una *separación temporal* entre una acción económica riesgosa y el resultado económico final. Aquí surge el problema del momento de la determinación del perjuicio y las posibilidades de *compensación*. P. ej., si se emplea patrimonio ajeno, sin autorización del titular, para adquirir una expectativa lícita pero que es irracional (invertir medio millón de euros en billetes de lotería, comprar una gran cantidad de acciones de empresas de dudoso valor, comprar una propiedad sin las debidas garantías, etc.), se plantea la cuestión del “momento” en el cual se va a determinar el perjuicio: ¿acto seguido de la inversión (ex-ante) o al final del proceso cuando se hubiera constatado la pérdida (o la ganancia) definitiva (ex-post)? En general se admite que el perjuicio ocurre *inmediatamente después* de la “disposición patrimonial” por parte del perjudicado, o sea, cuando hubiera salido de su patrimonio el bien o, en caso de *concretas “puestas en peligro”* del patrimonio, cuando se hubiera producido la disminución de valor de éste; no entrarían a tallar en el cálculo los movimientos posteriores al resultado que pudieran *compensar* las pérdidas³². Las valoraciones ex-post solamente entrarían a tallar para determinar si la conducta previa realmente había constituido “expectativa” o para reafirmar el perjuicio de un negocio regido por el azar: se puede decir lo primero (o sea, no habría perjuicio patrimonial) cuando, ex post se pudiera aclarar que el “final feliz” del negocio (se devolvió el crédito prestado, se pagó por el inmueble vendido, etc.) se debió a la seriedad de la contraparte y no a la suerte (como el que se se hubiera obtenido una herencia imprevista, se ganara a la lotería, etc.)³³.

32 C. más refs. TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, tomo 9, § 263, n. marg. 162, p. 215.

33 Cfr. ampliamente sobre el perjuicio como “proceso dinámico”, SALDITT, p. 99 y ss., 106 y ss.

1.3 El caso de la “administración desleal del patrimonio público”

En la doctrina, los casos de “grandes fraudes”, con intervención de funcionarios públicos o sin ella, suelen ser analizados, debido a su trascendencia y a que suelen involucrar áreas económicas de gran magnitud (la industria armamentística, la industria de la construcción, las subvenciones públicas, etc.), dentro del campo del “Derecho penal económico”³⁴. Y aquí, en primer lugar, es posible que se presenten casos de “**estafa**” en la **contratación pública**. Ello ocurriría cuando se hubiera recurrido a algún tipo de *engaño* para posibilitar la contratación (“estafa de celebración de contratos”), o para el momento de su ejecución (“estafa de cumplimiento de contratos”)³⁵. El “perjuicio” se derivaría de la diferencia entre la prestación que se recibe a cambio de la contraprestación que la víctima, bajo engaños, hubiera entregado o se hubiera obligado a cumplir³⁶. Pero, aplicando normas civiles, esta *estafa contractual* no operaría cuando la víctima hubiera tenido posibilidades de usar derechos efectivos como el negarse a su contraprestación tras constatar el engaño; por otro lado, también se ha admitido que aquí el daño se produciría al poner en peligro al patrimonio de manera *equivalente al perjuicio*³⁷.

En los casos de *contratación* tras un **proceso fraudulento de licitación** debido a la formación de **cárteles** entre los postores, muchas veces no encontraba aplicación el tipo “estafa” debido a las dificultades para demostrar la existencia de un “perjuicio patrimonial” (falta de mercado referencial)³⁸. Aún así, la jurisprudencia, avalada por parte de la doctrina, había recurrido

34 Cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht BT*, p. 1 y ss., n. marg. 1 y ss.

35 Al respecto, entre otros, PERRON en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, § 263, n. marg. 128 y ss.; KINDHÄUSER, § 263, n. marg. 203 y ss., p. 1066 y s.; JOECKS, § 263, n. marg. 89 y ss., p. 609 y ss.

36 Cfr. c. más refs. doctrinarias y jurisprudenciales KINDHÄUSER, § 263, n. marg. 204, p. 1066.

37 Cfr. TIEDEMANN, c. refs. jurisprudenciales, *Wirtschaftsstrafrecht BT*, p. 5, n. marg. 2e.

38 Cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht BT*, n. marg. 145, p. 111 y s.

algunas veces a comparar con un “precio apropiado” o con un “precio hipotético de competencia” (basado en “indicios” que explicarían el sobrecosto: gastos por sobornos, pagos de indemnización a competidores, etc.), u otros criterios suplementarios (principio de los “costes”, acuerdos entre las partes, normas administrativas aplicables para estos casos, etc.)³⁹.

Desde la introducción del tipo específico de “*fraude de licitaciones*” (art. 298 C. P. alemán) que prescinde del “perjuicio patrimonial” (ahora se trata de un “delito contra la competencia”) ya no es necesario recurrir al tipo de “estafa”⁴⁰; se discute solamente si habría “concurso ideal” entre ambas disposiciones penales o si el art. 298 desplazaría al art. 263 C. P. alemán⁴¹. Además, como ahora el tipo se dirige básicamente a los *participantes* en licitaciones; el organizador de la licitación o concurso (el funcionario público u otro) solamente podría ser instigador o cómplice de tales acuerdos colusorios⁴².

En casos de *prestaciones unilaterales* del funcionario público, es posible admitir una *administración desleal del presupuesto público* (*Haushaltsuntreue*) en el sentido de un “perjuicio del patrimonio vinculado por las normas presupuestarias a través de un sujeto jurídico de derecho público”⁴³. Aquí es *sujeto activo* del delito cualquier *funcionario público* (incluyendo a los “parlamentarios” que en Alemania no son “funcionarios públicos” para los tipos de “cohecho”) o incluso *privados* que

39 Al respecto, ampliamente y exponiendo los casos pertinentes y la discusión dogmática, PERRON en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, § 263, n. marg. 137a; TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 126, p. 188 y s.; ídem *Wirtschaftsstrafrecht BT*, n. marg. 145 y ss. p. 111 y ss.

40 Cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht BT*, n. marg. 185, p. 132.

41 C. más refs. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, n. marg. 145, p. 111; KINDHÄUSER, § 298, n. marg. 1, p. 1222, n. marg. 12, p. 1224; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 298, n. marg. 22.

42 Cfr. c. más refs. TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, tomo 10, § 298, n. marg. 47, p. 305.; *Wirtschaftsstrafrecht BT*, n. marg. 157, p. 119, n. marg. 185, p. 132.

43 Definición dada por el BGH, ver en NStZ 2008, p. 87 (caso del alcalde).

ejercieren una “función pública”, en cuanto tuvieran un deber de administrar lealmente el patrimonio público según las normas que regulan las competencias funcionariales, o a través de un mandato de autoridad, un otorgamiento formal de facultades de obligar o disponer⁴⁴. Es decir, no basta con ser funcionario público y tener un “deber general de fidelidad” a la administración pública, sino se necesita un deber de administrar patrimonio que provenga del “ámbito concreto de desempeño de tareas”⁴⁵.

Luego, cuando el funcionario público *cambiare el destino público* de los bienes públicos hacia otra finalidad pública distinta, aquí, a primera vista, no parece haber ningún perjuicio para el patrimonio público pues económicamente el *saldo* es el mismo tanto si el dinero se aplica para ayudar a los afectados por una catástrofe como cuando son destinados para comprar los tanques que el ejército requiere urgentemente. La infracción de normas administrativas sobre la fijación de partidas presupuestales parece afectar tan solo un interés no protegido por el tipo penal: la *soberanía estatal sobre el presupuesto*⁴⁶. Por este motivo, gran parte de la doctrina alemana considera que no habría delito de “administración desleal” cuando el sujeto activo hubiera dado una aplicación pública “distinta” a los bienes públicos, pues, económicamente, para el Estado el *saldo* sería el mismo (no habría pérdidas); por más que se “falseare” la voluntad estatal, no existiría el perjuicio patrimonial que exige el tipo penal en el sentido de una falta de equivalencia entre “prestación” y “contraprestación”⁴⁷. Esto ocurrió en el conocido caso de los “recursos públicos” en el cual el director de cultura de una ciudad cambió la aplicación de los medios destinados a contratar

44 SCHÜNEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 266, n. marg. 230, p. 845.

45 Citando jurisprudencia alemana al respecto, WESSELS/HILLENKAMP, § 20, n. marg. 770, p. 435 y s.

46 Ejemplo y formulación de SCHÜNEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 266, n. marg. 230, p. 845.

47 Ver las refs. en SCHÜNEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 266, n. marg. 230, p. 845; también TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht BT*, n. marg. 150, p. 114. Ambos admiten, sin embargo, la posibilidad de este grupo de casos, siguiendo la argumentación que se expone a continuación.

artistas para usarlos en hacer reparar el techo del auditorio municipal que se había derrumbado tras una tormenta⁴⁸.

Pero la jurisprudencia y parte de la doctrina han recurrido a una interpretación extensiva para hacer aplicable aquí el tipo de administración desleal: el “perjuicio patrimonial” (y con ello el delito consumado) se reflejaría en estos casos en la “puesta en peligro” o en aquella “defraudación de los fines” que afectan la *libre disposición estatal de los recursos públicos*⁴⁹. En esta solución se manifiesta la idea de TIEDEMANN que entiende el *patrimonio público de manera distinta* que el “patrimonio privado” para justificar también las diferencias en el “perjuicio” de uno y otro: el “patrimonio público”, por razones de bien social y por su naturaleza de “patrimonio circulante”, tiene que ser planificado y, en cuanto a su gasto, ir *vinculado a una finalidad pública*; el perjuicio se produciría no solamente cuando sufriera una mengua sensible o fuera puesto en peligro concreto su “valor económico”, sino también *cuando se viera afectada la “finalidad pública”* a través de la infracción de los principios que guían la administración del presupuesto público (teoría de la “frustración de los fines”)⁵⁰.

Los casos polémicos de infracción de las reglas presu-
puestarias en los que se discute el “perjuicio” configurador de una “administración desleal” punible pueden ser agrupados en *cuatro modalidades*⁵¹: atentados contra la vinculación objetiva de los medios, atentados contra la vinculación temporal de los

48 TFA en NStZ 1984, p. 550.

49 Así TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht BT*, n. marg. 150, p. 114; SCHÜNEMANN, c. más refs. y ejemplos jurisprudenciales, en *Leipziger Kommentar*, § 266, n. marg. 230 y ss., p. 846 y ss. También WESSELS/HILLENKAMP destacan que en algunos casos ya el “abuso del poder de disposición” que justificaría la “cercanía con el perjuicio”, cfr. § 20, n. marg. 780, p. 445; con más ejemplos de la jurisprudencia, JOECKS, § 266, n. marg. 31a, p. 650.

50 Así, TIEDEMANN, c. más refs. en *Leipziger Kommentar*, § 264, n. marg. 25, p. 426. En contra, MUNZ, p. 136 y ss.; c. más refs. Emilio ROJAS, p. 63 y s.

51 BIENECK, p. 250.

medios, atentados contra los principios de eficiencia (o buen manejo económico) y austeridad (ahorro), y meros gastos “en descubierto” (sobrepasar el presupuesto). Para todos estos casos hay jurisprudencia contradictoria. En principio, hay consenso en que no puede ser punible la infracción de las normas presupuestarias para llevar a cabo una actividad pública que debía realizarse de todos modos con medios públicos⁵². En casos de graves atentados contra los *principios de eficiencia* y “*austeridad* en el sentido de *despilfarros*”⁵³ también se admite sin más un “perjuicio económico” sin que se requiera más criterios adicionales. P. ej. si parlamentarios adquieren para sí y para sus trabajadores, poco antes de cesar en sus funciones y como “despedida”, plumas de lujo no hay posibilidad de entender este gasto como compatible con los principios de una administración razonable⁵⁴, la construcción de un teatro exageradamente grande en un pueblo pequeño, la construcción de un aeropuerto internacional en un pueblo o ciudad que no lo necesitare, etc.

En otros casos –se argumenta– debido a la frecuente vinculación de los bienes públicos con un *destino fijo* y con un *tiempo determinado*, casi siempre se produciría un “perjuicio” cuando, pese al destino fijado se produjera la aplicación a una obra pública distinta; solamente cuando la aplicación distinta se basare en una autorización posterior inminente (p. ej. por urgencia) o incluso cuando de esa manera se ahorrare al fisco un oneroso procedimiento presupuestal, el “perjuicio” quedaría excluido⁵⁵.

52 BIENECK, p. 250, columna izquierda. Aquí parece tratarse más bien de un caso de “causa de justificación”; cfr. Emilio ROJAS, p. 218 y s.

53 TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht BT*, n. marg. 115, p. 116; SCHÜNEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 266, n. marg. 236 y s., p. 850 y s.

54 Sobre este caso producido el 2009 en el parlamento alemán, ver SOYKA, p. 566 y ss.; en concreto sobre el “perjuicio patrimonial”, 570 y ss. SCHÜNEMANN sitúa este caso como uno de simple “enriquecimiento” del funcionario público a costas del patrimonio público, o sea como una “infidelidad patrimonial del funcionario público en el cargo” (“*Amtsuntreue*”); ver en *Leipziger Kommentar*, § 266, n. marg. 230, p. 845; y nota al pie 948, *ibidem*.

55 Ver c. refs. y jurisprud. de TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht BT*, n. marg. 150, p. 114.

Pero hay otros casos en los cuales podría ser dudoso admitir el “perjuicio patrimonial” solamente con la infracción de normas administrativas sobre el presupuesto. La casuística al respecto ha sido muy amplia, contradictoria y discutida⁵⁶. Así, en una sentencia muy comentada del año 1997, conocida como el “caso del intendente” (también llamado, por la modalidad, como “ola empujada por la proa” o, por el apellido del principal involucrado: “Gönnerwein”)⁵⁷ el director artístico del Teatro Estatal de Württemberg había sobrepasado el monto del presupuesto del año en más de 5 millones de marcos que el gobierno regional, sin embargo, cubrió al año siguiente. Aunque el gasto podría haber estado justificado desde la perspectiva cultural, el “perjuicio” había consistido en que, sin necesidad urgente, se había privado de medios económicos al fisco violando además principios del presupuesto. El Tribunal Federal constató que la infracción de disposiciones administrativas sobre el presupuesto por sí sola no bastaría para fundamentar el perjuicio patrimonial requerido por el tipo penal de administración desleal. Esto solamente ocurriría cuando, además de la infracción de las normas, se hubiera producido una *falta de consecución de la finalidad*; o sea cuando, tras un saldo entre prestración y contraprestación (negativo para la administración pública) se tuviera que recurrir a un crédito económicamente importante o cuando el titular del presupuesto se viera gravemente afectado en su capacidad de disposición, en sus *potestades políticas de configurar el presupuesto*. La condena de primera instancia fue revocada por el Tribunal Federal, porque no haberse determinado el “perjuici-

56 Ver la sistematización, por materias discutidas, BIENECK, p. 249 y ss.; RÜBENSTAHL/WASSERBURG, p. 522 y ss.; Emilio ROJAS, p. 19 y ss. Duras críticas a las contradicciones de las sentencias aquí expuestas (y muchas otras más) pueden verse en SCHÜNEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 266, n. marg. 233 y s., p. 848 y ss.

57 BGHSt., tomo 43, p. 293 y ss. Sobre el caso ver en especial TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht BT*, n. marg. 150 y s.; SCHÜNEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 266, n. marg. 232, p. 847; BIENECK, p. 249 y ss.; Emilio ROJAS, p. 19. Al respecto ver también los comentarios críticos de RÜBENSTAHL/WASSERBURG, p. 523, columna izquierda.

cio patrimonial” pero, por la infracción cometida se impusieron otras medidas previstas en el Código penal. Más tarde en el caso del “horno de leña”⁵⁸ (también llamado, por las siglas del ministerio involucrado, caso “MELF” o caso “Ministerio de Asuntos Sociales de Brandemburgo”), el funcionario encargado de la política de fomento agrícola, por insistencia del Ministro de Agricultura de Brandemburgo, había cometido una serie de irregularidades para hacer que el proyecto de familiares de éste (difusión de hornos tradicionales de leña) obtenga un fomento especial para el “desarrollo del espacio campestre” por un monto de alrededor medio millón de marcos alemanes. Aquí, más allá de las irregularidades (cambio de fecha a la solicitud, intervención del Ministro), los medios fueron utilizados en el sentido público que las normas administrativas preveían, motivo por el cual, pese a la sentencia condenatoria, parte de la doctrina niega la producción de un “perjuicio patrimonial”⁵⁹.

En estos casos se observa que la *vinculación temporal* (caso del “intendente” donde se trasladaron deudas al año siguiente) por sí sola no bastaría para configurar el “perjuicio”; se necesitaría más criterios para fundamentarlo. En cambio, sí habría perjuicio cuando se atentare contra un “destino fijo” o *vinculación objetiva* (pasar bienes de un destino público a otro mediante cuentas fraguadas)⁶⁰. Mucho más discutible es admitir un “perjuicio” en caso de *sobrepasar el presupuesto asignado* o cuando se aplican mal los bienes de tal manera que *no se alcanzara la finalidad pública* buscada⁶¹.

Bajo el grupo de casos de *formación o mantenimiento de “cajas negras”*, se ha discutido una gran variedad de supuestos en los cuales el administrador de patrimonio ajeno, sin consentimiento (probado) del titular o beneficiado, había retirado de

58 BGH en *NJW* 2003, p. 2179.

59 Cfr. SCHÜNEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 266, n. marg. 232, p. 848.

60 Críticamente sobre este trato diferenciado, BIENECK, p. 250, columna derecha.

61 Ver las citas jurisprudenciales respectivas en FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 266, n. marg. 127 y s.

su patrimonio o había desviado fondos que había recibido para ingresarlos a este patrimonio, y con ellos había formado una “cuenta” que había ocultado del conocimiento del titular y de las autoridades⁶². La finalidad última de esta maniobra es irrelevante para el análisis pero, cuando se trata del patrimonio de empresas, ésta suele consistir en pagar sobornos a funcionarios públicos para obtener contratos públicos beneficiosos para la titular del patrimonio⁶³. Para subsumir estos casos como “administración desleal”, lo que interesa es demostrar en qué medida esta conducta, ya por sí misma, habría provocado un “perjuicio patrimonial”.

Entre la gran cantidad de casos que han ocupado a los tribunales alemanes, figuran el relacionado con el *financiamiento ilegal de partidos políticos*. El supuesto “perjuicio patrimonial” habría radicado en la generación de un *peligro concreto* al propio partido político debido al riesgo de que el Estado le imponga una “sanción” por el atentado contra la Ley de partidos políticos, pues ésta prevé la devolución de los incentivos estatales (aparte de la aplicación de una multa), si se comprobare alguna infracción grave contra sus disposiciones. En los casos más famosos (los del ex canciller alemán “Kohl” y del ex- presidente del Land de Hesse “Kanter”, ambos del partido CDU) p. ej. la infracción consistió en haber recibido las donaciones por montos elevados, las cuales, con desconocimiento de las autoridades y de miembros del partido, habían ido a parar a cuentas de bancos situados en paraísos fiscales⁶⁴. La jurisprudencia ha admitido aquí la exis-

62 Ampliamente, con jurisprudencia y doctrina FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 266, n. marg. 131 y ss.; JOECKS, § 266, n. marg. 31a, p. 650.

63 Cfr. FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 266, n. marg. 132, p. 2088.

64 Sobre los casos “Kohl” y “Kanter” y la discusión dogmática ver, entre otros, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht BT*, p. 116 y ss., n. marg. 156a; SCHÜNEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 266, n. marg. 179, 184, p. 814 y s., 818; KINDHÄUSER, § 266, n. marg. 10 y ss. p. 1135 y s.; SALIGER, *HRRS 2006*, p. 10 y s. Especialmente sobre el caso Kanter y la doctrina del “perjuicio de peligro”, de manera crítica, PERRON, en *Festschrift für Klaus Tiedemann*, p. 737 y ss. La exposición de estos y otros casos se puede ver también en ABANTO VÁSQUEZ, *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, p. 936 y s.

tencia de una *puesta en peligro equivalente al perjuicio* debido a la infracción de las normas sobre partidos con la formación de “cajas negras” (privadas). Ni siquiera ha creído necesario verificar la causación de alguna forma de perjuicio para el patrimonio pues ya la formación de la “cuenta negra” habría *dejado al libre arbitrio* del sujeto activo los bienes ajenos (del partido) haciendo imposible su control estatal⁶⁵. Aquí habría ya un delito consumado (y no solo tentativa): la creación de la “caja negra” produciría un “perjuicio definitivo” (*endgültiger Schaden*) y el gasto ulterior de estos montos solamente constituiría una “profundización del daño”, así como su eventual devolución al titular o su uso en favor del titular solamente sería una “reparación del daño” (ya producido)⁶⁶. Esta interpretación ha sido admitida como “constitucional”⁶⁷ y guarda concordancia con la interpretación que concede a la “libertad de disposición” del propio patrimonio carácter constitutivo en la protección prevista en el art. 266 C. P. alemán contra ataques “desde adentro”: esto se manifestaría en el ámbito público como una “libertad de la política de configuración del patrimonio público”⁶⁸. Para un sector minoritario,

65 Así en BGHSt., tomo 51, p. 100 y ss. Cfr. c. más refs., TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht BT*, n. marg. 155, p. 116. Pero la fundamentación fue muy criticada pues el BGH había admitido que la conducta reflejaría, en el tipo objetivo, un injusto de tentativa que, sin embargo, se vería compensado en el tipo subjetivo con el dolo de consumación. Ver las críticas en WESSELS/HILLENKAMP, para quienes esta “puesta en peligro” equivale, en algunos supuestos, ya objetivamente a un “perjuicio efectivo” y no se debería mezclar lo objetivo con lo subjetivo, sino debería haber congruencia en uno y otro (injusto objetivo de consumación e injusto subjetivo referido a esto), c. más refs. § 20, n. marg. 776, 783 y s., p. 440 y s., 447 y s. Ver también PERRON, en *Festschrift für Klaus Tiedemann*, p. 746 y s.; SALIGER, *ZStW* 112 (2000), p. 566 y ss, 572.

66 BGHSt. tomo 52, p. 323 y ss. Ver las refs. en TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht BT*, n. marg. 3, p. 8; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 266, n. marg. 137 y s., 150.

67 Ver las refs., recensiones y críticas en FISCHER, *Strafgesetzbuch*, § 266, n. marg. 150.

68 Cfr. SALIGER, *ZStW* 112 (2000), 589 y ss.; WESSELS/HILLENKAMP, § 20, n. marg. 747, p. 422.

sin embargo, no bastaría con la “creación” misma del “fondo negro” para admitir la generación de este “peligro” (equivalente al “perjuicio”), sino que éste se manifestaría recién con el “gasto” de estos fondos en contra de su finalidad⁶⁹. Y lo mismo se aplica cuando se tratare de empresas, o sea cuando un empresario formara “cajas negras” (probablemente con alguna finalidad ilegal como el soborno de funcionarios públicos extranjeros o empleados de empresas competidoras), incluso si después utilizara ese dinero obteniendo ganancias para la empresa⁷⁰.

En los últimos años, la **jurisprudencia constitucional** ha intervenido decisivamente para aclarar algunos aspectos del tipo penal de “administración desleal”. Por un lado, aunque de manera algo polémica, ha declarado la plena constitucionalidad del tipo penal⁷¹, y ya en concreto, en su análisis sobre los alcances del tipo penal ha dado preferencia a la *interpretación económica* del patrimonio. Y para el “perjuicio patrimonial”, en un interesante debate con la jurisprudencia del Tribunal Federal, ha considerado que el punto de partida tendría que ser el menoscabo patrimonial *visto en su conjunto*. Es decir, se tiene que ver si la mengua patrimonial es al mismo tiempo *compensada* por alguna ventaja. En llamado caso “*Schäch*”⁷² de 2010, los tribunales penales alemanes habían condenado por delito de “infidelidad patrimonial” (art. 266 C. P. alemán) a un alcalde y

69 Cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht BT*, n. marg. 155, p. 116.; PERRON en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, § 266, n. marg. 45c.

70 Ver JOECKS, § 266, n. marg. 31b, p. 650 y s. SALIGER critica también la más reciente jurisprudencia del BGH sobre la formación de “cajas de guerra” (cajas negras) de una empresa con finalidades probablemente delictivas (pago de sobornos) para favorecer a la empresa con contratos; (caso “Trienekens”, auto de la Segunda Sala del BGH27-8-2011), *ZIS* 2011, p. 911, columna derecha y s., 918.

71 Al respecto ver las refs. en ABANTO VÁSQUEZ, *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, p. 921 y s.

72 Sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) de 23 de junio de 2010; ver el texto en la colección se sentencias del BVerfG, tomo 126, p. 170 y ss.; también en *HRRS* 2010, n.º. 656. Ver los comentarios amplios de STEINERT, p. 58 y ss.; SALIGER, *ZIS* 2011, p. 902 y ss.

a su tesorero quienes habían cometido una serie de irregularidades continuadas (traslado arbitrario de gastos e ingresos) para equilibrar artificialmente el presupuesto; basándose en estos datos, el Consejo autorizó solicitar un crédito de 5 millones de euros con la finalidad de realizar una obra pública, tras lo cual los inculpados incluso habían solicitado otros dos créditos más para realizar obras urgentes por dos millones de euros. Con estos últimos créditos comprometieron al tesoro público a pagar 170 mil euros en intereses, no obstante lo cual el dinero prestado fue utilizado en distintas tareas públicas de la comunidad. El “perjuicio patrimonial” fue visto por el BGH en el pago de intereses que no hubiera surgido de no haber adoptado el crédito no autorizado. El BVerfG opina, a diferencia del BGH, que bajo una protección del patrimonio se debe llevar a cabo un *saldo global* en el cual debe analizarse si los perjuicios son compensados de manera inmediata por los beneficios obtenidos, es decir, en el caso concreto, también tendrían que incluirse en el cálculo los beneficios obtenidos por la conducta de los imputados: el pago de intereses (usuales) se vería compensado por la disposición (para finalidades públicas) del crédito⁷³. La solicitud y la utilización de un crédito conformarían una *unidad económica* que no debe ser separada para poder determinar si la “violación de deberes” ha producido un “perjuicio patrimonial”. Y si esto es así, y si los intereses del crédito guardaban conformidad con los usuales en el mercado, “la posibilidad de disponer del crédito, como ventaja patrimonial inmediata, compensa por regla general la obtención del crédito y el pago de intereses”⁷⁴.

En el caso de las *prestaciones bilaterales* como en la *contratación pública* derivada de procesos de licitación, para el “perjuicio” de la **administración desleal** también regiría lo establecido para las prestaciones unilaterales. Luego, en primer

73 Ver con comentarios aprobatorios de SALIGER, *ZIS* 2011, p. 912, columna derecha y s., 918.

74 SALIGER, aprobando esta jurisprudencia, *ZIS* 2011, p. 913, columna derecha.

lugar, habrá “perjuicio” cuando la contraprestación recibida por la administración pública, tras efectuar un saldo con la entregada, presentare un *monto negativo*. Esto ocurriría ya en caso de *inutilidad*, inutilidad que podría medirse aquí sí en el sentido de la “teoría del impacto personal” según si se han violado reglas expresas sobre esta utilidad (las reglas sobre la finalidad de los bienes); es decir, a diferencia de la “estafa”, aquí se puede prescindir de la herramienta del “observador objetivo situado ex-ante”. La “inutilidad” debería expresarse también en una “disminución de valor” del patrimonio público comparando el precio pagado por la prestación y el que ésta tendría en caso de su “venta posterior”⁷⁵. En caso de no existir un “mercado” o de verse éste falseado (como ocurre en muchos casos de interrelación entre la administración pública y particulares, p. ej. el valor de la actividad administrativa puesta en marcha por una maniobra fraudulenta o el costo de las obras convocadas por licitaciones), se podrá ver un *peligro concreto equivalente a un perjuicio* ya en el falseamiento mismo del *proceso competitivo* que va a formular el precio (p. ej. la licitación) pues existirían aquí “expectativas” (jurídicas) por parte del organizador (la administración pública) de contratar con el postor que ofrezca las mejores condiciones, así como por parte del postor honesto, de contratar con la administración⁷⁶. Otra alternativa consistirá en tratar de indagar el “precio apropiado” teniendo en cuenta el tiempo invertido, los costos en salarios y materiales, así como un cierto margen de ganancia (caso de la “mensa de Friburgo” en BGHSt 16, p. 367 y ss, 373) o un “precio competitivo hipotético” (a través del empleo de un “mercado comparativo”) en

75 Ver en MUNZ, p. 97 y ss.; Emilio ROJAS, p. 234 y ss.

76 Propuesta de TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 165, p. 217. Así también, para todos los casos de “perjuicio de puesta en peligro” FISCHER, para quien, en desacuerdo con cierta jurisprudencia suprema, como se trata de valorar “sucesos económicos” y no “valores económicos”, puede hablarse muy bien aquí de un “perjuicio de tránsito” (“Durchgangsschaden”); ver en Fischer/Hoven/otros, *Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschaden*, p. 56.

el sentido de aquél que se hubiera obtenido, de la manera más favorable posible, al tener en cuenta las normas pertinentes de la licitación (caso Rheinausbau I en BGHSt 38, 186 y ss., p. 192)⁷⁷. Por supuesto que los pagos hechos entre postores de una licitación (para que no participen, como “compensación” por presentar una oferta maliciosamente inaceptable o cualquier soborno) quedarán fuera del cálculo pues son considerados por la jurisprudencia como “partidas de cálculo inapropiadas” (BGHSt 47, p. 83 y ss., 88 y s.)⁷⁸.

Últimamente la jurisprudencia alemana ha admitido como patrimonio público perjudicado a las *expectativas de carácter patrimonial* tanto de parte de la oficina pública que otorga la buena pro como de los participantes honestos en cuanto a obtener la buena pro⁷⁹. La defraudación de estas expectativas es considerada equivalente al *perjuicio patrimonial*, aunque se discute si aquí realmente habría habido un “peligro concreto” o más bien uno “abstracto” que no configuraría la equiparación con el “perjuicio patrimonial”⁸⁰. En otros casos se ha reconocido capacidad excluyente de pena a la “compensación” inmediata o una “autorización posterior”, sobre todo cuando se trata de

77 Ésta es también la doctrina y jurisprudencia dominantes. Favoreciendo este último criterio, c. más refs. ver TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 165, p. 217.

78 Aprobatoriamente y c. más refs. TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 165, p. 218.

79 C. más refs. TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 137, p. 196, n. marg. 165, p. 216 y s.

80 En el caso de la “lista de postores” entregada por el funcionario público a los interesados en una licitación se habría penado contra legem un caso de tentativa porque “la producción del perjuicio todavía depende de un tercero que actúe por su propia cuenta”, ya que todavía no se ha producido el acuerdo de cártel y menos aún la celebración del contrato desventajoso para la administración; es esta última la que decide si se lleva a cabo el contrato y el funcionario público responsable solamente habría creado la posibilidad de un perjuicio patrimonial (peligro abstracto) mas no la situación de peligro inmediato equivalente a un perjuicio (peligro concreto)”, *ibidem*, p. 13, columna izquierda. SALIGER, *HRRS* 2006, p. 12, columna derecha y s.

la “administración desleal del funcionario público” que aplica bienes públicos a finalidades también públicas pero distintas a las que originalmente tenían⁸¹.

Como “administración desleal” es considerado también el llamado *patrocinio de cargos* (Ämterpatronage), o sea cuando un alto funcionario público otorgare un cargo público bien pagado a quien no reuniera evidentemente las condiciones necesarias para ello (p. ej. a un pariente o una persona del mismo partido que no tienen ninguna experiencia en la materia)⁸². Aquí se recurre también a los criterios utilizados para la estafa en la modalidad de “fraude en la consecución de un empleo” (Anstellungsbetrug) como una modalidad de “estafa en la celebración de contratos”⁸³: el perjuicio radicaría, en caso de personal privado, en la no correspondencia entre el sueldo que se va a recibir por una prestación laboral de calidad insuficiente; en caso de la contratación de funcionarios públicos, además, debería entrar en la valoración del “perjuicio” la falta de “calidad ético-moral” del sujeto contratado bajo supuestos fraudulentos⁸⁴. Como en este último caso por lo general existen normas administrativas específicas que regulan el acceso al cargo, se suele admitir un perjuicio patrimonial debido a una “frustración de fines”⁸⁵. Pero es discutible que un “engaño” de este tipo, por sí solo tenga alguna repercusión en el “patrimonio público”; como mínimo se exige que el engaño verse sobre alguna cualidad (capacidad, conocimientos específicos, etc.) que pueda repercutir en el desempeño del funcionario público porque esto desequilibraría el “precio” que la administración pública pa-

81 Citando casos jurisprudenciales, SCHÜNEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 266, n. marg. 237, p. 850 y s.

82 Cfr. SCHÜNEMANN, quien sin embargo excluye del tipo los casos de patrocinio estructural de cargos (nombramiento a personas del mismo partido pero que sí reúnen los requisitos exigidos), ver en *Leipziger Kommentar*, § 266, n. marg. 238, p. 851.

83 Cfr. TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 223, p. 265 y s.

84 Cfr. KINDHÄUSER, c. más refs. doctrinarias y jurisprudenciales, § 266, n. marg. 98, p. 1134; § 263, n. marg. 207 y s., p. 1067.

85 KINDHÄUSER, § 263, n. marg. 207, p. 1067.

garía por el “servicio” obtenido; cualquier otro caso, en realidad, tan solo afecta intereses administrativos y para ellos la doctrina exige tipos penales específicos⁸⁶. Y aún así, esta consideración como “perjuicio patrimonial” de una cuestión moral (“engaño sobre la cualidad personal”) lleva a transformar las finalidades de la administración pública en finalidades del Derecho penal sin una ley penal explícita. Como bien destaca parte de la doctrina, en estos casos se da cabida a “la protección de aspectos supra-individuales, neutrales al patrimonio, tales como el prestigio de la autoridad estatal de la fidelidad a la constitución, de la pureza del ejercicio de funciones públicas o de la idea de un personal público irreprochable...”⁸⁷. Por eso, si no se quiere perder la vinculación con la protección del “patrimonio”, se tendrá que exigir la afección efectiva del bien; p. ej. cuando la “confianza especial” para el cargo justificaba también una remuneración mayor de la normal, o cuando los datos falsos (edad, estado civil, familia) hicieran que el sujeto activo entre en una categoría de salarios más elevados, etc⁸⁸.

Un sector importante de la doctrina critica la inclusión de la “libertad de disposición” en el concepto de perjuicio del “patrimonio público”⁸⁹. La “personalización” del concepto “perjuicio patrimonial” parece rebasar los límites del tenor literal posible y refleja una tendencia a “abusar” del tipo de administración desleal para abarcar muchas otras finalidades de protección distintas del “patrimonio”⁹⁰. Algunos autores incluso dudan que

86 Cfr. TIEDEMANN, *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 224, p. 266.

87 C. más refs. SALIGER, *ZStW* 112 (2000), p. 607 y s.

88 Así, TIEDEMANN, con más casos y refs., en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 226, p. 268.

89 Ver las críticas FABRICIUS, p. 417, columna izquierda; RÜBENSTAHL/WASSERBURG, p. 525, columna izquierda en MUNZ, p. 136 y ss., 161 y ss.; Emilio ROJAS, p. 63 y ss.; 219 y s.

90 Así SALIGER, *ZStW* 112 (2000), p. 589 y ss., 609 y s. Cfr. también, revisando las distintas propuestas para una *interpretación restrictiva* del concepto “perjuicio patrimonial”, idem, *HRRS* 2006, p. 20, columna derecha y s. En similar sentido RÜBENSTAHL/WASSERBURG, p. 524 y ss.

sea posible trasladar al tipo penal de administración desleal la doctrina del “perjuicio de peligro” desarrollada para la estafa. A diferencia del tipo de estafa, en la administración desleal no se necesita ni “desplazamiento de patrimonio” ni “intención de enriquecimiento”, motivo por el cual con el concepto “perjuicio de peligro” el tipo penal se abriría a tantos casos que abarcarían también lo que materialmente constituiría solamente una “tentativa” (que es de lege lata impune en Alemania para la “administración desleal”)⁹¹. Sería por lo demás contradictorio afirmar una igual protección del “patrimonio” en los tipos de estafa y administración desleal, pero luego, en la subsunción, utilizar distintos conceptos de “patrimonio” y “perjuicio patrimonial”⁹².

1.4 Otros casos de protección del “patrimonio público”

Para algunos autores, cuando se trata de la **contratación pública**, no bastaría con el tipo de “administración desleal” para cubrir todos los casos de *abusos graves* por parte de funcionarios públicos en los procesos de contratación pública⁹³.

Ello sería así por muchas razones, pero sobre todo por la falta de punibilidad de la *tentativa* y la necesidad de verificar siempre un *perjuicio patrimonial*. Además, subsiste el problema de que solamente pueden ser considerados como “autores” aquellos sujetos (funcionarios públicos) que tengan el *deber de lealtad* con el patrimonio, mas no otros sujetos por más que cumplan importantes funciones de organización y preparación en el proceso de contratación (sobre todo en conductas colusivas). Por otro lado, el perjuicio patrimonial no siempre se produce o no siempre involucra directamente al patrimonio público (en

91 Cfr. PERRON, en *Festschrift für Klaus Tiedemann*, p. 739 y ss.; también en Schönke/Schröder, § 266, n. marg. 45; TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 263, n. marg. 168 y ss., p. 222 y ss.; WESSELS/HILLENKAMP, § 20, n. marg. 748, p. 422.

92 Reafirmando la misma protección y polemizando con Perron, SCHÜNE-MANN en Fischer/Hover/otros, *Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens*, p. 61 y ss.

93 Ver estas objeciones, c. más refs. en VOGEL, p. 828 y ss.

algunas infracciones, éste incluso podría no ser perjudicado o incluso podría verse favorecido). Por lo demás, las infracciones podrían deberse a otros intereses distintos de querer favorecer patrimonialmente a otro (p. ej. razones políticas de pertenencia a un partido, razones sociales o ambientales, etc.); y tampoco siempre existirá el “dolo” de administrar deslealmente, así como el dolo de perjudicar el patrimonio de la administración pública, además de que, en el ámbito de la contratación pública rige en muchos casos un amplio “margen de discrecionalidad” que limitaría el perjuicio a los casos de “adjudicación que no pueda ser sostenida razonablemente”.

Entonces, independientemente de si se admite la teoría más amplia de “administración desleal del patrimonio público” que equipara a “perjuicio patrimonial” ya a la mera infracción de normas presupuestarias, cabe preguntarse aquí si acaso aún así existirían vacíos. Una mirada a la legislación de la **Unión Europea** (legislación comunitaria) puede ser útil para aclarar este asunto. Allí debido al interés por conseguir un mercado común y ante la experiencia de que la contratación pública de un país tendía a discriminar a postores de otros motivándose no en principios de la libre competencia (“best value for money”) sino en motivos “ajenos a la adjudicación”⁹⁴, ha tratado de establecer un mercado interno europeo de las adjudicaciones “en el cual se garantice la *no discriminación* de todos los postores que compitan libremente en la contratación pública, a través de un procedimiento de adjudicación realizado de manera justa sobre la base de parámetros objetivos, y que pueda ser impuesto a través de los tribunales”⁹⁵. Para ello se emitieron varias Directivas, según los diferentes sectores de la contratación pública.

94 No se trata solamente de casos de “corrupción”, sino sobre todo de razones políticas como el mantenimiento de puestos de trabajo nacionales, regionales o locales, la protección de medianas empresas, la captación de votos, la protección del medio ambiente, etc. Cfr. VOGEL, p. 819.

95 VOGEL, p. 820.

La legislación alemana sobre contratación pública, en los últimos años, ha tenido que guiarse por el derecho comunitario y, con ello, ha acogido en su derecho extrapenal (sobre todo en la referida a contrataciones y a la protección de la libre competencia)⁹⁶ los principios comunitarios enunciados. Sin embargo, todavía no se ha producido una gran coordinación entre la legislación administrativa y la penal para proteger mejor estos intereses en la contratación pública de gran magnitud (llamada “sobreumbral”). En el ámbito penal, en lo que se refiere a la contratación pública mediante licitaciones, en el Código penal alemán tan solo se ha previsto, a través del art. 298, la punibilidad de los postores cuando cometieran actos anticompetitivos en concursos y licitaciones públicas⁹⁷. Para los funcionarios públicos, cuando no pueden intervenir los tipos de “corrupción” (arts. 331 y ss. C. P. alemán), se recurre –sin mucho éxito– sobre todo al tipo de “administración desleal” (art. 266 C. P. alemán). Por eso se reclama últimamente introducir un verdadero “**Derecho sancionador y/o penal de la contratación pública**”, sobre todo un tipo contravencional contra actos funcionariales dolosos o de imprudencia grave que atenten contra las disposiciones más importantes de la ley⁹⁸.

Como bienes jurídicos protegidos se menciona sobre todo a la “libre competencia” y el “correcto funcionamiento de la administración pública”, y no (directamente) los intereses financieros de los adjudicatarios (la administración pública) en un campo previo o como tipo de peligro⁹⁹. Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta el principio de “ultima ratio” VOGEL propone distinguir entre *ilícito contravencional*, cuando la conducta

96 VOGEL, p. 821 y ss.

97 Cfr. VOGEL, p. 823 y s.

98 Así, VOGEL, c. más refs., p. 831 y ss. Como señala este autor, en el 2005 se había previsto introducir un art. 129c que consideraba contravenciones de este tipo, pero, por influencia de la Federación de Ciudades y comunidades alemanas, no fue aprobado finalmente; ibídem, p. 831.

99 Cfr. VOGEL, p. 834.

infractora de las normas sobre contratación pública implicara un “peligro”, y *delito*, en caso de que produjera un “resultado” de esto constituido por la efectiva adjudicación antijurídica; o también entre tipos imprudentes leves y graves (contravención) y tipos dolosos (delito)¹⁰⁰.

2. Protección penal del “patrimonio público” a través del correcto funcionamiento de la administración pública

2.1. El “correcto funcionamiento de la administración pública” como bien jurídico tutelado

En España y Perú es plenamente dominante la doctrina que sostiene que el bien jurídico protegido por los tipos penales agrupados bajo el nomen juris “delitos contra la administración pública” (en el Perú, el Título XVIII del C. P.; arts. 361 y ss.; en España, el Título XIX, arts. 404 y ss.) es el *correcto funcionamiento de la administración pública*, o sea aquellas actividades en favor de los ciudadanos que, a través de su personal, efectúan los distintos poderes del Estado bajo un estado social y democrático de Derecho¹⁰¹. Con esto se ha superado la doctrina anterior que entendía como bien jurídico protegido por el Derecho penal

100 VOGEL, p. 834. El autor se inspira en el sistema similar existente en el Derecho alemán sobre manipulaciones del mercado (Ley de Títulos Valores), así como en el modelo francés (delito de “favoritismo” del art. 432-14 del Code pénal).

101 En Perú, RAMÍREZ SICCHA, p. 4 y s.; ROJAS VARGAS, p. 14 y ss. También c. más refs. de la doctrina extranjera, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, p. 16 y ss. En España, entre muchos otros, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1266; BENAVIDES SCHILLER, p. 84 y ss.; ORTS BERENGUER, en González Cussac y otros, *Derecho penal. Parte especial*, p. 639 y s.; JAREÑO LEAL, 18 y s.; Carlos MIR PUIG, p. 19; ASUA BATTARRITA, p. 23. Algo más escéptico se muestra MUÑOZ CONDE, para quien la “administración pública” no sería (ni siquiera en el sentido de “su funcionamiento”) un bien jurídico sino el “marco” en el cual se cometen los delitos; p. 837 y s.

a la “administración pública por sí misma” concediéndole a esta propiedades como “honor”, “prestigio”, “dignidad”.

Pero aparte de este bien jurídico “genérico” o “categorial”, en cada delito contra la administración pública, la lesividad se manifestará en uno o más *objetos del bien jurídico* o *bienes jurídicos específicos*¹⁰². Correspondientemente, los tipos penales se pueden clasificar según si se “lesionare” o “pusiere en peligro” (como peligro concreto o como “idoneidad peligrosa”) determinado objeto del bien jurídico¹⁰³, es decir como “delitos de lesión” o “delitos de peligro” e “idoneidad”. Si el tipo penal no permitiere identificar esta afección al bien jurídico a través de una “lesión” o “puesta en peligro” de sus “objetos” (o “bienes jurídicos específicos”), no solamente habría violado el principio de “lesividad” (previsto expresamente en el art. IV del Título Preliminar del CP peruano), sino, por atentar contra el principio de legalidad (al no permitir al destinatario de la norma identificar por lo menos el núcleo de la conducta prohibida en concreto), este tipo tendría que ser inconstitucional.

Entonces, tanto el “objeto del bien jurídico”, así como la forma cómo éste es atacado por la conducta del sujeto activo

102 Cfr. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1266 y s.; ORTS BERENGER, refiriéndose a la “faceta de la administración pública tutelada”, en González Cussac y otros, *Derecho penal. Parte especial*, p. 640; MUÑOZ CONDE, refiriéndose a “ámbito específico”, p. 838. También ampliamente distinguiendo entre “bien jurídico categorial” y “bienes jurídicos específicos”, BENAVIDES SCHILLER, p. 89 y ss.

103 Ya en la primera edición de mi libro *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano* (Lima, 2001, p. 12 y ss.) había recurrido a esta diferenciación proveniente de la doctrina alemana. En la segunda edición (2003) también la mantengo; cfr. p. 18 y s.; ver también últimamente en *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, p. 751 y s. Posteriormente, la doctrina peruana ha adoptado esta distinción aunque prefiere utilizar la terminología hispana: SALINAS SICCHA (“bien jurídico genérico” y “bien jurídico específico”), p. 4 y s.; ROJAS VARGAS (“bien jurídico genérico” y “objeto específico de la tutela penal” o “bien jurídico específico”), p. 19.

(“lesión” o “puesta en peligro”) se determinarán, caso por caso, teniendo en cuenta los principios del Derecho penal y constitucional, especialmente los de “legalidad”, “lesividad”, “mínima intervención” y “ne bis in idem”, y utilizando los métodos de interpretación admitidos por la ciencia penal (interpretación gramatical, interpretación teleológica, interpretación histórica, etc.). P. ej. en el “cohecho pasivo propio” (art. 393 C. P. peruano), se trata de proteger la “imparcialidad” y “legalidad” en el ejercicio de la función contra conductas dolosas del funcionario público que aceptare ventajas de carácter patrimonial a cambio de una actividad funcional ilegal; en el “peculado” (art. 387 C. P. peruano), el objeto del bien jurídico es el “patrimonio” de la administración pública en contra de la sustracción o apropiación de caudales o efectos; en la “usurpación de funciones” (art. 361 peruano) está en juego la “legalidad del ejercicio funcional, etc¹⁰⁴.

Por cierto que estas constataciones teóricas de la dogmática penal no necesariamente encuentran reflejo exacto en la ley penal. Así, en el caso del Código penal peruano, debe advertirse que el legislador no ha procedido de manera sistemáticamente limpia a la hora de ubicar los tipos penales. Eso se manifiesta ya cuando separa los delitos contra la administración pública en dos grandes grupos, según si el sujeto activo es un “particular” (arts. 361 a 375 C. P. peruano) y según si lo es un “funcionario público” (arts. 376 a 401 C. P. peruano), pese a que en uno y otro grupo se encuentran figuras donde el sujeto activo no puede ser precisamente aquél que el título destaca. Así, la “usurpación de funciones” (primer grupo: art. 361) también puede realizarla como autor un funcionario público, y el “tráfico de influencias” lo ejecuta normalmente un particular (segundo grupo: art. 400, primer párrafo).

Pero tampoco dentro del grupo de “delitos cometidos por funcionarios públicos” se ha procedido de manera más técnica

104 Ver ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, p. 421 y ss., 333 y s., 103, respectivamente.

reuniendo los tipos penales según los diferentes objetos del bien jurídico atacados. Si se hubiera procedido de esta manera, se hubiera previsto un título bajo la denominación: *delitos contra el patrimonio de la administración pública o delitos contra la gestión del patrimonio público*. En él tendrían que ubicarse tanto *conductas unilaterales* como las distintas figuras de “peculado” o “malversación” (desvío privado, desvío público o frustración de fines; eventualmente, tipos omisivos y tipos imprudentes), como *bilaterales* en el sentido de un “fraude a la administración” o “colusión”, eventualmente especificando distintas modalidades.

En la actualidad, la llamada “colusión” (art. 384 CP peruano), pese a ser conducta “unilateral” (contra el patrimonio) ha sido ubicada dentro de la III como una supuesta modalidad de “concusión”, que es una modalidad unilateral y no atenta contra el patrimonio de la administración pública. Y todas las modalidades de “peculado” y “malversación” se encuentran bajo la sección II titulada “peculado”. Pero esta ubicación tampoco es exacta porque el capítulo titulado “concusión” en el C. P. peruano debería contener solamente conductas unilaterales del funcionario público que, de distinto modo constituyen “abusos” (nominados) en perjuicio de los administrados: ejercicio de violencia o engaño para obtener beneficios patrimoniales (art. 384 CP peruano), exigencias abusivas para hacer pagar contribuciones o emolumentos indebidos (art. 383 CP peruano), o el patrocinio de intereses particulares ante la administración (art. 385 CP peruano). En tal medida, también hubiera resultado sistemático ubicar aquí las “negociaciones incompatibles con el cargo” (art. 399 CP peruano) que el legislador peruano ha ubicado dentro de las modalidades de “corrupción de funcionarios”. Con la “concusión”, la “colusión” tiene solamente en común que ambas figuras constituyen *abusos de funciones específicas* (el abuso de funciones públicas innominado, genérico –de dudosa constitucionalidad– está previstos en el art. 376 CP peruano).

La teoría alemana de la “frustración de los fines” encuentra plena cabida en el CP peruano. Allí, el tipo penal de “pecu-

lado por aplicación pública distinta” (art. 389 CP peruano) precisamente ha sido construido sobre esa suposición. Más difícil era admitir esto en el CP español, donde hasta antes del 2015, las “malversaciones” siempre presuponían “aplicaciones privadas” del patrimonio público (versión anterior de los arts. 432 y ss. CP español). La modificación de 2015 para haber querido llenar este “vacío” al remitir el “fraude del funcionario público” (el reformado art. 436 CP español) al nuevo tipo amplio de “administración desleal” (art. 252 CP español).

2.2. El bien jurídico específico (objeto del bien jurídico) “patrimonio público”

En España y Perú también se defiende un *concepto jurídico-económico* del patrimonio como “conjunto de relaciones jurídicas que tienen un valor económico” y se suele excluir de esto a las “expectativas”, las cuales solamente tendrían protección civil¹⁰⁵. Y, al igual que el patrimonio privado, el *patrimonio de la administración pública* también puede ser atacado de distintos modos; p. ej. puede ser objeto de delitos de hurto, daños, estafas, etc. Pero en el marco de la protección del correcto funcionamiento de la administración pública, se protege no solamente el aspecto “cuantificado” sino también el aspecto *funcional* del patrimonio público: su *correcta gestión* en aras de la satisfacción de los intereses generales¹⁰⁶.

Entonces queda claro que, al igual que en el Derecho penal alemán, en principio, los Derechos penales románicos analizados, admiten una *unidad conceptual* sobre lo que constituye el “patrimonio”. Pero éste puede ser atacado en distintos contex-

105 Cfr. MUÑOZ CONDE, p. 329 y s. Ver más refs. hispanas y siguiendo esta tesis, CASTILLO ALVA, p. 76 y s.

106 QUINTERO OLIVARES, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1420; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, p. 184 y s.; BENAVIDES SCHILLER, p. 135, nota al pie 3. Incide más en el aspecto “patrimonial” aunque también admite “el regular desenvolvimiento de los servicios públicos”, MORALES GARCÍA, p. 53; similar MUÑOZ CONDE, p. 886.

tos: en el marco de “delitos patrimoniales”, en el de los delitos económicos, los delitos contra la administración pública, etc.¹⁰⁷. Luego, siguiendo la lógica arriba expuesta, mientras que otros “objetos” (“bienes jurídicos específicos”) del bien jurídico genérico “correcto funcionamiento de la administración pública” son protegidos por otros tipos penales (p. ej., la imparcialidad del desempeño de los funcionarios, por el tipo penal del cohecho pasivo), el *patrimonio* de la administración pública, en el marco de las actividades de los *funcionarios públicos*, es protegido básicamente por *dos grupos de figuras penales* que se agrupan según si las conductas delictivas son *unilaterales* (“peculado” y/o “malversación”) o *bilaterales* (“colusión” o “fraude a la administración pública”)¹⁰⁸.

La doctrina coincide que en este contexto la *infracción de deberes funcionariales* por sí misma solamente constituye una *parte* del reproche penal (aunque ella sola pueda completar el ilícito administrativo); para que haya suficiente gravedad que justifique la intervención penal, esta infracción de deberes de la función pública debe atacar de manera grave a alguno de los objetos que forman parte del bien jurídico¹⁰⁹. En caso de identificar la infracción de deberes funcionariales con la conducta típica punible se estaría penando lo que solamente constituye una infracción administrativa con el consiguiente atentado contra el principio *ne bis in idem*¹¹⁰. En todos los delitos contra la administración pública hay infracción de deberes por parte del funcionario público, pero no es esto lo que debe importar al De-

107 MUÑOZ CONDE, p. 327 y s.

108 En este mismo sentido también, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, art. 436, p. 1438 y s.

109 Ampliamente al respecto, DE LA MATA/ETXEBARRÍA, 64 y ss., 76 y ss.

110 Entre otros, ASUA BATARRITA, p. 41 y ss., 45 y ss.; ORTS BERENGUER, en González Cussac y otros, *Derecho penal. Parte especial*, p. 641 y s. Desde la perspectiva peruana, sobre el “ne bis in idem”, ampliamente ABANTO VÁSQUEZ, *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, p. 847 y ss.

recho penal, sino la “repercusión” de esta infracción de deberes en el correcto funcionamiento de la administración pública y en las actividades que ésta presta¹¹¹. Trasladando esta reflexión a la protección específica del “patrimonio público”, también se observa que en el “peculado” (“malversaciones”) la infracción de deberes funcionariales debe llevar a un “perjuicio patrimonial” (peculado por apropiación) o, adicionalmente en el caso peruano, a una “frustración de fines” con alguna desventaja adicional distinta de una mengua patrimonial (malversación por aplicación pública distinta). En el caso del “fraude a la administración” (o “colusión”) se trata de una infracción de deberes (sin retribución o enriquecimiento propio) dirigida, dolosamente, a perjudicar patrimonialmente a la administración pública.

2.3. Los tipos penales que protegen el “patrimonio público” como delitos contra la administración pública

En cuanto a los tipos penales específicos, como ya se dijo arriba, bajo el grupo de los delitos de **malversación** (arts. 432 y 435 CP español) o **peculado** (arts. 387 a 392 CP peruano), se protege el “patrimonio público” contra conductas “unilaterales” de los funcionarios públicos encargados de administrarlo. Estas conductas pueden consistir en una “aplicación privada” (sustracción, apropiación, entrega a terceros, uso privado, etc.) o en una “aplicación pública distinta de la prevista” (si los bienes tuvieran un destino determinado).

En Código Penal peruano se cuenta con dos tipos de “peculado doloso”: el *peculado por apropiación* (art. 387, primer párrafo, primera alternativa), y las dos modalidades de *peculado de uso* (art. 387, primer párrafo, segunda alternativa, y art. 388). A esto se agrega un tipo de “*peculado culposo*” (art. 387, cuarto párrafo C. P. peruano). Finalmente, más allá de la apropiación o dis-

111 MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA destacan que precisamente ésta habría sido la idea orientadora del legislador del CP de 1995; cfr. en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1265.

tracción “privadas”, también se cuenta con un tipo de *peculado por aplicación pública distinta* denominado, de manera inexacta, “malversación” o “malversación de fondos” (art. 389 CP peruano). Para evitar la identificación de este último ilícito penal con la infracción administrativa, el legislador peruano ha precisado más la descripción típica: se debe tratar de una “aplicación (pública) definitiva” y “afectar al servicio o función encomendada”¹¹².

En España, antes de la reforma de 2015, existían tres tipos de “malversación”, todos ellos dolosos: sustracción con incorporación al propio patrimonio (art. 432 anterior), aplicación a usos ajenos a la función pública aunque sin ánimo de apropiación (art. 433 anterior) y la aplicación privada con ánimo de lucro y con grave perjuicio para la cosa pública (art. 434 anterior). Tras la reforma de 2015, todos los tipos de “malversaciones” se remiten al nuevo tipo de “administración desleal” (art. 252 C. P. español) y al reestructurado tipo de “apropiación indebida” (art. 253 C. P. español). Por lo tanto, existen ahora dos tipos básicos de “malversación”: “malversación por apropiación” (art. 432, n.º. 2 en vinculación con el art. 253) y “malversación por administración desleal” (art. 432, n.º. 1 en vinculación con el art. 252 C. P. español).

La reforma ha sido duramente criticada por gran parte de la doctrina hispana. Aunque todavía es pronto para ver si, a través de la jurisprudencia, se delimitan mejor los injustos penales respectivos, puede observarse ya ahora una tendencia hacia la “patrimonialización” (o sea, acercar la protección del patrimonio público a la del patrimonio privado) de la protección penal¹¹³. Además, a diferencia de la legislación penal peruana,

112 La versión inicial del art. 389 CP peruano realmente equivalía, por su descripción, a un mero ilícito administrativo. Sobre las críticas anteriores y actuales al respecto ver en ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, p. 379 y s.

113 Así críticamente (por entender que la protección del patrimonio público debería ser básicamente distinta), QUINTERO OLIVARES, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1420; MUÑOZ CONDE, p. 886.

es notorio que la protección penal del “patrimonio público” abarca mucho menos en los tipos españoles, tanto antes de la reforma como después de ella. Así, la protección solamente se dirige contra conductas dolosas (falta un tipo de “malversación culposa”), en algunos casos, incluso se exige “ánimo de lucro” y, sobre todo, no existe hasta ahora un tipo de peculado o malversación por “aplicación pública distinta”. Aunque la doctrina hispana mayoritariamente tiende a restringir la protección penal del patrimonio público por considerar que bastaría para esto el derecho administrativo, algunos autores constatan aquí un vacío de protección que debería subsanarse para abarcar por lo menos algunos casos de “grave” desvío de destino¹¹⁴.

Lo que ha quedado claro, tras la **reforma de 2015** es que, al inspirarse en el art. 266 C. P. alemán, se trasladará al Derecho penal español la discusión germana sobre el concepto “patrimonio” y, sobre todo “perjuicio patrimonial”¹¹⁵. Ahora, tal y como explica el propio legislador en el “Preámbulo de la Ley”, la “malversación” es considerada una modalidad de “administración desleal” del patrimonio público. Por un lado se ha introducido un tipo genérico de “administración desleal” (art. 252 C. P. español) muy similar al tipo alemán (art. 262 C. P. alemán) aunque, a diferencia de éste, contiene una sola modalidad (“abuso de facultades”) e incluye un tipo atenuado por la cuantía. Por otro lado, la “malversación” (art. 432 C. P. español), que sigue siendo ubicada dentro del grupo de delitos “contra la administración pública”, no contiene una descripción propia del injusto penal sino remite a la descripción típica de los delitos comunes de “administración desleal”, con la única diferencia de que el sujeto activo es aquí la “autoridad o funcionario público”. Con esto se puede distinguir ahora entre una *malversación propia por “administración desleal”* (art. 432, primer párrafo que remite al

114 Así, ya ETXEBARRÍA ZARRABEITIA observaba que la eliminación del tipo correspondiente en el entonces nuevo CP de 1995 habría sido apresurada; cfr. p. 181.

115 Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, en González Cussac y otros, *Derecho penal. Parte especial*, p. 413, 418.

art. 262 C. P. español) y *malversación propia por “apropiación”* (art. 432, segundo párrafo, que remite al art. 263 C. P. español)¹¹⁶.

La reforma fue muy polémica pues se ha realizado a pesar de tener en contra informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial, quienes afirmaban que ambos delitos serían de *naturaleza distinta* debido a los distintos bienes jurídicos tutelados; el correcto funcionamiento de la administración pública en el caso de las “malversaciones”, y el patrimonio en el caso de la “administración desleal”¹¹⁷. Ahora, al “patrimonializarse” el delito de malversación, se teme que su naturaleza tienda a cambiar; de delitos de infracción de deberes a delitos de perjuicio patrimonial efectivo¹¹⁸.

La cuestión, aparte de lo acertado o no de esta reforma¹¹⁹, es si este modelo lleva necesariamente a ampliar los conceptos de “patrimonio” y “perjuicio patrimonial” también para los delitos contra el patrimonio privado en el sentido de admitir un concepto “personal” y la teoría del “impacto personal” en la determinación del “perjuicio”, tal como se ha visto arriba al exponer el modelo alemán (I.1 y I.2). Esto no parece ni necesario ni deseable porque, para los delitos comunes implicaría confundir en un solo concepto dos claramente distintos: la “infracción del deber” y el “perjuicio patrimonial” en un sentido fáctico¹²⁰.

Así podría pensarse que con la remisión de la “malversación” a la “administración desleal”, al igual que en Alemania,

116 Cfr. resumidamente MUÑOZ CONDE, p. 886 y s.

117 Cfr. sobre esta polémica, SÁINZ-CANTERO, p. 839.

118 En este sentido, SÁINZ-CANTERO, p. 839, nota al pie 23.

119 Especialmente críticos, GONZÁLEZ CUSSAC advierte que la nueva redacción del tipo, inspirado en el tipo alemán correspondiente, es muy amplio y deja en manos de la jurisprudencia la tarea de concreción, ver en González Cussac y otros, *Derecho penal. Parte especial*, p. 412 y s.; QUINTERO OLIVARES en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, art. 252, p. 113 y ss.

120 Cfr. la actitud crítica de GONZÁLEZ CÚSSAC, en González Cussac y otros, *Derecho penal. Parte especial*, p. 417 y s.

podrían ingresar dentro de las malversaciones hispanas los casos de “desviación pública de bienes con destino público” y un entendimiento del perjuicio patrimonial en el sentido de la “frustración de los fines”¹²¹. Y también se podría discutir si en la nueva “malversación por administración desleal” (art. 432, número 1, concordado con el art. 252 C. P. español) las *facultades de administración* del sujeto activo (funcionario público) derivarían del “cargo o función” que, en general, conlleva el hecho de ser funcionario público, o si se trataría de “funciones específicas”. Para evitar esta extensión de conceptos, favorecida incluso por el Preámbulo de la LO 01/2015, se ha sugerido recurrir a la definición extrapenal del “patrimonio público”. El art. 3 de la “Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas” (Ley 33/2003 de 03 de noviembre) incluye dentro de éste “... el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos”, pero excluye “... el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda (así como), en el caso de las entidades públicas empresariales y las entidades análogas dependientes de las comunidades autónomas o corporaciones locales, los recursos que constituyen su tesorería”¹²².

La segunda modalidad, la “malversación por apropiación indebida” (art. 432, número 2, concordado con el art. 253 C. P. español), tiene el problema del “objeto material” del delito que, debido a la remisión al tipo de apropiación indebida, debe consistir ahora en “dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble”, pues ellos deben tener carácter de patrimonio público¹²³.

121 Argumentando de este modo su entendimiento restrictivo (apegado a ley extrapenal) del concepto de “patrimonio público”, SÁINZ-CANTERO, p. 841.

122 A favor de esta última interpretación, que reforzaría también el hecho de la “patrimonialización” de las malversaciones en desmedro de la violación de deberes, SÁINZ-CANTERO, p. 841 y allí mismo nota al pie 25.

123 Vaticinando que aquí podrían producirse problemas interpretativos, SÁINZ-CANTERO, p. 842.

Para las *conductas bilaterales*, ambas legislaciones, la peruana y la hispana, cuentan con tipos penales de *fraude a la administración pública*, aunque en el C. P. peruano se ha preferido usar el término *colusión*. También aquí se protege el “patrimonio público” pero solamente en una situación determinada: el contexto de la contratación pública. Aunque en la doctrina española y la peruana se mencionan otros bienes jurídicos “específicos” en el caso del “fraude a la administración” (los principios de economía, eficiencia e imparcialidad en la gestión de los intereses públicos)¹²⁴ no cabe duda que por razones sistemáticas y por la propia descripción típica de la conducta típica, aquí también se protegen *intereses patrimoniales* de la administración pública¹²⁵. Pero debido a la descripción típica, el “perjuicio patrimonial” no forma parte del tipo objetivo sino del subjetivo. Por eso se dice que en este tipo penal el “fraude” sería una exigencia puramente subjetiva en el sentido de una intención: la de querer defraudar a la administración pública¹²⁶.

Por lo demás, se trata de un “patrimonio” destinado a la *contratación pública*, contexto en el cual rigen una serie de principios señalados en la ley de la materia, o sea la “ley de

124 La jurisprudencia española, sin embargo, ha alegado que el bien jurídico aquí tutelado consistiría en “la transparencia y publicidad de la contratación de los entes públicos” para así separar este delito de la “malversación” española (equivalente al “peculado” en Perú); cfr. MORALES PRATS/ RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1439.

125 En Perú hay consenso en la doctrina alrededor del tipo penal de “colusión” o “fraude a la administración pública” en que el “objeto de protección” o “bien jurídico específico” sería el “patrimonio de la administración pública”, si bien se discute sobre cómo se materializa concretamente este concepto en la descripción típica del delito. Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, p. 309, 313; ROJAS VARGAS, incluyendo además dos intereses más: “la intangibilidad de los roles especiales inherentes a la función pública” y los “deberes de lealtad institucional y probidad funcional”, p. 407 y s.; CASTILLO ALVA, p. 79. En España, BENAVIDES SCHILLER encuentra como bienes jurídicos específicos “el patrimonio estatal, autonómico, foral y local”, p. 135.

126 Cfr. BENAVIDES SCHILLER, p. 184 y ss., 188.

contrataciones públicas”. En Perú, el art. 2 de la Ley 30225 (ley peruana de contrataciones del Estado) menciona expresamente, “sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público”, los principios de libertad de concurrencia, igualdad de trato, transparencia, publicidad, competencia, vigencia tecnológica, sostenibilidad ambiental y social, y equidad.

El tipo de *fraude a la administración pública* prescinde por completo de un “enriquecimiento patrimonial” o “provecho propio” del funcionario público y del partícipe necesario (el interesado), aunque en la práctica esto pueda ocurrir¹²⁷. Esta estructura de “delito de peligro abstracto” ha sido criticada en la doctrina hispana¹²⁸.

En Perú, para evitar los desbordes interpretativos, desde el inicio, la doctrina peruana ha sugerido (y parte de la jurisprudencia ha admitido) entender que la conducta típica de la “colusión” (art. 384 C. P. peruano) constituiría un “delito de idoneidad” (o “aptitud”) pues, en lo objetivo, no bastaría con cualquier “concertación” entre funcionario público e interesado, sino sería necesario una “concertación defraudadora”¹²⁹; otro sector doctrinario y jurisprudencial entendía que se precisaba un “resultado” (perjuicio patrimonial) como consecuencia de la “concertación”¹³⁰. Desde 1991 (año de vigencia C. P. peruano), el tipo penal ha tenido algunos cambios. El último de ellos se produjo en el año 2011 y ha introducido modificaciones impor-

127 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, p. 314; más refs. en CASTILLO ALVA, p. 145. Así también para España, MORALES PRATS/ RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1441.

128 Ver las amplias referencias en BENAVIDES SCHILLER, p. 149 y s., esp. nota 36.

129 Ver ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, p. 313 y ss., 317 y s., nota al pie 688.

130 Así, SALINAS SICCHA, 1ra. ed. (2009), p. 243 y s.; 266 y s.; refiriéndose al art. 384 en su versión inicial, ROJAS VARGAS, p. 422 y ss.; CASTILLO ALVA, p. 142 y ss.

tantes cuyas consecuencias aún no están claras. El art. 384 C. P. peruano contiene ahora dos modalidades: una conducta básica que se refiere a una “concertación” entre funcionario y particular “para defraudar” y otra agravada que exige “perjuicio patrimonial” como resultado de la “concertación”. La escasa doctrina al respecto entiende que el primer tipo constituiría una descripción expresa de *tentativa* (concertación con puesta en peligro del patrimonio público) del segundo tipo (concertación que ha producido el perjuicio patrimonial al patrimonio público)¹³¹. A mí me parece que no es así ya porque el primer tipo solamente se refiere a una concertación *para defraudar* al Estado mientras que el segundo tipo exige la *producción de una defraudación “patrimonial”*. Entonces, si bien es cierto que la primera modalidad es una de mera actividad (“idoneidad”) y de peligro (“concreto”) *no* se refiere a perjuicios patrimoniales sino a “defraudaciones de otro tipo” similares a las admitidas en la doctrina y jurisprudencia alemana sobre la “administración desleal del presupuesto” o sea los casos de “puesta en peligro equivalente al perjuicio” (ver en I.3)¹³². El segundo tipo sí se refiere expresamente a “defraudaciones patrimoniales” y, por ser distinto del primero, admite casos de tentativa. Aún así, me parece que la primera modalidad es demasiado amplia y podría llevar a la tentación de introducir *interpretativamente* en ella todo tipo de “defraudaciones no patrimoniales” con el peligro de que se confundan con las simples “infracciones de deberes”. Sería preferible que el propio tipo penal especificara qué tipo de defraudaciones por parte del funcionario público en el marco de la contratación pública de-

131 SALINAS SICCHA, p. 261, 265. En un análisis inicial yo tampoco concedí importancia a esta falta del elemento “patrimonial” en el nuevo tipo básico; ver *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, p. 959.

132 La “defraudación” tiene que estar siempre vinculada al “patrimonio público” desde que el tipo penal es entendido como un atentado contra este objeto del bien jurídico; así también mi interpretación sobre la modificación del art. 384 CP per.; cfr. ABANTO VÁSQUEZ, *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, p. 959.

berían merecer protección patrimonial. Esta compleja materia podría ser mejor tratada en un auténtico “Derecho penal de la contratación pública” (ver arriba en I.4).

Por otro lado, hasta ahora no se ha introducido la punibilidad expresa del partícipe necesario reclamada por la doctrina¹³³.

El *tipo español* (art. 436 C. P. español) también adelanta las barreras del Derecho penal para considerar como punible ya la “concertación”, o sea el acuerdo entre funcionario público e interesado en el sentido de una “confluencia de voluntades con una finalidad común de defraudar a la administración pública”¹³⁴. Al intervenir dos partes, el tipo penal debería estar redactado de tal manera que la punibilidad se dirija a las dos partes; además, debe tener en cuenta la diferencia de injustos de cada una de las partes: la conducta del funcionario público que, además que defraudar, infringe deberes específicos, debería merecer mayor pena que la del interesado¹³⁵.

La doctrina también entiende mayoritariamente que se protege allí de manera específica el *patrimonio de la administración pública* (“acervo público imprescindible para el correcto desempeño de las funciones públicas”) que puede verse afecta-

133 Cfr. c. más refs., ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, p. 316 y s. CASTILLO ALVA aplicaba aquí la doctrina española de la “cooperación necesaria”; cfr. p. 152.

134 Así, y destacando también la participación del interesado que hasta antes de la reforma del 2010 era impune, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1440 y s.

135 En tal sentido, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA critican la reforma del 2010, la cual si bien ha llenado el vacío de punibilidad y previsto ahora expresamente al “interesado” o “partícipe necesario” (antes considerado punible por la jurisprudencia como “cooperador necesario”, forzando así esta figura), no ha tenido en cuenta esta diferencia de grado de injusto y contempla el mismo marco penal para ambos; en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1441; también JAREÑO LEAL, p. 142.

do por “la realización de acciones defraudatorias”¹³⁶. El *sujeto activo* es aquel “funcionario público” encargado de intervenir, por razón de su cargo, en una contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos; la acción típica consiste en “concertarse” con los interesados o en usar “cualquier otro artificio”, y la tendencia a perjudicar el patrimonio de la administración pública. En el caso del sujeto activo, lo que interesa es que se trate de un funcionario público que intervenga, directa o indirectamente, en la contratación pública de que se trate¹³⁷; la intervención indirecta puede darse de cualquier otra forma como p. ej. a través de la emisión de informes¹³⁸.

Hasta la reforma del 2010 la *conducta típica* contenía dos modalidades distintas a cargo del funcionario público: la “concertación” con los interesados y que el funcionario público “usase cualquier otro artificio”¹³⁹. Solamente en el primer caso, de tipo *bilateral* (la *concertación*), se planteaba el problema de la participación necesaria. En el segundo supuesto, entendido inicialmente como de carácter *unilateral*, se trataba de una cláusula abierta que solamente puede delimitarse de manera negativa refiriéndose a cualquier conducta que no sea una concertación, o sea a una “maniobra fraudulenta o engañosa, siempre que esta no requiera a su vez la intervención del particular beneficiario de la misma”¹⁴⁰. Ahora se entiende que en ambos casos debería

136 El bien jurídico tutelado es denominado, como “el acervo público imprescindible para el correcto desempeño de funciones públicas”, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1439.

137 Cfr. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1439; JAREÑO LEAL, p. 127 y s.

138 MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1439; JAREÑO LEAL, p. 128.

139 En este sentido también MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares (6ta. ed.) tomo II, p. 1292; en la 4ta. ed., p. 2177.

140 Así proceden MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA en Quintero Olivares (6ta. ed.), tomo II, p. 1292.

tratarse de conductas “bilaterales”, o sea en ambos casos debe haber participación del particular, sólo que en el segundo se tendrá que recurrir a una “maniobra fraudulenta o engañosa”¹⁴¹. Las conductas “unilaterales” del funcionario público que “engañare” a la administración (y a los particulares), con abuso de su cargo, son vistas como una modalidad de “estafa funcional” del art. 438 C. P. español. que abarca también algunas modalidades de “concusión”¹⁴².

La reforma del 2010 también ha llenado el vacío evidente (que todavía subsiste en el tipo peruano) y que había sido continuamente criticado por la doctrina¹⁴³: la punibilidad expresa del *partícipe necesario*. La doctrina ya había destacado que el tipo penal tiene la estructura de *delito de participación necesaria* en su modalidad de *tipo de encuentro* en el que intervienen “dos sujetos que se ponen de acuerdo para defraudar a la administración”, por lo que el tipo también debería describir la conducta del “interesado”¹⁴⁴.

El tipo no exige el *resultado* de la defraudación en el sentido de la producción efectiva de un menoscabo patrimonial para

141 MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1441.

142 MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1446 y s. Estos autores reclaman también la creación de un tipo auténtico de “concusión”, c. más refs., p. 1447.

143 Entre otros, con referencias jurisprudenciales, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares (4ta. ed.), p. 2177. Hasta entonces la jurisprudencia había recurrido a penar al *partícipe necesario* como “cooperador necesario” (cómplice primario) aunque con una pena atenuada, lo cual no dejaba de ser “una interpretación voluntarista tendente a satisfacer necesidades de incriminación de conductas, sin cobertura legal para ello”, ver *ibidem*. Ampliamente al respecto también BENAVIDES SCHILLER, p. 143 y ss.

144 MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1440; ORTS BENGUER, en González Cussac y otros, *Derecho penal. Parte especial*, p. 671; BENAVIDES SCHILLER, p. 145.

la administración pública. Se ha interpretado que esto significa que se trata de un delito de “mera actividad”¹⁴⁵. En caso de producirse el resultado, se admite un concurso con la “estafa”, si se presentaran los demás elementos de este tipo¹⁴⁶. En cuanto al *tipo subjetivo*, no solamente se necesita el “dolo” sino también el elemento subjetivo adicional de la *intención de defraudar*¹⁴⁷. También es posible el concurso real con el “cohecho” (pasivo) cuando el funcionario recibiere una ventaja a cambio de p. ej. otorgar un contrato con la administración pública beneficiando al particular a cambio de una contraprestación mucho mayor a la existente en el mercado¹⁴⁸. Por otro lado, con la “malversación” la jurisprudencia y parte de la doctrina hispanas han considerado que habría un concurso aparente¹⁴⁹.

Otros casos en los cuales la jurisprudencia alemana ha querido ver un “peligro” (incluso abstracto) para el patrimonio público son tratados en ambas legislaciones penales como atentados contra otros intereses. Así, el “patrocinio de cargos” equi-

145 BENAVIDES SCHILLER, c. más refs. p. 148 y ss. También MORALES PRATS/QUINTERO OLIVARES, denominándolo “delito de resultado cortado”, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, art. 436, p. 1441 y s.; MUÑOZ CONDE, p. 892.

146 MUÑOZ CONDE, p. 892. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA consideran que esta interpretación violaría el “ne bis in idem” porque el art. 438 contiene ya un tipo agravado de “estafa del funcionario público”, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1442. Habría un concurso aparente de normas que se solucionaría aplicando el principio de “alternatividad” (art. 8, cuarto párrafo CP esp.). Admitiendo el “concurso aparente de normas”, BENAVIDES SCHILLER.

147 Cfr. c. más refs. BENAVIDES SCHILLER, p. 194 y s.; MUÑOZ CONDE, p. 892.

148 Cfr. MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1443.

149 Encuentran que esta interpretación se vería además reforzada por los cambios del 2015, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1442 y s.

valdría a los **nombramientos ilegales** que en España constituyen una modalidad de “prevaricación” (art. 405 C. P. español) mientras que en Perú, de manera más genérica, se considera un caso de “abuso de funciones” (art. 381 C. P. peruano). En ambos casos, es claro que se protegen los principios administrativos del “mérito y capacidad” para acceder a la función pública”, así como la “legalidad” en la actividad funcionarial¹⁵⁰. Esta protección penal resulta mucho más amplia que la alemana, pues ella, con su vinculación al “perjuicio patrimonial” no puede abarcar todos los casos de “nombramientos ilegales”. Para un sector de la doctrina hispana, aquí la protección penal iría demasiado lejos y atentaría contra el principio de ultima ratio y eventualmente contra el de “ne bis in idem” pues extendería el ámbito penal a la mera afección de la organización interna de la administración¹⁵¹. Para otros, debido a su relación con la “prevaricación”, es posible restringir su interpretación vinculando este tipo con el de prevaricación para evitar problemas de proporcionalidad¹⁵². Otros casos de *prestaciones unilaterales* del funcionario público (p. ej. en el campo de la contratación pública) se subsumen en España como “prevaricación” (art. 404 C. P. español)¹⁵³, mientras que en Perú, que no dispone de un tipo de prevaricación administrativa, podría ser aplicable el tipo subsidiario de

150 Para el tipo español, por todos, MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, también con citas jurisprudenciales en este sentido, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1284 y s. Ver las refs. de la doctrina peruana en ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano*, p. 270 y s. La jurisprudencia peruana incluso ha rechazado expresamente la protección del “patrimonio público” a través de este tipo penal. Así en el R.N. 2304-2014 (Lima) se manifestó que “...el bien jurídico tutelado ... es la preservación de la legalidad de los nombramientos de los funcionarios y servidores públicos, protegiendo la administración pública de la irregularidad en el ingreso a la función pública”.

151 Cfr. Carlos MIR, p. 82.

152 MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, art. 405, p. 1285.

153 Con especial referencia a la contratación pública, JAREÑO LEAL, p. 23 y ss.

“abuso de funciones públicas” (art. 376 C. P. peruano), donde se requiere, eso sí, probar un “perjuicio” para alguien distinto del Estado (p. ej. otros interesados en contratar con la administración)¹⁵⁴. Pero tanto en una como en la otra legislación, lo que está en juego directamente no es el “patrimonio público” sino la “legalidad”, la “imparcialidad”, o en el caso de la contratación pública, los principios que la guían¹⁵⁵.

3. Evaluación de modelos

Como se ha visto arriba, en el *modelo alemán*, los tipos penales de “estafa” y “administración desleal” suelen abarcar una serie de conductas del funcionario público que, en Perú, España y muchos otros países constituyen sendos delitos contra la administración pública y donde el atentado no es visto como uno que se dirija directamente contra el bien jurídico *patrimonio* público, sino que esta protección es mediatizada a través de la protección del *correcto funcionamiento de la administración pública*.

La protección del “patrimonio público” puede ser aparentemente mucho más amplia cuando, como en Alemania, es realizada a través de un tipo como el de “administración desleal”. Pero esta ventaja desaparece poco a poco cuando se constata que en los tipos comunes se suele exigir un “resultado típico”: la producción del *perjuicio patrimonial*. A esta restricción de lege lata se suma la falta de punibilidad de la *tentativa*. Esta situación, que, bajo estricto respeto del principio de legalidad, debería llevar a una amplia restricción de la aplicación de los tipos, no ha impedido sin embargo la *ampliación interpretativa* de los tipos.

Así, aunque se parte del “dogma” (como lo denomina la propia doctrina alemana) de que ambos tipos protegerían solamente el *patrimonio* (privado y público), para poder ampliar

154 Por todos ver, c. más refs., SALINAS SICCHA, p. 175 y ss., 181.

155 Así, refiriéndose a la “prevaricación administrativa”, JAREÑO LEAL, p. 40 y ss.

de todos modos los alcances de los tipos penales, o bien se ha diferenciado entre “patrimonio privado” y “patrimonio público”, o bien se ha extendido mucho el concepto “perjuicio patrimonial”. De esta manera resultan punibles casos que, en puridad, constituyen solamente “puestas de peligro” (y en algunos caso incluso “abstractas”) o atentados contra la “libertad de disposición del patrimonio” (y no contra el patrimonio mismo). Ambas soluciones se ven sometidas a serias objeciones por parte de la misma doctrina alemana. Así, para algunos, si fuera cierto que los tipos de “estafa” y “administración desleal” tan solo están destinados a proteger el “patrimonio” (privado o público), no sería congruente que en algunos casos se quiera proteger también la “libertad de disposición” del titular. Por otro lado, si esta “libertad de disposición” es admitida sólo para el caso de la “administración desleal del presupuesto público”, no se entiende por qué se tendría que situar peor a los funcionarios públicos (como potenciales autores) dentro del tipo en comparación con otros sujetos que administraren patrimonio ajeno (violación del “principio de igualdad”): esto equivaldría a la creación interpretativa de un “tipo especial”¹⁵⁶.

Ciertamente, la ampliación interpretativa de un tipo de “resultado” (por exigir de lege lata el perjuicio patrimonial) como el de la “administración desleal” para abarcar “puestas en peligro” manifiesta una legítima preocupación de política-criminal de los tribunales ante casos de injusto grave y merecedores de pena, pero, bajo respeto del principio de legalidad, con esta práctica se tiende a abarcar supuestos que, en realidad, no encajan en el tipo¹⁵⁷. Frente al tenor claro de los tipos penales alemanes no parece bastar la argumentación de que ellos tendrían que adaptarse interpretativamente a la “época” actual y a la importancia de las interrelaciones económicas¹⁵⁸ ni tampoco el afirmar que si bien la “libre disposi-

156 Cfr. las críticas de RÜBENSTAHL/WASSERBURG, p. 524.

157 Cfr. ya en 1977 las críticas fundamentales de WEBER, p. 559 y s., 564.

158 Así procede SCHÜNEMANN; ver en Fischer/Hover/otros, *Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens* p. 61 y ss., 65 y ss.

ción del patrimonio” no constituiría el bien jurídico tutelado (o sea, no reemplazaría al “patrimonio”) en los delitos de estafa y administración desleal, sí formaría parte conceptual de éste¹⁵⁹.

La *amplitud* del tipo penal alemán de “administración desleal” ha generado dudas de carácter constitucional que finalmente han sido disipadas por un polémico fallo del Tribunal Constitucional alemán¹⁶⁰. Aunque todavía se sostenga que debería imponerse una *interpretación restrictiva* del amplio artículo 266 C. P. alemán¹⁶¹, la jurisprudencia y buena parte de la doctrina alemanas consideran que precisamente esta amplitud sería una ventaja frente al sistema taxativo de los países románicos por su tendencia a llenar (supuestos) vacíos de punibilidad¹⁶². No pocos autores critican al modelo románico el que sea *demasiado taxativo*. Con esto no solamente tendría vacíos de punibilidad, sino también atentaría contra el principio de igualdad (punibilidad sólo de algunos grupos de personas en los tipos especiales), además de “entorpecer” el desarrollo de una dogmática armoniosa para todos los delitos contra el patrimonio, e incluso provocar que la justicia tienda a sobrecargar otros tipos penales para el llenado de vacíos, e inducir a una mayor actividad legislativa para ampliar la punibilidad creando más casos específicos de administración desleal¹⁶³.

159 Cfr. WESSELS/HILLENKAMP, § 20, n. marg. 747.

160 Especialmente crítico SALIGER, *ZStW* 112 (2000) p. 563 y ss., 609 y s. Ya antes, criticando problemas de constitucionalidad en el tipo del art. 266 StGB, DIERLAMM, p. 534 y s. Sobre estos problemas de constitucionalidad ver en ABANTO VÁSQUEZ, *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, p. 921 y s.

161 SALIGER reclama la interpretación “restrictiva” del tipo que la propia jurisprudencia federal ha proclamado pero frecuentemente incumplido. Citando jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional y del Tribunal Federal, exigen esto sobre todo en el ámbito de la “administración desleal del presupuesto público”; cfr. *ZStW* 112 (2000), p. 563 y ss., 592; RÜBENSTAHL/WASSERBURG, p. 524 columna derecha y s.

162 Cfr. RÖNNAU, *StV* 2011, p. 753, columna izquierda.

163 Cfr. RÖNNAU, *StV* 2011, 753, columna derecha; idem, con un análisis de los tipos penales de “administración societaria desleal”, existentes en Francia, España e Italia, *ZStW* 122 (2010), p. 313 y ss., 315.

Este sector “escéptico” también se muestra contrario a introducir un tipo penal de “administración desleal del presupuesto público”. El tipo correspondiente no sería suficientemente taxativo, atentaría contra el principio de “proporcionalidad”, y tampoco sería necesario por política-criminal ante la posibilidad de aplicar las administrativas pertinentes adecuadas a los casos restantes¹⁶⁴. Incluso si algunos autores llegan a reconocer la necesidad de crear nuevos tipos penales específicos para abarcar las “puestas en peligro del patrimonio ajeno” y descargar así el tipo amplio de “administración desleal” (que debería seguir vigente), no siempre consideran necesario crear un tipo de “administración desleal del funcionario público” o del “presupuesto público”¹⁶⁵.

Otro sector de la doctrina reclama, por el contrario, la introducción de *tipos penales específicos* para cubrir la “administración desleal del funcionario público”. Para ellos no sería una “ventaja” contar con un tipo penal tan amplio como el de la “administración desleal” del art. 266 C. P. alemán¹⁶⁶ sino sería mejor contar con tipos específicos que destaquen mejor el bien jurídico realmente tutelado y las conductas concretas que atenten contra ellos. Las propuestas suelen tomar como referencia a la legislación comparada de los países “románicos” (España, Italia, Francia, etc.), y sugieren introducir tipos específicos de “administración desleal de los órganos sociales” (Organuntreue) y “administración desleal de los funcionarios públicos”

164 Resumiendo estos argumentos provenientes sobre todo del Derecho administrativo, Emilio ROJAS, p. 58, 59 y ss.

165 Ya en 1977, en un análisis amplio, WEBER había sugerido una reforma que precise más el tipo genérico de “administración desleal” pero consideraba inconveniente un tipo de “infidelidad en el cargo público” (Amtsuntreue) porque atentaría contra el principio de “taxatividad”; cfr. p. 564 y ss., p. 570.

Ver las refs. y resumen de las críticas contra la amplitud del tipo en SCHÜ-NEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 266, n. marg. 3, p. 679 y s.

166 Ver las refs. y resumen de las críticas contra la amplitud del tipo en SCHÜ-NEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 266, n. marg. 3, p. 679 y s.

(“Amtsuntreue” como tipo amplio y/o “Haushaltsuntreue” como tipo más específico)”¹⁶⁷.

Así, se tiene propuestas que buscan concretar más el tipo de “administración desleal”, como la del Proyecto Alternativo de 1962 (art. 263 C. P. alemán) que concretaba más el círculo de autores y como la acciones típicas¹⁶⁸ y la del Proyecto Alternativo de 1977 (Parte especial. Delitos contra la economía) que había previsto un tipo penal de “abuso de potestades de Derecho societario” (art. 183 Proyecto Alternativo de 1977) como delito de peligro abstracto en el campo previo al tipo del delito de administración desleal. Pero también existen recomendaciones particulares como la de TIEDEMANN, quien recomienda el modelo la legislación penal de algunos países románicos que siguen el modelo francés del “abus de biens sociaux”¹⁶⁹ y RÖNNAU, quien prefiere mantener el elemento “perjuicio patrimonial” por temor a desbordar las posibilidades interpretativas¹⁷⁰.

Adicionalmente, se propone introducir por lo menos un tipo específico de *administración desleal del funcionario público (Amtsuntreue)* o uno más específico de *administración desleal del presupuesto público (Haushaltsuntreue)*¹⁷¹. Ya el proyecto de 1980, presentado por la “Federación de Contribuyentes”, sugería introducir un tipo de “Amtsuntreue” que pudiera penar, sin

167 Ver ampliamente sobre los intentos de reforma en Alemania, c. más refs. SCHÜNEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 266, n. marg. 267 y ss., p. 875 y ss. También se ha querido reformar el propio tipo de “administración desleal” mediante la introducción de elementos subjetivos adicionales (“intención”, “ánimo de lucro”), ver las refs. en SALIGER, *HRRS 2006*, p. 12, columna izquierda.

168 Cfr. en este sentido positivo, SCHÜNEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 266, n. marg. 267, p. 875; TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, vor §§ 263 y ss., n. marg. 16, p. 7; WEBER, p. 567 y ss.

169 TIEDEMANN, c. más refs., *Wirtschaftsstrafrecht BT*, p. 8, n. marg. 3, p. 237 y ss., esp. n. marg. 390a-390b.

170 Así RÖNNAU, *ZStW* 122 (2010), p. 324.

171 Ver las refs. específicas sobre las propuestas para la creación de este tipo penal en TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, vor §§ 263 ff., n. marg. 14, p. 6; Emilio ROJAS, p. 57 y ss.; SCHULTZ, p. 372.

mayores problemas interpretativos, casos flagrantes de gastos exagerados en contra de los principios de buen manejo económico y austeridad; el bien jurídico allí protegido no habría sido el “patrimonio” sino un interés de la administración pública para evitar “... el empleo inapropiado de medios públicos que impide su mejor aplicación o el poder reducir la carga tributaria”¹⁷². El Corpus Juris, en su artículo 4 prevé un tipo penal referido al otorgamiento de subvenciones en el marco de la Unión Europea, pero la descripción de la conducta típica ha sido criticada por no ser muy taxativa¹⁷³. El profesor SCHÜNEMANN ha hecho una propuesta específica para un tipo penal de “administración desleal del presupuesto” (nuevo art. 349 C. P. alemán), junto con un tipo contravencional de omisiones de convocar a licitaciones y otro de violación de deberes de comunicar un delito o una contravención contra las disposiciones referidas al presupuesto público¹⁷⁴.

Todos estos desarrollos muestran que con el tipo de “administración desleal” está ocurriendo un desarrollo político-criminal alemán parecido al que se ha producido alrededor del tipo de “estafa” a partir del cual han surgido nuevos tipos penales que tienden a proteger más bien intereses institucionales (bienes jurídicos supraindividuales) y ya no (o no solamente) el “patrimonio”¹⁷⁵. Llama la atención, sin embargo, que mayormente no se plantee en Alemania la necesidad de incluir la protección del “patrimonio público” dentro de los delitos contra la administración pública, donde además podrían preverse otros tipos penales específicos que ahora son vistos como casos de “administración desleal” (p. ej. el “patrocinio de cargos públicos”). En el me-

172 SCHULTZ presenta el caso no abarcado por el art. 266 StGB: un alto funcionario público amobló su oficina con muebles de lujo que sobrepasaron en mucho el presupuesto asignado; p. 372, columna derecha.

173 SCHÜNEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 266, n. marg. 270, p. 876.

174 SCHÜNEMANN en *Leipziger Kommentar*, § 266, n. marg. 877.

175 Cfr. TIEDEMANN en *Leipziger Kommentar*, vor § 263, n. marg. 47, p. 39 y s.

jor de los casos se afirma querer “adelantar” la protección para abarcar casos de “infracciones administrativas” (graves) que no puedan subsumirse dentro del tipo penal vigente de “administración desleal”¹⁷⁶. Esto se debe seguramente a la experiencia de los años 70 cuando la protección del patrimonio público fue pasada al ámbito privado¹⁷⁷.

Por su parte, las *deficiencias del modelo románico* se manifiestan, antes que en la protección del patrimonio público, en la del *patrimonio privado* para el cual solamente se cuenta con el tipo de “fraude societario” o “administración desleal de los órganos societarios”¹⁷⁸. Esta crítica es cierta y ha motivado probablemente la reacción del legislador hispano en la reforma del 2015. Pero no es justa la crítica que teme una legislación futura arbitraria según “grupos de autores”¹⁷⁹ (órganos societarios, funcionarios públicos, competidores, etc.) si de lo que se trata es de proteger bienes jurídicos específicos (no solamente el “patrimonio”) contra conductas de ataque de estos sujetos. Si las legislaciones penales de España, Perú, Italia, etc. cuentan con tipos penales de “peculado por apropiación”, “peculado por desviación de la finalidad”, “fraude en la contratación pública, etc., es porque, tras identificar el bien jurídico y los objetos merecedores de protección penal, se ha querido describir con precisión las conductas punibles para diferenciarlas de los ilícitos administrativos. Precisamente éste debería ser el proceder de una política criminal que tome en serio el “principio de legalidad” y el de “exclusiva protección de bienes jurídicos”. Como bien resume RÖNNAU¹⁸⁰: “En última instancia todo depende de estimar cuál

176 Cfr. la evaluación de Emilio ROJAS sobre los proyectos conocidos, p. 58.

177 La reforma penal alemana que llevó a eliminar el tipo de “Amtsunterchlagung” (§ 350 y 351 StGB) habría significado el reconocimiento de la igualdad de merecimiento de protección penal del patrimonio público y el privado. Al respecto c. más refs. ver DE LA MATA/ETXEBARRÍA, p. 51 y ss.; MORALES GARCÍA, p. 40 y ss.

178 Ver las críticas de RÖNNAU, *ZStW* 122 (2010), p. 315 y s.

179 Cfr. RÖNNAU, *ZStW* 122 (2010), p. 316.

180 RÖNNAU, *ZStW* 122 (2010), p. 324.

injusto es tan grave que provoque la reacción del Derecho penal, y cuál puede ser dejado sin problemas en manos del Derecho civil o del Derecho público. El precio por un tipo que abarca en su totalidad la conducta merecedora de pena de administración desleal es una norma penal de algún modo amplia y apenas taxativa. Como es sabido, se puede discutir muy bien sobre si este precio es demasiado elevado”.

Entonces, como *aporte de la experiencia alemana* para los países románicos queda la mejor protección al patrimonio privado mediante un tipo (residual) de “administración desleal”. Podría pensarse en introducir un tipo similar con las mejoras correspondientes que incrementen su taxatividad, tal como propone parte de la doctrina germana (p. ej. exigir algún elemento subjetivo adicional)¹⁸¹. Al parecer esto ha sido tenido en cuenta por el legislador español cuando ha introducido con la reforma de 2015 un tipo penal similar al alemán de administración desleal (el nuevo art. 252 C. P. español). Se puede discutir, sin embargo, si la forma cómo lo ha hecho ha sido la mejor¹⁸². Por lo demás, otros problemas de supuesta impunidad, o bien deberían quedarse en el ámbito administrativo o precisan una descripción típica expresa, tal como ocurre con “formación de cajas negras”. En parte esto ya ha ocurrido en España con la introducción de un tipo penal de financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis y 304ter C. P. español) que podría abarcar, de manera adelantada y en el marco de la lucha contra la corrupción, algunos

181 Esto también da a entender cuando critica la solución románica con carácter “exclusivo”, RÖNNAU, *ZStW* 122 (2010), p. 317, 323 y s.

182 MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA destacan que la reforma apresurada habría querido tener un efecto simbólico vacíos frente a casos mediáticos del momento; ver en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 1270; QUINTERO OLIVARES critica también que el legislador, con su técnica de remisión a la “administración desleal” (que, además, habría sido mal ubicada como delito contra el patrimonio), entienda que la “malversación” tan sólo sea un delito patrimonial cometido en el sector público; en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal español*, tomo II, p. 113 y ss., 1421 y ss.

supuestos de “colusiones” futuras entre funcionario público (elegido políticamente) e interesados. Y en el caso de la contratación pública, sería deseable una mayor *actividad del legislador en el ámbito administrativo y penal*, tal como lo exigía el fallecido y recordado profesor Joachim VOGEL.

5. Bibliografía

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, Lima, 2014.
Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano, 2da. edición, Lima, 2003.
- ASUA BATARRITA, Adela, “La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración.
Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en Asua Batarrita (editora), *Delitos contra la administración pública*, Bilbao, 1997, p. 13-55.
- BENAVIDES SCHILLER, Andrés, *El delito de fraude del funcionario público*, España, 2016.
- BIENECK, Klaus: “Die Rechtsprechung des BGH zur Haushaltsuntreue“, *wistra*, 1998, p. 249-251.
- CASTILLO ALVA, José Luis, “Colusión ilegal”, en: García Cervero, Percy/Castillo Alva, José Luis, *El delito de colusión*, Lima, 2008.
- DE LA MATA, Norberto/ ETXEBARRÍA, Xabier, *Malversación y lesión del patrimonio público*, Barcelona, 1995.
- DIERLAMM, Alfred, “Untreue – ein Auffangtatbestand?”, *NSiZ*, 1997, p. 534-536.
- ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, Xabier, “Malversación de caudales públicos“, en: Asua Batarrita, Adela (editora), *Delitos contra la administración pública*, Bilbao, 1997, p. 179-203.
“Fraudes y exacciones ilegales”, *ibidem*, p. 205-232.

- FABRICIUS, Dirk, “Strafbarkeit der Untreue im öffentlichen Dienst“, *NStZ*, 1992, p. 415-419.
- FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch*, 63ra. edición, Múnich, 2016.
- “Wirtschaftlicher, faktischer und normativer Schadensbegriff“, en: Fischer/Hoven/otros (editores), *Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens*, Baden Baden, 2015, p. 51-57.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José L., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico” en Gonzáles Cussac y otros, *Derecho Penal. Parte especial*, 5ta. ed., Valencia, 2016, p. 409 y ss.
- HEFENDEHL, Roland, “Vermögensgefährdung und Expektanzen: oder das scheinbare Schreckgespenst des Normativen”, en: Fischer/Hoven/Huber/Raum/Rönnau/Saliger/Trüg (editores) [en las citas al pie de página: Fischer/Hoven/otros], *Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens*, Baden Baden, 2015, p. 77-88.
- JAREÑO LEAL, Ángeles, *Corrupción y delincuencia de los funcionarios en la contratación pública*, Madrid, 2011.
- JOECKS, Wolfgang, *Studienkommentar StGB*, 9na. Edición, Múnich, 2010.
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 6ta. edición, Baden Baden, 2015.
- MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal*, Barcelona, 2000.
- MORALES GARCÍA, Oscar, *Los delitos de malversación*, Elcano, 1999.
- MORALES PRATS, Fermín/ RODRÍGUEZ PUERTA, María José, comentarios a los artículos 404 y ss. del C. P. español (delitos contra la administración pública), en: Quintero Olivares (director), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 7ma. edición, Pamplona, 2016, tomo II.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 21ra. edición, Valencia 2017.

- MUNZ, Eva-Maria, *Haushaltsuntreue. Die zweckwidrige Verwendung öffentlicher Mittel als strafbare Untreue gemäß § 266 StGB*, Berlín, 2001.
- ORTS BERENGUER, Enrique, “Delitos contra la administración pública”, en: González Cussac y otros, *Derecho penal. Parte especial*, 5ta. edición, Valencia, 2016, p. 639 y ss.
- PERRON, Walter, “Bemerkungen zum Gefährdungsschaden bei der Untreue”, *Festschrift für Klaus Tiedemann*, Colonia, 2008, p. 737-748;
 § 263 (comentarios al art. 263), §264 (comentarios al art. 264) y § 266 (comentarios al art. 266), en: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 29na. ed., Múnich, 2014.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, comentarios a los artículos 252 y ss. (administración desleal y apropiación indebida) y arts. 432 y ss. (malversación) en: Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal*, 7ma edición, Pamplona, 2016, p.111 y ss.,1418 y ss., respectivamente.
- RÖNNAU, Thomas: “(Rechts-) Vergleichende Überlegungen zum Tatbestand der Untreue”, *ZStW* 122 (2010), p. 299-324.
 “Die Zukunft des Untreuetatbestandes“, *StV* 2011, p. 753-762.
- ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, 4ta. ed., Lima 2007.
- ROJAS, Luis Emilio, *Grundprobleme der Haushaltsuntreue*, Baden Baden, 2011.
- RÜBENSTAHL, Markus/WASSERBURG, Klaus “‘Haushaltsuntreue’ bei Gewährung von Subventionen“, *NStZ* 2004, p. 521-528.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., “La reforma de los delitos contra la administración pública” en: Morillas Cueva (director), *Estudios sobre el Código penal reformado*, Madrid, 2015, p. 829-842.

- SALDITT, Franz, “§ 266 StGB: Der Schaden als dynamischer Prozeß”, en: Fischer/Hoven/otros (editores), *Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens*, Baden Baden, 2015, p. 99-108.
- SALIGER, Frank: “Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes“, *ZStW* 112 (2000), p. 563-613. “Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung“, *HRRS* 2006, p. 10-23. “Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik“, *ZIS* 2011, p. 902-918.
- SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, 3ra. ed., Lima, 2014.
- SCHÖNKE, Adolf/ SCHRÖDER, Horst y otros autores, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29na. ed., München, 2014.
- SCHÜNEMANN, Bernd, § 266 (comentarios al art. 266 StGB) en: *Leipziger Kommentar*, 12da. edición, tomo 9, parte 1, Berlin, 2012, p. 653-880.
 “Identität des Schadensbegriffs bei Betrug und Untreue?“, en: Fischer/Hoven/otros (editores), *Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens*, Baden Baden, 2015, p.61-75.
- SCHULTZ, Günther, “Amtsuntreue“, *MDR* 1981, p. 372 y s.
- SOYKA, Till, “Die ‘Goldfüller-Gier’: Untreue zu Lasten der Bundesrepublik durch Abgeordnete des Deutschen Bundestags?“, *JA* 2011, p. 566-572.
- STEINERT, Friedrich Florian, “Die Haushaltsuntreue nach der Schäch-Entscheidung des BVerfG. Anmerkung zu BVerfG HRRS 2012 Nr. 1043“, *HRRS* 2014, p. 58-67.
- TIEDEMANN, Klaus: vor §§ 263 ff (comentarios previos a los arts. 263 y ss.), vor § 263 (comentarios previos al art. 263), § 263 (comentarios al art. 263) en: *Leipziger Kommentar*, 12da. ed., tomo 9, parte 1, Berlin, 2012, p. 1-7, 8-66, 66-340 respectivamente.
Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil, 3ra. ed., München 2011.

- Comentarios previos a los arts. 298 y ss. y comentarios a los art. 298 y 299 en *Leipziger Kommentar*, tomo 10, 12da. ed., Berlín 2008, p. 261-361.
- VOGEL, Joachim, “ ‘Vergaberecht’: Zur straf- und bußgeldrechtlichen Verantwortlichkeit öffentlicher Auftraggeber bei Verletzung des Vergaberechts”, en: *Festschrift für Klaus Tiedemann*, 2008, p. 817-836.
- WEBER, Ulrich: “Überlegungen zur Neugestaltung des Untreuestrafrechts”, *Festschrift für Eduard Dreher*, Berlín, 1977, p. 555-571.
- WESSELS, Johannes/HILLENKAMP, Thomas: *Strafrecht. Besonderer Teil. Straftaten gegen Vermögenswerte*, 33ra. edición, Heidelberg, 2010.