

El delito de malversación genérica en la legislación penal venezolana

Prof.: José Luis Malaguera Rojas*

*Profesor de Derecho Procesal Penal de La Universidad de Los Andes. Investigador del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas (CENIPEC-ULA)

Sumario: 1. Introducción. 2. El tipo penal de malversación genérica. 3. El bien jurídico penal tutelado. 4. La acción típica, el bien jurídico tutelado y la antijuricidad material. 5. Conclusiones.

Resumen

El objetivo del análisis se dirige a la revisión de una de las acciones incriminadas en el delito de malversación genérica, con el fin de demostrar su manifiesta imposibilidad como conducta capaz de producir daño al bien jurídico tutelado. En tal sentido se desarrolla el concepto de bien jurídico, el cual constituye el eje central para determinar con precisión el interés o valor tutelado, además se revisa el significado de la acción incriminada, que en el caso concreto de este artículo, se limita a la aplicación pública que hace el funcionario público, de los fondos o rentas a su cargo, diferente a la presupuestada o destinada, pero en beneficio público. De esta manera, es decir, determinando el significado de la conducta incriminada y del bien jurídico protegido por el tipo, se hace posible conocer si realmente aquella efectivamente lesiona o pone en peligro el interés o valor tutelado. El resultado final se resume en que la acción incriminada no lesiona ni pone en verdadero peligro el patrimonio público, que es el bien jurídico protegido por el tipo penal, y por ende no se agota una condición esencial para la estructuración del delito, cual es la necesidad de la presencia de la antijuricidad material, sin la cual no puede hablarse de delito. En vista de esto se propone la despenalización formal de tal conducta y mientras esto ocurra también se propone que la instancia jurisdiccional resuelva los casos por la vía de la declaratoria de que tal conducta no reviste carácter penal.

Abstract

The purpose of the present analysis is to revise one of the incriminated actions of the generic embezzlement crimes to demonstrate its evident impossibility as a behavior that can cause damage to the juridical asset protected by the law. In that respect, the concept of juridical asset is developed by the law. Besides, the meaning of the incriminated actions is revised, which in this article is limited to the public application performed by the public official with in the funds or rents at his responsibility, different from the budgeted or assigned one, but as a public benefit. In this way, determining the meaning of the incriminated action as well as the meaning of the juridical asset protected by the type, it is possible to know whether it really affects or endangers the interest or value protected by law. It is concluded that the incriminated action does not affect or endanger national wealth is a public asset protected by the penal type. Therefore, an essential condition for the reconstruction of the crime does not disappear, it represents the an juridical evidence without which we cannot talk about a crime. Based on this, I propose the formal dismissal of the penalty of the incriminated action and while this process takes place, the jurisdictional instance must resolve the cases through declaration that such action does not entail criminal property.

Palabras claves: Malversación genérica, bien jurídico tutelado, patrimonio público, antijuricidad material y beneficio público.

1. Introducción

El presente artículo tiene como objetivo fundamental el análisis dogmático de una de las acciones típicas incriminadas en el artículo 60 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en el cual se consagra el llamado delito de malversación genérica.

Específicamente se analiza la acción en la cual el sujeto activo del delito (funcionario público), le da a los fondos o rentas a su cargo una aplicación pública diferente a la presupuestada o destinada, pero en beneficio público.

La revisión de este comportamiento típico se hace con el propósito de investigar en qué medida esta acción es capaz de lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado por el tipo penal. Para ello es necesario la determinación y delimitación del bien jurídico penal protegido en la Ley de Salvaguarda y en el propio delito de malversación genérica; así como el análisis de la acción específica para conocer su esencia y luego confrontarla con el interés o valor protegido por el tipo penal, a los fines de demostrar si la conducta es o no agresora de éste.

2. El tipo penal de malversación genérica

El delito de malversación genérica aparece consagrado en la legislación penal venezolana en el artículo 60 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en los siguientes términos:

"El funcionario público que ilegalmente diere a los fondos o rentas a su cargo una aplicación diferente a la presupuestada o destinada, aún en beneficio público, será penado con prisión de seis meses a tres años, pudiendo elevarse la pena en una tercera parte si como consecuencia del hecho resultare algún daño o se entorpeciere algún servicio público".

Este tipo penal reaparece en nuestro derecho penal positivo con la promulgación de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, en el año de 1982.

Hadad al explicar este delito, señala:

"En Venezuela la figura de la malversación existió en la codificación penal, con excepción de los Códigos de 1. 915 y el actual (1. 926); no obstante su ausencia en el Código vigente es reincorporada a nuestras leyes punitivas en el año de 1. 982 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. De manera que no es la primera vez su presencia en las leyes venezolanas.

El Código de 1. 873 trajo la definición de esta tipología en los términos del artículo 315: El empleado que diere a los caudales públicos que administre, recaude o tenga en depósito, una inversión, que aunque de beneficio público, sea diferente de aquella a que por la ley estuvieren destinados, será penado con la destitución del cargo y multa de cien a quinientos venezolanos". (1.996: 136).

Como se observa, a pesar de que esta conducta no aparecía tipificada en nuestro vigente Código Penal, la misma no es extraña en nuestro sistema jurídico, ya que formaba parte del Código Penal del año 1.873.

Con la Ley de Salvaguarda, nuestro legislador vuelve sobre sus pasos, incriminando nuevamente esta conducta de malversación con un tipo penal, a pesar de la discusión doctrinaria sobre su dudosa o limitada capacidad como acto agresor del

bien jurídico que se aspira tutelar. En este sentido autores como Rodríguez Devesa (1.975: 1.035), Bustos Ramírez (1.991: 379) y Muñoz R. (1.973: 76-77), están de acuerdo en señalar que se trata de un comportamiento no merecedor de tratamiento penal, debiendo mantenerse en el ámbito de los ilícitos administrativos. Sin embargo, otro grupo de autores como Ferreira Delgado (1.985:4041), Franco (1.987: 156-157), Soler (1.963: 177-1779) y Gómez (1.941: 524-525) comparten el criterio de la conveniencia en la incriminación penal de tal conducta.

También es importante señalar que las diferentes legislaciones que sancionan penalmente esta conducta lo hacen de distinta manera, en unos casos se castiga con prisión y multa e interdicción de derechos y funciones públicas, en otros casos sólo con multa, en otros sólo con inhabilitación especial además de multa si resulta algún daño o entorpecimiento del servicio, y finalmente también se castiga solo con prisión.

3. El bien jurídico penal tutelado

Contemporáneamente la dogmática penal mayoritariamente asume como una de las funciones, sino la principal, del Derecho Penal, la de protección de bienes jurídicos de calificada trascendencia.

Las implicaciones que ha producido esta posición son de tal significación, que han logrado tocar áreas neurálgicas del Derecho Penal, como las que van desde la limitación y racionalización del poder punitivo estatal al imponer criterios claros para la criminalización, hasta la propia esencia del delito como ente jurídico, determinando su contenido sobre todo en lo que tiene que ver con la "...irrenunciable exigencia de la antijuridicidad material en todos los casos..." (Fernández C., 1.995: 26).

Es importante aclarar que la tutela de bienes jurídicos en el ámbito penal viene doblemente limitada en el sentido de que solo son tutelables aquellos bienes jurídicos de mayor relevancia, es decir, aquellos que conllevan una importancia sustancial para la propia sociedad y para la propia persona humana; y además la protección otorgada, es solo contra aquellas afectaciones o ataques más graves, esto es, que solo son criminalizables aquellas conductas que racionalmente signifiquen una grave lesión o una grave puesta en peligro del bien jurídico tutelado por el tipo penal.

En lo referente al específico bien jurídico penal protegido por la Ley Orgánica de Salvaguarda, este aparece representado precisamente por el "Patrimonio Público", entendido como el conjunto de bienes y recursos de significado económico, propiedad del Estado o de aquellos entes jurídicos de naturaleza pública o privada a que se refiere la Ley de Salvaguarda en su artículo 4º., así como el conjunto de valores de significado ético social que constituyen la noción de rectitud y probidad que se debe observar en el ejercicio de la función pública.

A pesar de que en la Ley de Salvaguarda el Título concerniente a los ilícitos penales aparezca con la denominación de "Delitos contra la Cosa Pública," no hay contradicción para considerar que el objeto jurídico tutelado en tales ilícitos es el Patrimonio Público, en vista de que el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley no asoma distinciones entre "Cosa Pública" y "Patrimonio Público", otorgándoles el mismo significado.

Es de hacer notar que del contenido del texto de la Exposición de Motivos de la Ley de Salvaguarda, se desprende un claro interés por la criminalización de aquellas conductas perjudiciales para el patrimonio público en su sentido material o

económico, sin embargo, aunque en menor grado, también se demuestra interés por criminalizar las conductas agresoras de la rectitud y probidad en la función pública.

4. La acción típica, el bien jurídico tutelado y la antijuricidad material

La acción descrita en el delito de malversación genérica, consagrada en el artículo 60 de la Ley de Salvaguarda aparece representada por el verbo rector "aplicación", que por supuesto, por sí solo, no nos dice ciertamente qué es lo que se está castigando, por lo que tal verbo debe ser complementado. Así que la acción en este delito de acuerdo con el tipo consiste en dar a los fondos o rentas una aplicación diferente a la presupuestada o destinada.

La acción incriminada implica que el sujeto activo (funcionario público), que tenga bajo su cargo, fondos o rentas de carácter público, proceda a darle a estos bienes una aplicación diferente, a la que tiene presupuestada o destinada legalmente.

Ahora bien, en el texto del tipo aparece la expresión "aún en beneficio público", para cerrar la descripción de la conducta incriminada. Esta expresión implica que el tipo abarca dos conductas, una en la que la aplicación diferente a la presupuestada o destinada es en beneficio público; y otra en que la aplicación, aunque pública, no es en beneficio público, lo que significa que las conductas tipificadas, independientemente de que redunden o no en beneficio público, serían siempre sancionadas. El destino de los fondos o rentas es siempre público pero ello no implica necesariamente que ese destino público diferente al presupuestado o destinado legalmente, genere beneficio público. Aquí el beneficio público debe entenderse como satisfacción de necesidades básicas o fundamentales de la colectividad.

Como quiera que el destino de los fondos o rentas es siempre público, se debe descartar la posibilidad de que la conducta del agente lesione o ponga en peligro el patrimonio público en su sentido material o económico, en vista de que la aplicación distinta a la presupuestada o destinada, se verifica dentro de la esfera de los gastos propios del Estado. La estructura del tipo penal que se comenta excluye la posibilidad de la aplicación para beneficios privados del agente, ya que ello implicaría la comisión de otro delito, por ejemplo: peculado por distracción.

La conducta incriminada formalmente por el tipo penal, en lo que se refiere a la aplicación diferente, pero pública, de los fondos o rentas a cargo del funcionario, que racionalmente pueda catalogarse como hecha en beneficio público, no ofende efectivamente ni por la vía de la lesión, ni por la vía de la puesta en peligro, al patrimonio público en su sentido inmaterial. Para que esta conducta agreda al bien jurídico, es necesario que la acción sea ímproba o falta de rectitud, y en el caso de la aplicación diferente a la presupuestada o destinada, pero en beneficio público, el agente está actuando rectamente y con probidad. Aquí resulta imposible que el bien jurídico sea agredido, porque la conducta incriminada (aplicación en beneficio público) es por su propia naturaleza materializadora de los propios intereses o valores que la norma ha querido tutelar.

La Administración Pública debe atender con preferencia los intereses de la comunidad más que a sus intereses propios como institución burocrática, por ello su actividad está enmarcada dentro de la obligación de satisfacer los intereses y necesidades fundamentales de la ciudadanía.

No se entiende cómo un funcionario público que invierta fondos en la satisfacción de necesidades de la comunidad puede lesionar o poner en peligro el Patrimonio Público en su sentido inmaterial, si precisamente, su actividad pública le obliga a la

búsqueda de las vías para la realización de los fines de la Administración Pública y dentro de los cuales se encuentra en orden principalísimo el satisfacer necesidades básicas de la ciudadanía.

Si la norma penal analizada busca sancionar la improbidad y la falta de rectitud del funcionario, y ello se deduce de la definición de Patrimonio Público, resulta un verdadero contrasentido castigar a quien actúa rectamente y con probidad.

Inexplicablemente nuestro legislador incriminó una acción que no es agresora del bien jurídico tutelado por el delito de malversación genérica, en el caso en que la aplicación pública diferente de los fondos o rentas, se hace en beneficio público. En este caso el funcionario realiza el valor o interés tutelado por la vía penal, no constituyendo tal acción ni siquiera un actuar incorrecto o reprochable que produzca daño social, en vista de que no vulnera los derechos de la comunidad.

Será difícil que la ciudadanía perciba como socialmente dañoso el comportamiento del funcionario que obviando normas técnicas de ejecución presupuestaria aplica los fondos o rentas a su cargo al logro de la satisfacción de las necesidades propias de la comunidad.

En conclusión, el comportamiento analizado (aplicación en beneficio público) no es capaz de lesionar ni de poner en peligro grave el bien jurídico tutelado por el tipo penal.

Si esto es así, necesariamente debe señalarse que existe una ausencia total de antijuridicidad material y sin ella es imposible que se estructure el delito.

La presencia de la antijuridicidad material es determinante, en vista de que no basta para que el delito se estructure, que la conducta sea típica, se necesita además, que ella tenga cualidad para causar daño al bien jurídico tutelado ya sea porque lo lesione o porque lo ponga en peligro.

La conducta analizada (aplicación pública de los fondos o rentas diferente a la presupuestada, pero en beneficio público) implica una acción incapaz de causar daño al patrimonio público, que es el bien jurídico protegido, por lo que, en consecuencia, no existe la antijuridicidad material, y si ella no está presente, no puede en ningún caso estructurarse el delito. (*2)

5. Conclusiones

a. Debe procederse a una inmediata reforma legislativa del artículo 60 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, con el fin de despenalizar formalmente la conducta analizada.

b. Debe la jurisdicción penal resolver los casos concretos por la vía de la declaratoria de que la conducta no reviste carácter penal, en vista de la imposibilidad de la estructuración del delito, por ausencia de la antijuridicidad material.

Notas

* La jurisprudencia Patria no ha resuelto el problema por esta vía, sino a través de la aplicación de las causas de justificación, ya sea estado de necesidad administrativa o cumplimiento del deber.

Bibliografía

1. Bustos Ramírez, J. (1991) Manual de Derecho Penal. Parte Especial. segunda edición. Barcelona; Editorial Ariel, S.A.
2. Fernández Carrasquilla, J. (1995). Derecho Penal Fundamental. Vol. I Segunda reimpresión de la segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis. S.A.
3. Ferreira Delgado, F. (1985) Delitos contra la Administración Pública. Bogotá; Editorial Temis.
4. Franco, U. (1987) El Peculado. Bogotá: Editorial Temis.
5. Gómez, E. (1941) Tratado de Derecho Penal. Tomo V. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores.
6. Hadad, B. (1996) Peculado y Malversación. Caracas: Editorial Livrosca.
7. Muñoz R., C. (1973) El Peculado. Panamá: Editorial Litho Impresora Panamá.
8. Rodríguez Devesa, J. (1975) Derecho Penal Español. Parte Especial. Sexta Edición: Madrid: Editorial Artes Gráficas Carasa.
9. Soler, S. (1963) Derecho Penal Argentino. Tomo V. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina.