



UNAP

**ESCUELA DE POSGRADO
“José Torres Vásquez”**



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
SECCIÓN DE POSGRADO**

DOCTORADO EN DERECHO

TESIS

**LA DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE
FONDOS POR FINES SOCIALES Y ASISTENCIALES**

PRESENTADO POR:

ABOG. HENDRICKSON MARCELINO SAENZ DIAZ, MGR.

ASESOR:

DR. JOSÉ EDMUNDO RUÍZ ROJAS

PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE DOCTOR EN DERECHO

**IQUITOS, PERU
2016**

MIEMBROS DEL JURADO CALIFICADOR

.....
Dr. ANTONIO PADILLA YEPEZ
Presidente

.....
Dr. SEGUNDO ROBERTO VÁSQUEZ BRAVO
Miembro

.....
Dra. MARÍA ESTHER CHIRINOS MARURI
Miembro

.....
Dr. JOSÉ EDMUNDO RUIZ ROJAS
Asesor

AGRADECIMIENTO

A LOS PROFESORES DE POSGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA AMAZONIA PERUANA, POR HABER DESARROLLADO LAS ASIGNATURAS JURIDICAS DE MANERA EXCELENTE, CON ALTA CALIDAD ACADEMICA, EN ESPECIAL A MI FAMILIA POR EL APOYO CONSTANTE.

RECONOCIMIENTO

- **MI ESPECIAL RECONOCIMIENTO A LAS AUTORIDADES DE LA ESCUELA DE POSGRADO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA AMAZONIA PERUANA, POR HABERME BRINDADO LA OPORTUNIDAD DE PROMOVER MI SUPERACION PROFESIONAL EN EL CAMPO DEL DERECHO.**

INDICE

Jurados	2
Agradecimiento	3
Reconocimiento	4
Resumen	7
Abstract	8
Resumo	9
INTRODUCCIÓN	10
1.1. Planeamiento de la investigación	11
1.1.1. Planteamiento del problema	11
a. Caracterización del problema.....	11
b. Enunciado del problema	11
1.2. Objetivos	11
1.2.1. Objetivo General	11
1.2.2. Objetivos Específicos.....	11
1.3. Justificación de la investigación	12
2. Marco Teórico y conceptual	13
2.1. Bases teóricas de la investigación.....	13
2.1.1. La Malversación.....	13
2.1.2. La corrupción administrativa en el mundo contemporáneo.....	15
2.1.3. El delito de Malversación desde una óptica comparada.	22
2.1.4. Naturaleza jurídica de la malversación.	34
2.1.5. Sujeto activo del delito de malversación.....	35
2.1.6. El bien jurídico protegido.....	36
2.1.7. Principio de intervención mínima (última ratio del derecho penal).....	37
2.1.7.1. El Carácter Fragmentario.....	38
2.1.7.2. El de Subsidiariedad.....	38
2.1.8. Principio de proporcionalidad de las penas.....	39
2.2. Antecedentes	42
2.3. Marco Conceptual	43
2.3.1. Culpabilidad.	43
2.3.2. Circunstancia agravante.....	43
3. Sistema de Hipótesis	45

3.1. Hipótesis General	45
3.2. Hipótesis Específicas	45
4. Metodología	46
4.1. Tipo y nivel de la investigación	46
4.2. Diseño de la investigación	46
4.3. Universo o población y muestra.....	46
4.3.1. Población	46
4.3.2. Muestra	46
4.4. Definición y operacionalización de la variable y los indicadores	46
4.4.1. Variables	46
4.4.2. Indicadores	47
4.5. Técnicas e instrumentos y matriz de evaluación.....	47
4.6. Plan de análisis.....	47
4.7. Matriz de Consistencia.....	48
5. Resultados	49
5.1. Políticas de protección penal	49
5.2. El Sujeto Activo.....	50
5.3. La acción típica.....	50
5.4. El objeto de la acción.....	51
5.5. Lealtad de los funcionarios con la Administración Pública	52
5.6. Ejercicio regular de la función pública	53
5.6.1. Acción punible	53
6. Discusión de los Resultados	55
6.1. Ventajas que implicaría la propuesta.	56
7. Conclusiones.....	58
8. Recomendaciones	59
9. Referencias bibliográfica	60
ANEXO – ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE – CASO JUNIN	63

RESUMEN

El objetivo de la presente investigación fue determinar cuáles son las bases filosóficas y jurídicas para la adecuada aplicación de la Despenalización del delito de Malversación de Fondos por fines sociales y asistenciales en diversas conductas sociales en la legislación Peruana.

La característica de la investigación fue descriptiva, y la población estuvo conformada por jueces, investigadores, fiscales de la ciudad de Iquitos; La muestra estuvo relacionado con casos concretos ocurridos en los años 2013 – 2014 en el Distrito Judicial de Loreto. La técnica fue la encuesta y el análisis documental de las instrumentales obrantes en cada expediente durante los años 2013-2014, finalmente el análisis estadístico estuvo centrado en cifras absolutas y relativas.

Conclusiones: El presente trabajo de investigación hace un ejercicio de interpretación de la ley para buscar solución a un problema que se da en una realidad concreta, aplicable a nivel nacional, para lo cual utilizaremos como enfoque metodológico un método sociológico que implica concebir al Derecho, como un fenómeno cultural, es decir, como un proceso que se desarrolla en el espacio y en el tiempo; como pensamiento y conducta del hombre para la regulación de la vida social, en constante mutación a consecuencia de factores exógenos y endógenos.

La propuesta concreta y objeto de estudio del presente trabajo, es el de lograr despenalizar el delito de Malversación de Fondos Públicos, excluirlo del catálogo de delitos del Código Penal y que éste quede regulado en una normativa administrativa, para que sea el Derecho Administrativo, el que, a través de sus diversos procedimientos, se encargue de imponer la sanción correspondiente, o sea una multa administrativa.

Se evaluarán las leyes vigentes frente a la realidad nacional con el propósito de evaluar la variaciones de comportamiento, con la determinación de las causas, efectos y conceptualizando con la teoría disponible con el fin de sentar las bases para que en un futuro se pueda elaborar un proyecto de ley que contribuya a la despenalización de la figura de malversación de fondos en el caso de perseguir fines sociales y asistenciales.

ABSTRAC

The objective of this research was to determine what are the philosophical and legal bases for the proper implementation of the decriminalization of the crime of embezzlement of funds by social and welfare purposes in different social behaviors in law Peruana. La characteristic of the research was descriptive, and the population was composed of judges, investigated, prosecutors in the city of Iquitos; The sample was related to specific cases which had occurred in the years 2013-2014 in the Judicial District of Loreto.

The technique was the survey and the documentary analysis of the hearing instruments in each case during the years 2013-2014, finally the statistical analysis was focused in absolute and relative figures.

Conclusions: The present research work makes an exercise in interpretation of the law to seek solution to a problem that occurs in reality concrete, applicable at national level, for which we will use as a methodological approach a sociological method that involves conceiving to the right, as a cultural phenomenon, i.e., as a process that develops in space and time; as thought and behavior of man for the regulation of social life, constantly changing as a result of exogenous and endogenous factors.

The proposed concrete and subject of study of this work, is the to decriminalize the crime of misappropriation of public funds, exclude it from the catalogue of offences in the criminal code and that this is regulated in an administrative regulations, to make it the administrative law, which, through its different procedures, to impose the appropriate sentence, or an administrative fine. They will assess existing laws against the national reality in order to evaluate the changes in behavior, with the determination of the causes, effects and conceptualizing with theory available in order to lay the basis for that in the future can produce a draft law that contributes to the decriminalisation of the figure of embezzlement in the case of pursuing social and welfare purposes.

RESUMO

O objetivo desta pesquisa foi determinar quais são as bases filosóficas e legais para a implementação adequada da descriminalização do crime de apropriação indébita de fundos por fins sociais e de bem-estar em diferentes comportamentos sociais na lei Peruana. La característica da pesquisa foi descritiva, e a população era composta de juízes, investigadores, promotores na cidade de Iquitos; A amostra foi relacionada a casos concretos ocorridos nos anos 2013-2014 no distrito Judicial de Loreto.

A técnica foi o levantamento e a análise documental dos instrumentos de audição em cada caso, durante os anos de 2013-2014, finalmente, a análise estatística foi focada em números absolutos e relativos.

Conclusões: O presente trabalho de pesquisa faz um exercício de interpretação da lei para buscar a solução para um problema que ocorre no concreto da realidade, aplicável a nível nacional, para que usaremos como uma abordagem metodológica um método sociológico que envolve a conceber para a direita, como um fenômeno cultural, ou seja, como um processo que se desenvolve no espaço e no tempo; como o pensamento e o comportamento do homem para a regulação da vida social, mudando constantemente como resultado de fatores exógenos e endógenos.

O concreto proposto e objecto de estudo deste trabalho, é a de descriminalizar o crime de apropriação indevida de fundos públicos, excluir o catálogo de crimes no código penal e que esta é regulada em um Regimento Administrativo, para torná-lo o direito administrativo, que, através de seus procedimentos diferentes, para impor a sentença apropriada, ou multa administrativa.

Eles avaliarão as leis existentes contra a realidade nacional a fim de avaliar as alterações no comportamento, com a determinação das causas, efeitos e conceituar com teoria disponível a fim de estabelecer as bases para que no futuro podem produzir um projecto de lei que contribui para a despenalização da figura do peculato, no caso de perseguir social e fins de bem-estar.

INTRODUCCIÓN

La propuesta concreta y objeto de estudio del presente trabajo, es el de lograr despenalizar el delito de Malversación de Fondos Públicos, excluirlo del catálogo de delitos del Código Penal y que éste quede regulado en una normativa administrativa, para que sea el Derecho Administrativo, el que, a través de sus diversos procedimientos, se encargue de imponer la sanción correspondiente, o sea una multa administrativa.

Se persigue hacer un estudio del tema de tan forma que pueda servir de base para que en un futuro se pueda hacer llegar la reforma correspondiente al Código Penal, respecto al delito de Malversación de Fondos Públicos y además, emita la disposición legal y el procedimiento por el cual se sancionará el mismo, a través de una multa de carácter pecuniario y que sea la misma entidad administrativa la que imponga la misma.

Se evaluarán las leyes vigentes frente a la realidad nacional con el propósito de evaluar la variaciones de comportamiento, con la determinación de las causas, efectos y conceptualizando con la teoría disponible con el fin de sentar las bases para que en un futuro se pueda elaborar un proyecto de ley que contribuya a la despenalización de la figura de malversación de fondos en el caso de perseguir fines sociales y asistenciales.

1.1. Planeamiento de la investigación

1.1.1. Planteamiento del problema

a. Caracterización del problema

- ¿Cuál es la relación existente entre la despenalización del delito de malversación de fondos por fines sociales y asistenciales y las políticas de protección penal que proporcionan los delitos contra la Administración Pública hacia el ejercicio correcto del funcionario público en la ley penal peruana?

b. Enunciado del problema

- ¿Identificar cuál es la normativa legal penal vigente para el delito de malversación de fondos en la legislación peruana?
- ¿Cuáles son las bases doctrinarias para la despenalización del delito de malversación de fondos que rigen la normativa penal legal vigente en la legislación peruana?

1.2. Objetivos

1.2.1. Objetivo General

- Determinar la relación existente entre la despenalización del delito de malversación de fondos por fines sociales y asistenciales y las políticas de protección penal que proporcionan los delitos contra la Administración Pública hacia el ejercicio correcto del funcionario público en la ley penal peruana.

1.2.2. Objetivos Específicos

- Analizar la normativa legal penal vigente para para el delito de malversación de fondos en la legislación peruana.

- Reconocer si las bases doctrinarias para la despenalización del delito de malversación de fondos en la legislación peruana contribuyen a tramitarla y brindarle carácter social.

1.3. Justificación de la investigación

El Estado de Peruano no contempla en ningún ordenamiento legal una figura jurídica que como excepción permita la utilización de fondos de administración públicas destinadas a una partida específica para otra, en la que por ejercer un fin social se tenga que hacer uso de estos fondos, contemplando que sea un caso de emergencia y evitando que de este modo se desarrolle una afectación mayor en la población.

Por lo tanto, con este trabajo de investigación se dará una alternativa, elaborando un proyecto de ley, para dejar de lado la incertidumbre en la población en caso de necesidad mientras se espera que puedan llegar los fondos para asistencia social y a su vez deslindar el rechazo a la figura de la malversación de fondos en el quehacer de la autoridad pública, brindándole la libertad al funcionario de poder ejercer su cargo en beneficio de la comunidad, manteniendo su conducta dentro del ámbito de la legalidad. Con ello permitimos la defensa de esos ámbitos de decisión íntimos y personales en donde nacen o surgen las decisiones individuales de la autoridad pública, en las que tiene que decidir si hacer un bien relativo a la vida, a la familia y la comunidad o esperar que se le asigne una partida especial para poder resolver los problemas sociales que puedan surgir, mientras debe esperar pudiendo agravarse la problemática o urgencia de la comunidad, que es la que da origen a tomar estas medidas drásticas y por las que buscamos encontrar una solución legalmente viable.

2. Marco Teórico y conceptual

2.1. Bases teóricas de la investigación

2.1.1. La Malversación

La palabra malversación procede del latín *male versare*: dirigir mal o mal utilizar algo y significa en general invertir ilícitamente los bienes ajenos que una persona tiene a su cargo en usos distintos de aquellos para los que están destinados.

La Malversación, denominado en la doctrina y en muchas legislaciones como peculado tiene su origen en el Derecho Romano primitivo, donde se lo conoció con el nombre de *Apeculatus* o Apeculado. El peculado era el hurto al patrimonio, ya sea privado o del pueblo romano. El *peculatus*¹, inicialmente, fue una forma agravada del hurto; en el cual el agravante obedecía a la naturaleza de las cosas sobre las que recaía, que debía tratarse de dinero público.

Este delito reprimía, entonces, la apropiación de cosas públicas. A través del tiempo la figura fue sufriendo distintas modificaciones. En el derecho romano cesáreo, la característica principal del peculado dejó de recaer en la naturaleza de las cosas protegidas, para ubicarse en la calidad del sujeto activo y en la relación entre éste con los bienes objeto de la acción. Entonces, el concepto se amplió y pasó a abarcar hechos no contemplados por la figura del hurto. La característica esencial de esta nueva modalidad del peculado era el abuso de confianza, siendo el bien jurídico protegido la fe pública.

¹ Viene de Pecus, ganado y se le da ese nombre porque antes de que se difundiera el uso del dinero, los animales destinados a los sacrificios, constituían los bienes muebles más importantes entre los comunes o Públicos, y por tanto, el hurto de los mismos era el más grave de su clase.

En el Derecho Moderno, la figura del peculado se fue diferenciando claramente del hurto. La distinción entre ambas figuras ya no consiste en la naturaleza de la cosa sobre la cual recaiga la conducta, se convierte en un requisito esencial del delito que el sujeto activo sea siempre un funcionario o empleado público. El bien jurídico protegido pasa a ser, además del patrimonio del Estado, el regular y legal cumplimiento de la función pública.

Por ello, la figura se asemeja más a otros tipos penales como son el abuso de confianza, la retención indebida y la defraudación por administración infiel; con la salvedad ya expresada en el sentido de que el peculado no constituye un mero "abuso de confianza", sino un "abuso de la función pública".

Esto es así, en virtud de que los bienes sobre los que debe recaer la conducta, deben ser fondos públicos que se encuentran funcionalmente confiados a la custodia del empleado o funcionario público.

La Malversación como todo delito, constituye un fenómeno social por lo que está sometido a cambios y modificaciones, según la base económica sobre la que se sustenta determinada sociedad y la defensa de los intereses de la clase dominante, surgiendo en un momento histórico concreto.

Según la Enciclopedia Jurídica, Malversación es: "La acción y efecto de malversar, de invertir mal, contra su natural destino un caudal propio o ajeno. Cuando el caudal es propio, como su destino depende de la misma voluntad, el hecho carece de consecuencias jurídicas, a menos de que revista los caracteres de prodigalidad.

Cuando el caudal es ajeno constituye o bien el género de la defraudación cuando se trata de caudales de particulares o específicos de Malversación de caudales públicos.”²

El Derecho Español antiguo recogido en Las Partidas castigó la Malversación de los caudales del Rey y de los pertenecientes a villas y ciudades y la pena aplicable podía ser la de mayor rigor, cuando la Malversación constituía un Hurto propiamente dicho y en la Novísima Recopilación se castigó con el mismo rigor a las personas, consejos que usurparen las rentas o derechos del Rey.

2.1.2. La corrupción administrativa en el mundo contemporáneo.

Aunque el presente trabajo tiene como objetivo el estudio del delito de Malversación, resulta necesario que de manera breve nos refiramos a la manera en que se trata la corrupción en el mundo actual, si tenemos en cuenta que una de las formas típicas de manifestarse esta, es la del delito antes referido, por ello queremos presentar una panorámica resumida, deteniéndonos en las principales culturas y áreas geográficas.

La Malversación como aspecto específico y la corrupción administrativa como algo más genérico ha tenido su tratamiento a nivel supranacional, ocupando a instituciones y organismo de las Naciones Unidas, que por su importancia incluimos en el presente trabajo.

² Mouton y Ocampo. L. Alier y Cassi. Enciclopedia Jurídica Española. Tomo XXI. Barcelona. Editor. Francisco Seix. Pág. 545

La lucha contra la corrupción, considerada una vez competencia del gobierno de cada nación, es hoy una tarea de la comunidad internacional, actuando conjuntamente para complementar y asistir los esfuerzos de los gobiernos.

La corrupción se consideró una vez un fenómeno tan generalizado que abordarla parecía ser un reto casi insuperable. Sin embargo, en el curso de los últimos quince años, la comunidad internacional ha sido testigo de un cambio positivo significativo en la lucha mundial contra la corrupción. Con anterioridad a este cambio radical, los países mostraban reservas hasta para hablar acerca de la corrupción y la consideraban solamente un problema interno. Hoy, existe una multitud de reuniones y mecanismos multilaterales creados específicamente para tratar el problema de la corrupción. Hace quince años, los países permitían la deducción tributaria por sobornos pagados a funcionarios extranjeros. Hoy, más y más países cooperan para castigar el soborno. En efecto, hace quince años, algunos países esgrimían erróneamente el argumento de que la corrupción era de hecho algo aceptable en ciertas situaciones culturales o para facilitar los negocios en los países en desarrollo. Nadie presentaría este argumento hoy día. Los acuerdos internacionales anticorrupción han servido para destacar los compromisos políticos en la lucha contra la corrupción y han identificado normas y prácticas internacionales fundamentales para abordarla.

Debido en parte a los acuerdos contra la corrupción, reforzados por crecientes declaraciones de voluntad política, hoy día es universalmente aceptado que la comunidad internacional complemente y asista en los esfuerzos de un gobierno para combatir la corrupción y que la comunidad internacional tenga un interés genuino en ver que se aborde la corrupción tanto localmente como a nivel mundial.

Al aceptar los mecanismos para combatir la corrupción, la comunidad internacional abre las puertas a una mayor cooperación multilateral y bilateral en frentes importantes pero tradicionalmente locales. Esto, a su vez, alienta a compartir las prácticas que dan los mejores resultados, crea confianza y relaciones entre los países que cooperan y, por último, aumenta la eficacia de los esfuerzos y los programas bilaterales y multilaterales de ayuda al desarrollo.

Los acuerdos multilaterales anticorrupción reúnen principios internacionalmente reconocidos para combatir la Malversación y la corrupción y formalizar el compromiso gubernamental para aplicar estos principios.

Estos principios, expresados en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), trascienden la mera exhortación a los gobiernos de penalizar los diversos actos corruptos. Reconocen que la lucha contra la corrupción exige una acción concertada en un número de frentes.

Estos acuerdos abordan uno o más frentes de acción contra la corrupción, entre ellos los siguientes:

- **Aplicación de la ley:** El poder imparcial de investigar, procesar e iniciar una acción judicial son la clave para descubrir y llevar a juicio la corrupción pública. Como tal, obliga a los gobiernos a establecer derecho penal, sanciones y organismos de aplicación de la ley efectivos para descubrir y disuadir el soborno, la malversación y otros actos corruptos arraigados.
- **Prevención en el sector público:** Muchos acuerdos internacionales contra la malversación y la corrupción obligan a los gobiernos a adoptar una amplia gama de

medidas, tales como mantener normas altas de conducta entre los empleados públicos, establecer sistemas transparentes para las adquisiciones y la administración financiera, evitar los conflictos de intereses, exigir la divulgación financiera de bienes personales, proteger a los denunciantes de situaciones ilegales, establecer instituciones y procedimientos eficaces para la rendición de cuentas dentro del gobierno y en el exterior, y proveer acceso a información gubernamental.

- **Prevención en el sector privado:** Muchos acuerdos internacionales contra la corrupción obligan también a los gobiernos a establecer medidas que afecten de forma constructiva la conducta en el sector privado, tales como mantener un marco reglamentario eficaz para prevenir el ocultamiento de pagos ilícitos o sobornos en las cuentas de las compañías, el fraude en el ámbito empresarial, y las prohibiciones acerca de la deducción tributaria de los sobornos.

- **Mecanismos de seguimiento:** En el contexto de algunos instrumentos multilaterales contra la corrupción, mecanismos de revisión o evaluación complementarios pueden facilitar la cooperación y asistencia técnica internacionales para tratar de fortalecer las áreas que lo necesiten. En la actualidad existen cuatro mecanismos activos de evaluación contra la corrupción, que se basan en la revisión mutua para vigilar y promover la aplicación: el Mecanismo de Seguimiento de la Organización de los Estados Americanos, el Grupo del Consejo de Europa de los Estados contra la Corrupción, el Grupo de Trabajo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico sobre el Soborno, y la Iniciativa del Pacto de Estabilidad contra la Corrupción.

El acuerdo más completo y de mayor aplicación mundial hasta la fecha fue creado bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Más de 130 países participaron en las

negociaciones de dos años de duración sobre la Convención de la ONU contra la Corrupción, que entró en vigor en diciembre de 2005. La convención abarca todas las áreas de acción arriba mencionadas y, por primera vez, establece un marco para la cooperación en los casos de recuperación de activos.

En Europa, el Consejo de Europa ha creado tres instrumentos principales para guiar a los miembros en la lucha contra la corrupción. Dos de estos instrumentos son convenciones, (la Convención de 1997 del Consejo de Europa sobre el Derecho Penal contra la Corrupción, y la Convención del Consejo de Europa sobre el Derecho Civil contra la Corrupción), y uno de los instrumentos consiste en principios sin fuerza de ley (los veinte principios directores del Consejo de Europa para combatir la corrupción). El Consejo de Europa ha creado también un mecanismo de revisión mutua para vigilar la implementación de estos principios y convenciones en 42 países, incluyendo a Estados Unidos.

La Unión Europea (UE) ha creado también varios documentos para que sirvan de guía a sus miembros. Estos incluyen la Convención de 1997 de la UE sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios de las comunidades europeas o de los estados miembros y la acción conjunta de 1998 de la UE sobre la corrupción en el sector privado. Existe también en la UE un marco de 2002 sobre cómo combatir la corrupción en el sector privado. Existe también el Pacto de Estabilidad, creado en 2000, firmado por siete países sudorientales de Europa y el resultante mecanismo de revisión mutua para vigilar su aplicación, se conocen como la Iniciativa sobre el Pacto de Estabilidad contra la Corrupción.

En América Latina, se negoció bajo los auspicios de la Organización de los Estados Americanos (OEA) la Convención Interamericana de 1996 contra la Corrupción, la que en 2001 creó un mecanismo de revisión mutua para vigilar la aplicación de dicha convención.

En Asia, veintiuna naciones de la región de Asia y el Pacífico han adoptado un compacto sin fuerza de ley contra la corrupción. Se conoce como Plan de Acción ADB/OCDE contra la Corrupción en Asia y el Pacífico, este convenio fue patrocinado por el Banco Asiático de Desarrollo y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, y se anticipa la revisión mutua en el futuro. En 2004, los líderes de APEC (Cooperación Económica de Asia y el Pacífico) aprobaron un Curso de Acción contra la Corrupción que incluye un fuerte compromiso para poner en vigor la Convención de la ONU contra la Corrupción y para trabajar a nivel regional para denegar asilo a funcionarios corruptos, a aquellos que los corrompen y a sus activos ilícitamente adquiridos.

En África, la Convención de la Unión Africana sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción fue adoptada por los jefes de estado en la Cumbre de la Unión Africana sostenida en julio de 2003 en Maputo, Mozambique. El protocolo de 2001 contra la corrupción emitido por la Comunidad de Desarrollo del África Austral (SADC) contiene medidas adoptadas por las catorce naciones de SADC. En 1999, la Coalición Mundial para África (GCA) creó unos principios sin fuerza de ley para combatir la corrupción, los cuales fueron adoptados por once estados miembros de la GCA.

En Oriente Medio, los estados árabes han actuado, a través de una red regional, la Iniciativa sobre el buen gobierno para el desarrollo (GfD), en apoyo de un proceso de reforma gubernamental y modernización del sector público y para crear las condiciones necesarias para el desarrollo económico y social en la región. La lucha contra la corrupción es uno de los principales pilares de la medida, particularmente los esfuerzos para poner en efecto la Convención de la ONU contra la Corrupción.

Las treinta y siete naciones que han firmado la Convención de 1997 de la OCDE sobre la lucha contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales han creado un mecanismo de revisión mutua para vigilar su aplicación. La convención de la OCDE es relativamente estrecha y específica en su alcance. Su enfoque principal es utilizar el derecho interno para penalizar el soborno de funcionarios públicos extranjeros.

Los acuerdos anticorrupción internacionales continúan desempeñando un papel clave en la creciente censura internacional de la corrupción. Obligan a los gobiernos a tomar medidas y facilitan la cooperación y asistencia técnica internacionales.

La Convención de la ONU contra la Corrupción (UNCAC) representa un hito en la arquitectura de los acuerdos internacionales contra la corrupción. Toma los temas cubiertos en convenciones regionales y mundiales anteriores y la combina con otros en una serie completa de compromisos. Es el primer acuerdo internacional que atrajo más de cuarenta partes, con más de ochenta hasta la fecha, y probablemente se convierta en el primer instrumento internacional aplicable mundialmente que trata únicamente sobre la corrupción. Los principios comprobados en la lucha contra la

corrupción, incluyendo la importancia de la cooperación internacional, están ahora consagrados como principios mundiales que puede considerarse que emanan únicamente de un grupo de países o regiones con ideas afines.

A medida que los gobiernos adopten poco a poco la UNCAC y creen un proceso de seguimiento para fomentar la puesta en práctica y facilitar la asistencia técnica, los compromisos y mecanismos regionales existentes son importantes para que los gobiernos sigan cooperando en los problemas de la corrupción dentro de un entorno que les es familiar y con socios conocidos. Asimismo, los principales exportadores del mundo deben continuar su estrecha e intensa cooperación por medio de la Convención de la OCDE contra el soborno y su relacionado mecanismo de vigilancia para reducir la práctica de sobornar a funcionarios extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Los países de la OCDE deben demostrar su voluntad política aplicando sus leyes que penalizan esos sobornos.

Si bien los instrumentos internacionales y los marcos multilaterales ofrecen una herramienta inapreciable en la lucha mundial contra la corrupción, seguirá siendo crítico que se prosiga con la difícil tarea de conducir la voluntad política para que se convierta en actos demostrables, lo cual incide en la tipificación en materia penal de algunos de estos actos corruptores como delitos, siendo esta visión comparada la que desarrollamos en el siguiente epígrafe.

2.1.3. El delito de Malversación desde una óptica comparada.

En este epígrafe queremos hacer un análisis comparado de cómo se encuentra regulado el delito de Malversación en otros países y cuáles son las cuestiones

semejantes con el nuestro, para dicho análisis primeramente le ilustraremos como se encuentran tipificados este delito en cada país comenzando por su título hasta el articulado, teniendo en cuenta que los códigos penales le dan un tratamiento diferente a la denominación y ubicación del bien Jurídico que se protege con este delito.

Los países seleccionados fueron 09 y representan una muestra de las legislaciones penales latinoamericanas y española, al ser las que mayores puntos de contactos históricos, culturales y jurídicos tiene con nuestro ordenamiento. En el sentido comparativo serán expuestos de forma íntegra el articulado correspondiente a cada país y finalmente realizamos nuestras inferencias sobre las características del tipo en estudio, el o los bienes jurídicos a proteger, así como los marcos penales asociados a esta conducta prohibida.

Bolivia.

Título II Delitos Contra La Función Pública.

Capítulo I Delitos cometidos por funcionarios Públicos.

Artículo 142°.- (Peculado). El funcionario público que aprovechando del cargo que desempeña se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de sesenta a doscientos días.

Artículo 143°.- (Peculado Culposo). El funcionario público que culposamente diere lugar a la comisión de dicho delito, será sancionado con presentación de trabajo de un mes a un año y una multa de veinte a cincuenta días.

Artículo 144°.- (Malversación). El funcionario público que diere a los caudales que administra, percibe o custodia, una aplicación distinta de aquella a que estuvieron

destinados, incurrirá en reclusión de un mes a un año o multa de veinte a doscientos cuarenta días.

Colombia.

Título: VII Delitos Contra el Patrimonio Económico.

Capítulo: Sexto. De las Defraudaciones.

Artículo 259. *Malversación y dilapidación de bienes.* El que malverse o dilapide los bienes que administre en ejercicio de tutela o curatela, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años, siempre que la conducta no constituya otro delito.

España.

Título: XIX Delitos Contra la Administración Pública.

Capítulo: VII De la Malversación

Artículo 432. Malversación.

1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de quinientas mil pesetas, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año.

Artículo 433.

La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.

Artículo 434.

La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

Artículo 435.

Las disposiciones de este capítulo son extensivas: 1. A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas. 2. A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.

3. A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

Uruguay.

Título IV Delitos contra la Administración Pública.

CAPITULO I

Artículo 153. (Peculado)

El funcionario público que se apropiare el dinero o las cosas muebles, de que estuviere en posesión por razón de su cargo, perteneciente al Estado, o a los particulares, en beneficio propio o ajeno, será castigado con un año de prisión a seis de penitenciaría y con inhabilitación especial de dos a seis años.

Artículo 154. (Circunstancia atenuante).

Constituye una circunstancia atenuante especial, el hecho de tratarse de dinero o cosas de poco valor y la reparación del daño previamente a la acusación fiscal.

Artículo 155. (Peculado por aprovechamiento del error de otro)

El funcionario público que en ejercicio de su cargo, aprovechándose del error de otro, recibiere o retuviere, indebidamente, en beneficio propio o ajeno, dinero u otra cosa mueble, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión y dos a cuatro años de inhabilitación especial.

Artículo 156. (Concusión)

El funcionario público, que, con abuso de su calidad de tal, o del cargo que desempeña, compeliere o indujere a alguno a dar o prometer indebidamente a él o a un tercero, dinero u otro provecho cualquiera, será castigado con seis meses de prisión a tres años de penitenciaría, e inhabilitación especial de dos a seis años.

Venezuela.

Título: III De los delitos contra la cosa pública

Capítulo: I

Del peculado.

Artículo 195.- Todo funcionario público que sustrajere los dineros u otros objetos muebles de cuya recaudación, custodia o administración este encargado en virtud de sus funciones, será castigado con presidio de tres a diez años.

Si el perjuicio no es grave, o si fuere enteramente reparado antes de ser sometido a juicio el culpable, se le impondrá prisión de tres a veintiún meses.

Argentina.

Título: XI Delitos Contra la Administración Pública.

Capítulo VII Malversación de caudales públicos

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

Artículo 261.- Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo.

Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.

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

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

Artículo 264.- Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente.

En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

Guatemala.

Título: XIII Delitos Contra la Administración Pública.

Capítulo IV De Los Delitos de Peculado Y Malversación.

Peculado.

Artículo 445. El funcionario o empleado público que sustrajere o consintiere que otro sustraiga dinero o efectos públicos que tenga a su cargo, por razón de sus funciones, será sancionado con prisión de tres a diez años y multa de quinientos a cinco mil quetzales.

Igual sanción se aplicará al funcionario o empleado público que utilizare, en provecho propio, trabajo o servicios pagados con fondos públicos.

Peculado Culposo.

Artículo 446. El funcionario o empleado público que, por negligencia o falta de celo, diere ocasión a que se realizare, por otra persona, la sustracción de dinero o efectos públicos de que trata el artículo precedente, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.

Malversación.

Artículo 447. El funcionario o empleado público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.

La sanción señalada se aumentará al doble, si a consecuencia de la Malversación resultare daño o entorpecimiento del servicio a que los caudales o efectos estuvieren consignados.

Honduras.

Título: XIII Delitos Contra la Administración Pública.

Capítulo VI Malversación de Caudales Públicos.

Artículo 370. El funcionario o empleado público que se apropie de caudales, bienes o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo o que sin habersele confiado interviene en dichos actos por cualquier causa, será penado con reclusión de dos (2) a cinco (5) años si el valor de aquéllos no excede de un mil lempiras (L.1,000.00) y de seis (6) a doce (12) años si sobrepasa de dicha cantidad, más inhabilitación absoluta por el doble del tiempo que dure la reclusión.

Artículo 372. El funcionario o empleado público que destine los caudales, bienes o efectos que administra a un fin distinto del que les corresponde y si con ello no causa daño a los intereses patrimoniales del Estado, será sancionado con multa de cincuenta mil (L.50,000.00) a cien mil lempiras (L.100,000.00) e inhabilitación especial de tres (3) a cinco (5) años.

Si ocasiona daño a dichos intereses o entorpece un servicio público, la multa será igual al cien por ciento (100%) del valor del daño causado o de los gastos que el Estado deba realizar para normalizar el correspondiente servicio público, más inhabilitación absoluta de cinco (5) a ocho (8) años. En ningún caso la multa será inferior a la señalada en el párrafo precedente.

Nicaragua.

Título: VIII Delitos Peculiares de los Funcionarios y Empleados Públicos.

Capítulo X Malversación de caudales públicos

Artículo 405.- El funcionario o empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos de la nación, les da una aplicación pública distinta de la señalada por las leyes, sufrirá una multa de diez a veinticinco por ciento sobre la cantidad mal aplicada, si resultare daño o entorpecimiento del servicio público.

Artículo 406.- El funcionario o empleado público que hace uso para sí o para otro, de caudales que custodia o administra, sufrirá la pena de inhabilitación especial de uno a dos años y multa de veinticinco a cincuenta por ciento sobre la cantidad de que hubiere hecho uso, si la reintegra después de haber causado daño al servicio público. Si la devolución se hace antes de haber causado daño o entorpecimiento en el servicio público, la pena será de multa de diez a veinte por ciento.

Si el empleado no reintegra espontáneamente la cantidad de que ha hecho uso, será condenado como sustractor de caudales públicos.

Artículo 408.- Los funcionarios o empleados públicos que administren, recauden o de cualquier otro modo manejen o tengan en depósito caudales o efectos de la Hacienda del Estado, que por negligencia o descuido dieren lugar a que se extravíen o pierdan algunos de estos bienes, o dejen arruinar o deteriorar los edificios u otros bienes públicos que estén bajo su cuidado, sufrirán la pena de inhabilitación especial de seis meses a un año y pagarán los caudales o efectos perdidos o extraviados, o el valor del deterioro que hayan sufrido.

Artículo 409.- Los funcionarios o empleados públicos a quienes corresponde el cobro o la recaudación de cualesquiera intereses de la Hacienda Pública, que a los tres días de cumplido el plazo, maliciosamente o por connivencia, no empezaren para realizar el cobro, sufrirán multa de la cuarta parte a la mitad de lo que debían haber cobrado.

Artículo 410.- Los funcionarios o empleados públicos a quienes esté encargada por la ley la aprobación de alguna fianza, si aprobaren la que no llene todos los requisitos legales, conociendo o debiendo conocer su ineficacia, sufrirán una multa equivalente a la cuarta parte del valor de la fianza.

Si por tal aprobación quedare en descubierto la Hacienda Pública, pagarán además de la multa del inciso anterior, la pérdida que haya sufrido y los perjuicios consiguientes, y además serán castigados con inhabilitación especial de uno a dos años.

Artículo 411.- En iguales penas a las expresadas en el artículos anterior, incurrirá el funcionario o empleado público que ponga a alguna persona en posesión de algún destino con manejo de caudales públicos, sin que haya prestado la fianza o garantía legal, o sin estar aprobada por quien corresponde. Exceptuándose de esta disposición

el caso en que se dé posesión, sin la fianza previa, a los empleados interinos, siempre que para ello se hayan observado las reglas prescritas por las leyes.

Artículo 412.- Los encargados del examen y finiquito de las cuentas de administración de caudales públicos que, a sabiendas, omitieren algún cargo legítimo, o maliciosamente admitieren en data alguna o algunas cantidades que no debieran admitirse, ya por no ser legítimas las partidas, ya por no estar suficientemente comprobadas, sufrirán la pena de una multa igual a la cantidad que por esta causa hubieren perdido los caudales de que se trata, e inhabilitación absoluta de uno a dos años.

Artículo 413.- El funcionario o empleado público que, requerido por autoridad competente, rehusare, sin justo motivo, entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración, sufrirá arresto de uno a dos años y multa de un dos a un diez por ciento, a beneficio de la parte damnificada, debiendo graduarse la multa por el valor en que se justipreciare el efecto.

Artículo 414.- Quedan sujetos a las disposiciones de este capítulo, los que administraren bienes municipales o pertenecientes a establecimientos de educación pública, de asistencia social o de alguna otra asociación autorizada por la ley, así como los administradores y depositarios de caudales entregados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

Luego de ver como se encuentra regulado el delito de Malversación en los países antes relacionados, centraremos el análisis en algunos aspectos específicos como son: Los países de Guatemala y Honduras, coinciden con el Título XIII, donde se encuentra ubicado el delito de Malversación, pero con ubicación diferente del bien jurídico que protegen, así como los capítulos, Guatemala Título: XIII Delitos contra la Administración Pública, Capítulo. IV Delitos Peculado y Malversación y

Honduras Título: XIII Delitos contra la Administración Pública, Capítulo: VI Malversación de caudales públicos.

En los demás países se encuentra Bolivia en el Título II, Capítulo: II Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, Venezuela: Título III, Capítulo: I, Costa Rica: Título XII, Capítulo: VI Malversación de Caudales Públicos, con este mismo subtítulo se encuentra Argentina, Honduras y Nicaragua, aunque estos tres últimos, en los Títulos: XI Capítulo. VII. Título. XIII Capítulo. VI y Título VIII, Capítulo. X respectivamente, Uruguay: Título: IV, Capítulo: I, España. Título: XIX, Capítulo: De la Malversación; Colombia. Título. VII, Capítulo: VI De las defraudaciones; Perú. Título XVIII, Capítulo: III Malversación.

Según a la objetividad jurídica, bien al que protegen tenemos en primer lugar a Colombia protegiendo Los delitos contra el Patrimonio Económico, Costa Rica y Bolivia, guardan relación al proteger los Delitos contra la Función Pública, la mayor coincidencia está en la Protección de los Delitos contra la Administración Pública, aquí tenemos nuestro país, a España, Uruguay, Argentina, Guatemala, Honduras y Venezuela, este último cambia la Administración Pública por Cosa Pública.

Con respecto al Sujeto Activo General, que puede ser cualquiera (El que), tenemos a Colombia, no guarda semejanza con ningún otro país, en el caso de Sujeto Activo Especial como específico Funcionario Público o Empleado Público, tenemos semejantes a nuestro país, Bolivia, España, Uruguay, Venezuela, Argentina, Guatemala, Honduras, y Nicaragua, todos estos países guardan relación con el sujeto pasivo al proteger al estado.

El aspecto objetivo con relación a la acción que realizan como verbo rector encontramos:

- “Se apropie” se recoge de igual manera en Bolivia, Uruguay, Honduras y nuestro país, en el caso de Perú tienen una segunda variante que es utilizar en cualquier.
- Malverse o dilapide, lo recoge Colombia.
- “Sustrajere” se recoge de igual manera en España, Venezuela, Argentina y Guatemala, en los casos España, Guatemala, Argentina tienen como otro aspecto, consintiere, los dos primeros y provecho propio en el último caso.
- Hace uso para sí o para otro, lo recoge Nicaragua.

En el caso del objeto de la acción tenemos semejantes. Con “Bienes”, Colombia, Bolivia, tiene además “Dinero” y Honduras, que tiene además “Caudales”. En el caso del “Dinero” son semejantes: Bolivia, Uruguay, Venezuela y Guatemala. Con “Caudales” son semejantes: Argentina, Honduras, Perú y Nicaragua y con “Valores” está Bolivia. Tienen además “Cosa Mueble” Uruguay y “Objeto Mueble” Venezuela.

2.1.4. Naturaleza jurídica de la malversación.

Su naturaleza “constituye una infracción del deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario para la administración. Pero, por otra parte, la malversación ostenta un carácter patrimonial evidente, al incidir sobre los fondos públicos, lesionando los intereses patrimoniales del Estado”³

³ Muñoz Conde, Francisco. Derecho penal, pág. 774.

Al respecto el tratadista “al referirse a la naturaleza del delito de malversación, indica que la pena que se impone por cometerla, es en sí por los actos que violan la fidelidad que los funcionarios deben observar en el manejo de los recursos que tienen a su cargo y reprime no sólo el perjuicio económico causado sino también y muy especialmente, el abuso, por parte del funcionario, de la confianza públicamente depositada en él”⁴

Tienen, pues, los delitos de malversación de recursos un doble aspecto, constituyen una infracción del deber de probidad de los funcionarios en el manejo de los fondos públicos que por razón de su cargo les están confiados y encierran además una lesión de los intereses patrimoniales del Estado.

2.1.5. Sujeto activo del delito de malversación.

Como ya se señaló supra, autor o sujeto activo del delito de malversación de fondos públicos, “es el funcionario (o empleado público, según nuestra legislación) que administra los recursos o efectos que se aplican indebidamente; ese carácter de administrador se da cuando el funcionario está facultado administrativamente para disponer de los bienes, o sea, para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas, lo cual no implica la exigencia de que los tenga materialmente”⁵

No es administrador quien solo tiene la facultad de imputar los bienes a un destino sin poder disponer de ellos (el cambio abusivo de la imputación a otro destino puede

⁴ Cuello Calón, Eugenio. Derecho penal, pág. 450.

⁵ Creus, Carlos. Derecho penal, págs. 294-295

entonces constituir un abuso de autoridad), ni los simples custodios de los bienes. Ello no impide que los funcionarios tengan cualquier facultad de decisión sobre los bienes -como es la de imputarlos-, pueden aparecer como partícipes del malversador, cuando la aplicación ilegal se realizó mediando su actividad culpable.

2.1.6. El bien jurídico protegido.

Este delito tutela la regularidad del cumplimiento de las actividades patrimoniales del Estado, sea con relación a sus bienes propios, sea con relación a bienes privados sobre los cuales aquel haya asumido una especial función de tutela, por la naturaleza de las instituciones a las que pertenece o por las especiales circunstancias en que se encuentra.

“El tipo no protege específicamente la propiedad de esos bienes (eso queda para los delitos contra la propiedad), sino la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido o creado; por eso, tiene en común su caracterización como manejo anormal de los bienes por parte de quienes funcionalmente están encargados de hacerles cumplir sus finalidades o preservarlos para ello”⁶

El profesor Chileno, “indica que el bien jurídico protegido, en este caso es la función administrativa, pero concretada al cuidado de los fondos públicos, que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario”⁷

⁶ Ibid, pág. 292.

⁷ Bustos Ramírez, Juan. Manual de derecho penal, págs. 377-378.

No es un delito patrimonial en primer término, aunque su efecto sea de carácter patrimonial, pues el patrimonio está en consideración de la función administrativa y tampoco es un delito socioeconómico, pues no se considera al funcionario socioeconómico del sistema. En razón del bien jurídico es que el sujeto activo sólo puede ser un funcionario público en los diferentes tipos legales que se comprende. En segundo lugar, el objeto material es siempre los recursos públicos, por los cuales hay que entender cualquier clase de bienes muebles con valor económico y que pertenezcan a la administración en amplio sentido.

El autor español “indica que los delitos de malversación afectan el patrimonio público. No puede decirse con ello que sean técnicamente delitos contra la propiedad cualificados. La gestión desleal de los recursos causa un perjuicio patrimonial cierto, como el dar a los recursos del Estado un destino diferente del que tenían asignado, que obliga a proveer con otros medios económicos no previstos a las necesidades que aquellos recursos habían de cubrir o dejar desatendidos los servicios públicos para los que habían sido presupuestados. Objeto de ataque son, por consiguiente, los intereses patrimoniales del Estado, la provincia, el municipio y en general de los entes públicos, tengan o no autonomía administrativa”⁸

2.1.7. Principio de intervención mínima (última ratio del derecho penal).

No se puede desconocer que el principio de intervención mínima está establecido en último término en el reconocimiento de una cierta pérdida de legitimación del

⁸ Rodríguez Devesa, Ob.Cit; pág. 1127.

Derecho Penal, que se originaría en la interacción entre la gravedad de las sanciones idóneas de imponerse a los ciudadanos a través de este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida.

En su virtud surgen dos sub-principios: el carácter fragmentario y el de subsidiariedad.

2.1.7.1. El Carácter Fragmentario

“El Derecho Penal, permite utilizar a éste exclusivamente para la salvaguarda de los presupuestos equivocadamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social, y aun entonces sólo frente a los ataques más intolerables a tales presupuestos imprescindibles”⁹

2.1.7.2. El de Subsidiariedad

Que entiende el Derecho Penal como el último recurso frente a la desorganización social, una vez que el Estado ha agotado todas las posibilidades que le ofrecían, tanto las medidas de política social en general como otros subsistemas de control social no jurídicos o jurídicos no penales.

Sin embargo, el principio de intervención mínima precisa de una renovación y profundización conceptuales. Por un lado resulta profundamente cuestionado de

⁹ Diez, 2010: 10-11.

modo implícito a partir de la potenciación que está produciendo de la utilización simbólica del derecho penal. Por otra parte, se suele basar en la infundada creencia de que cuando los demás subsistemas de control social no funcionan, o lo hacen insuficientemente, es precisamente cuando funciona el subsistema penal de control: en realidad, la subsidiariedad del derecho penal opera estrictamente en un sólo sentido, esto es, debe renunciarse a la utilización de este sector jurídico si el problema se puede solucionar al margen de él, pero el mero fracaso de cualesquiera otros mecanismos sociales, de control o no, no legitima sin más el acudir al control social penal.

2.1.8. Principio de proporcionalidad de las penas.

“El principio de proporcionalidad de las penas. Una exigencia constitucional, derivada protegido en el delito y el jurídico que se va a privar al autor de un ilícito penal, forma de sanción o pena. Sin duda, un criterio de proporcionalidad exige que se tenga como criterio el valor del bien jurídico protegido, así como las necesidades de eficacia penal”¹⁰.

El valor del bien jurídico protegido, da el máximo de pena que es permisible imponer, luego de realizar un juicio de ponderación entre los intereses en juego. De ahí que no sea lícito, por ejemplo, sancionar el hurto con la pena de muerte, puesto que el bien jurídico propiedad tiene un valor o una ponderación muy inferior al bien jurídico vida. La cuestión, por supuesto, es más compleja frente a otros bienes jurídicos, pero,

¹⁰ *Ibidem*: 538-539.

en todo caso, el juicio de ponderación determina que nunca un bien jurídico tutelado puede ser protegido a través de la privación de un bien jurídico de mayor entidad o jerarquía del autor.

Las necesidades de la eficacia penal, por otra parte, nunca pueden servir para agravar el tipo de pena, pero sí para disminuirla. En la medida en que una pena, por ejemplo, de cinco años, posea el suficiente poder disuasivo para reducir sustancialmente el número de homicidios, podemos llegar a la conclusión que esta podría ser la pena adecuada del delito. Toda pena que sobrepasara las necesidades de la eficacia penal, sería excesiva, y por lo tanto, vejatoria y violatoria al artículo 5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que prohíbe las penas crueles, inhumanas y degradantes.

En conclusión, de conformidad con el principio de proporcionalidad una ley que restrinja derechos fundamentales debe ser adecuada para lograr la finalidad pretendida; esta finalidad únicamente puede ser la protección de un bien jurídico. Además debe ser necesaria, en el sentido en que el legislador no debe tener otro medio igualmente efectivo para lograr la meta fijada.

Sobre este punto el Tribunal Constitucional Alemán, ha señalado que “en el área de imposición de penas por parte del Estado, del principio de culpabilidad -basado en el artículo 1 de la Ley del Estado de Derecho y de las garantías de libertad se deduce que la gravedad de un hecho punible y la culpabilidad del autor deben estar en proporción justa en cuanto a la pena. Una amenaza de pena no debe ser desmesurada en relación con el tipo y gravedad de la conducta que se desea castigar.

La situación de hecho y las consecuencias jurídicas deben adecuarse objetivamente. (A esto se le denomina también principio de prohibición de exceso)”. El Tribunal Constitucional Alemán afirma que “tomando en cuenta la prohibición de exceso, este examen puede tener por consecuencia que un medio de tutela de un bien jurídico que de por sí sería inadecuado y necesario, no pueda ser utilizado, porque el menoscabo que su aplicación representaría en las garantías individuales de la persona afectada claramente superan la ventaja que su aplicación representaría para la tutela de un bien jurídico, lo que convierte la aplicación de la medida tutelar en desmesurada. Con el objeto de determinar si existe una violación de la proporcionalidad -lo que le denomina principio de exceso-, se debe realizar un examen para establecer si el medio de tutela de un bien jurídico es adecuado y necesario o por el contrario representaría una violación a garantías individuales por ser desmesurada por una tutela adecuada del bien jurídico. Y afirma que en todos aquellos casos en los delitos de insignificancia o de escasa significación legal la pena puede llegar a ser desmesurada.

Existen sentencias basadas en similares principios dictadas por la Corte Suprema de Canadá y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ellas se hace énfasis que una restricción a un derecho fundamental (pena) es contraria al principio de proporcionalidad cuando no sea idónea o necesaria, entendiendo por necesaria el carácter de subsidiariedad y última ratio del derecho penal.

2.2. Antecedentes

El tipo penal de “malversación de fondos”¹¹ siempre ha sido polémico. A diferencia del “peculado”¹², aquí no se da un “destino privado” a los bienes públicos, sino un destino “público”, aunque distinto a aquél que estaba previsto.

En contra de una corriente doctrinaria que exige la despenalización de esta figura para dejarla en el campo meramente administrativo, debe tenerse en cuenta que, en la práctica, algunos casos de desvío de destino pueden ser tan graves como los de aplicación privada (peculado). Y es que todo depende de la finalidad para la cual estaban destinados los bienes públicos; no es lo mismo que en vez de construir una escuela, un hospital o atender una emergencia pública (sismo, desastres naturales, epidemias, etc.), se apliquen los fondos para la construcción de un parque público o para mejorar el ornato público.

Pero, muchos casos que son vistos calificados como malversación por su naturaleza, pueden ocultar verdaderas buenas intenciones en favor de la comunidad. Y es que el “patrimonio” de la administración pública no es igual al de los particulares, pues, además de su contenido económico, reúne otros elementos específicos, tal como ha definido Tiedemann “el concepto contiene su orientación hacia un destino planificado y la utilización planificada de los medios. Por eso aquí también existen un bien jurídico y un “objeto concreto” que el Derecho penal debe seguir protegiendo: la “correcta aplicación de los fondos públicos” que puede formularse

¹¹ Art. 389 C. P.

¹² Art. 387 C. P.

también como el principio de “legalidad presupuestal” (disciplina y racionalidad funcional en el servicio)”.

El tipo penal de malversación de fondos, se ha intentado precisar un poco más introduciendo en 1999 los elementos típicos adicionales de “aplicación definitiva” y “afectación del servicio o de la función encomendada”.

En la doctrina, podríamos fundamentar la despenalización de la malversación de fondos en el caso de fines sociales por el Principio de intervención mínima (última ratio del derecho penal) y subsidiariedad, así como el Principio de proporcionalidad de las penas podría ayudarnos con lo relacionado con la magnitud de la sanción.

2.3. Marco Conceptual

2.3.1. Culpabilidad.

El dolo en este caso, requiere el conocimiento del destino de los bienes y la voluntad de disponer de ellos para un destino distinto. Tanto puede ser directo como eventual. El error iuris, por ejemplo, sobre el verdadero destino legal de los bienes, puede alcanzar relevancia exculpatoria.

2.3.2. Circunstancia agravante.

El daño es cualquier efecto perjudicial para el servicio, sea de carácter económico, sea en orden a su prestación, aunque no implique una lesión patrimonial; entorpecimiento es cualquier inconveniente en la prestación del servicio según los programas establecidos o sus posibilidades normales.

Tales resultados deben reconocer su origen en la indebida aplicación de los recursos o efectos; no basta que la mala aplicación haya contribuido a su producción, si es que ella reconoce una fuente causal preponderantemente distinta. Además, tienen que referirse al servicio al cual reglamentariamente estaban afectados; por eso, no desaparece la agravante por el hecho de que el desvío haya producido beneficios en otras esferas de servicios administrativos: no es la lesión patrimonial a la administración lo que aquí se pune específicamente, sino la inobservancia de la ley en orden al uso de los bienes.

Sujeto activo: “es el funcionario público que por razón de sus funciones tiene a su cargo recursos o efectos públicos”¹³. Situación que es compartida por Juan Bustos Ramírez y Eugenio Cuello Calón. Es de hacer resaltar que este es un elemento esencial del delito. El carácter de sujeto de este delito no lo da sólo el hecho de ser funcionario público, sino la relación del funcionario con el objeto material del delito: los recursos públicos. Por caudal o efecto se entiende cualquier objeto o cosa mueble, dinero, efectos negociables, etc., que tengan un valor económico apreciable. El carácter público se determina por la pertenencia de los bienes a la administración pública; pudiendo decirse que tal pertenencia comienza desde el momento en que existe un derecho expectante de la administración a la entrega de los recursos, aunque aún no hayan ingresado formalmente en las arcas de la entidad. Basta tan solo con la percepción por parte del funcionario de los recursos destinados a la administración para que estos adquieran ya la categoría de públicos.

¹³ Cuello Calón, Ob.Cit; pág. 451.

3. Sistema de Hipótesis

3.1. Hipótesis General

- La despenalización del delito de malversación de fondos por fines sociales y asistenciales se relaciona significativamente con las políticas de protección penal que proporcionan los delitos contra la Administración Pública hacia el ejercicio correcto del funcionario público en la ley penal peruana.

3.2. Hipótesis Específicas

- La normativa legal penal vigente para el delito de malversación de fondos en la legislación peruana, requiere una perspectiva jurídica que involucre la realidad social en la que vivimos, con el fin de crear una legislación que persiga el bienestar social.
- Existen bases doctrinarias que pueden ser utilizadas para la despenalización del delito de malversación de fondos en la legislación peruana que podrían hacerse efectivas en cuanto a su aplicación, tramitación y carácter social.

4. Metodología

4.1. Tipo y nivel de la investigación

No experimental - correlacional

4.2. Diseño de la investigación

El presente trabajo es básicamente un ejercicio de interpretación de la ley para buscar solución a un problema que se da en una realidad concreta, aplicable a nivel nacional, para lo cual utilizaremos como enfoque metodológico un método sociológico que implica concebir al Derecho, como un fenómeno cultural, es decir, como un proceso que se desarrolla en el espacio y en el tiempo; como pensamiento y conducta del hombre para la regulación de la vida social, en constante mutación a consecuencia de factores exógenos y endógenos.

4.3. Universo o población y muestra

4.3.1. Población

Normativa legal vigente sobre malversación de fondos.

4.3.2. Muestra

Casos resueltos en el periodo 2013-2014 sobre el delito de malversación de fondos en relación con las políticas de protección penal en satisfacción de los intereses de la ciudadanía con sujeción a la Constitución y a la Ley vigente, para sentar las bases para un proyecto de Ley.

4.4. Definición y operacionalización de la variable y los indicadores

4.4.1. Variables

Las variables de estudio son:

Variable independiente:

- Y = Despenalización del delito de malversación de fondos.

Variable Dependiente:

- X = Políticas de protección penal.

4.4.2. Indicadores

Los indicadores son:

- Delitos contra la Administración Pública
- Lealtad de los funcionarios con la Administración Pública
- Ejercicio regular de la función pública,
- Funcionamiento correcto de la Administración Pública.
- Bien jurídico protegido en beneficio de la Administración Pública.
- Bien jurídico protegido en beneficio de los ciudadanos
- Satisfacción de los intereses de la ciudadanía con sujeción a la Constitución y a la Ley.

4.5. Técnicas e instrumentos y matriz de evaluación

Se utilizarán las técnicas de observación e interpretación objetiva, para la recolección de datos. Internet facilitó la investigación de fuentes, pues se consultó una extensa lista de páginas que versan sobre el tema, entre otros aspectos.

4.6. Plan de análisis

Se evaluarán las leyes vigentes frente a la realidad nacional con el propósito de medir el grado de incidencia entre las variables que se manipulan en el problema, de tal manera que sí se relacionan la variable independiente y la variable dependiente, con el fin de evaluar las variaciones de comportamiento, con la determinación de las causas, efectos y conceptualizando con la teoría disponible con el fin de elaborar un proyecto de ley que contribuya a la despenalización de la figura de malversación de fondos en el caso de perseguir fines sociales.

4.7. Matriz de Consistencia

TITULO: LA DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS POR FINES SOCIALES Y ASISTENCIALES.

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	OPERACIONALIZACION DE VARIABLES	
GENERAL			VARIABLES	DIMENSIONES
¿Cuál es la relación existente entre la despenalización del delito de malversación de fondos por fines sociales y las políticas de protección penal que proporcionan los delitos contra la Administración Pública hacia el ejercicio correcto del funcionario público en la ley penal peruana durante el periodo 2013-2014?	Determinar la relación existente entre la despenalización del delito de malversación de fondos por fines sociales y asistenciales y las políticas de protección penal que proporcionan los delitos contra la Administración Pública hacia el ejercicio correcto del funcionario público en la ley penal peruana durante el periodo 2013-2014.	La despenalización del delito de malversación de fondos por fines sociales se relaciona significativamente con las políticas de protección penal que proporcionan los delitos contra la Administración Pública hacia el ejercicio correcto del funcionario público en la ley penal peruana durante el periodo 2013-2014	Despenalización del delito de malversación de fondos	Delitos contra la Administración Pública Lealtad de los funcionarios con la Administración Pública Ejercicio regular de la función pública, Funcionamiento correcto de la Administración Pública.
ESPECIFICOS			Políticas de protección penal	Bien jurídico protegido en beneficio de la Administración Pública. Bien jurídico protegido en beneficio de los ciudadanos
¿Identificar cuál es la normativa legal penal vigente para el delito de malversación de fondos en la legislación peruana aplicable en el 2013-2014?	Analizar la normativa legal penal vigente para para el delito de malversación de fondos en la legislación peruana aplicable en el 2014	La normativa legal penal vigente para el delito de malversación de fondos en la legislación peruana, requiere una perspectiva jurídica que involucre la realidad social en la que vivimos, con el fin de crear una legislación que persiga el bienestar social.		
¿Cuáles son las bases doctrinarias para la despenalización del delito de malversación de fondos que rigen la normativa penal en la legislación peruana en el periodo 2013-2014?	Reconocer si las bases doctrinarias para la despenalización del delito de malversación de fondos en la legislación peruana contribuyen a la tramitarla y brindarle carácter social en casos del periodo 2013-2014	Existen bases doctrinarias que pueden ser utilizadas para la despenalización del delito de malversación de fondos en la legislación peruana que podrían hacerse efectivas en cuanto a su aplicación, tramitación y carácter social en casos del periodo 2013-2014.		Satisfacción de los intereses de la ciudadanía con sujeción a la Constitución y a la Ley.

5. Resultados

5.1. Políticas de protección penal

Este delito ha sido tipificado por el Código Penal peruano, mediante el artículo 389, con el texto siguiente:

“Artículo 389.- El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres años ni mayor de ocho años”.

Gracias a la cláusula abierta que nos provee la constitución, podemos recurrir a los tratados y pactos que han sido firmados por nuestro país y asimilarlos a nuestra legislación por lo que citaremos también a la Convención Interamericana Contra La Corrupción, que en su artículo XI, 1.d., se refiere al delito de malversación de fondos, en los siguientes términos:

“La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los

hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa”.

5.2. El Sujeto Activo

La Convención Interamericana Contra La Corrupción precisa que el sujeto activo del delito de malversación de fondos es el "funcionario público". A su vez, el Código Penal peruano establece que el sujeto activo de este delito es el "funcionario público o servidor público".

5.3. La acción típica

La acción requerida por el XI, 1.d., de la Convención Interamericana Contra La Corrupción, en referencia a los bienes pertenecientes al Estado o a un particular, que se hubieran percibido por el sujeto activo es precisada como *"la desviación ajena a su objeto"*. Por su parte el artículo 389 del Código Penal peruano establece que la acción típica consiste en *dar al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada.*

La fórmula nacional da contenido a la frase "desviación ajena a su objeto" de la Convención, integrando con mayor precisión la acción típica, por lo que es conveniente mantenerla.

5.4. El objeto de la acción

El artículo de la Convención Interamericana Contra La Corrupción, incluye como objeto de la acción, no sólo los bienes del Estado y organismos descentralizados, sino también los de particulares que hubieren sido confiados a un funcionario, en razón de su cargo, ya sea para administración, depósito u otra causa.

Al respecto, el artículo 389° del Código Penal peruano al referirse el objeto de este delito sólo se refiere "al dinero o bienes" que administra el funcionario público, sin limitar su alcance a los que son de propiedad del Estado. Consecuentemente el sentido literal permite incluir en la protección a los bienes de particulares encomendados a la administración pública.

Esta interpretación es confirmada por el artículo 425° del mismo cuerpo legal, que establece:

“Se consideran funcionarios o servidores públicos:

Inciso 4°.- Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares”.

En consecuencia, dada la claridad de nuestra legislación penal en este aspecto, no resulta necesaria su adaptación a lo establecido por la Convención Interamericana Contra La Corrupción.

5.5. Lealtad de los funcionarios con la Administración Pública

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

Lo que aquí se equipara son los bienes, en razón del interés de que sean objeto de mayor protección por su pertenencia y destino o por la situación en que se encuentran, y en relación con ello, la función asignada a su autor.

La disposición se refiere a los administrados y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente. Cualquier otro administrador o depositario queda sometidos a las disposiciones del título de los delitos contra la propiedad. Requisito indispensable para que pueda cometerse es que tanto el acto del embargo, secuestro o depósito, como la designación de administrador o depositario tenga plena validez. No se requiere condición particular alguna en el autor, que puede ser el propio dueño.

El delito tendrá como requisito en los casos de los administradores o depositarios el previo conocimiento consentimiento del interesado.

Los tipos de malversación, limitan la condición del posible sujeto pasivo a los funcionarios que por la naturaleza de su cargo están legalmente facultados para administrar, percibir o custodiar bienes públicos.

Se trata de funcionario que tiene competencia para encargarse de los fondos del estado, a quien corresponde legalmente el manejo, percepción, administración o custodia de bienes.

5.6. Ejercicio regular de la función pública

Según el punto de vista de la tesis del riesgo, fondos públicos son los de la administración pública nacional, en cuanto no están afectados a compañías de tipo comercial. Cuando el estado emplea sus fondos en actividades de tipo financiero, asume las responsabilidades propias de ellas, y sería absurdo que dispusiera, al mismo tiempo, de las ventajas de la libre empresa y las garantías de los actos de autoridad. La malversación supone una capa protectora mayor para los bienes de la administración pública, que no parece justo mantener cuando se ha dado a los fondos el destino señalado.

5.6.1. Acción punible

La acción consiste en dar una aplicación diferente de aquella a que están destinados los caudales o efectos que administra el funcionario público. En este se agrega un resultado: daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados los fondos. Se trata de un cambio de destino que los fondos tienen fijados, sin lucro ni fin de lucro para el autor o para un tercero. El destino que se da a los fondos debe ser público.

En el supuesto de que el hecho queda consumado con el empleo o inversión de los fondos. Es un delito de peligro. La modalidad agravada se perfecciona al causarse daño o entorpecimiento del servicio al que los fondos estuvieren destinados.

El daño a que la ley se refiere no es preciso que sea de apreciación económica: es suficiente pensar que esta equiparado a él el entorpecimiento del servicio.

Presupuesto de esta malversación es que los fondos tengan asignado destino. El destino puede, pues, ser establecido por ley, decreto, ordenanza o resolución de autoridad competente.

No existiendo imputación específica, la preferencia queda librada a la apreciación del funcionario y falta el presupuesto para la malversación.

El hecho es doloso. El dolo debe abarcar el conocimiento de que los bienes tienen asignada una imputación concreta

6. Discusión de los Resultados

Teniendo en cuenta cada una de las situaciones analizadas vemos como estos postulados y motivos, ya no responden a las exigencias actuales de un derecho penal moderno y garantista, que es fundamental para establecer bases sólidas de un Estado Democrático de Derecho, en donde predomine el respeto a los derechos y garantías de los seres humanos, claramente regulados en instrumentos internacionales de derechos humanos y nuestra Carta Magna y que el derecho penal como azote del Estado, sea la última alternativa para solucionar conflictos sociales.

La aplicación del derecho penal, lejos de resolver el conflicto que genera la malversación, más bien, somete a juzgamiento a las personas, estas son llevadas por diversas situaciones que violan sus garantías individuales, pues como ya quedó apuntado se violan los principios de presunción de inocencia, de defensa, además del estigma social que deben soportar toda la vida. Y no logra resolver el conflicto, porque la administración pública a nivel por ejemplo de gobierno local, (que es donde usualmente suele darse la figura de este delito), por la iliquidez financiera a que son sometidos, las más de las veces por depender exclusivamente de estos aportes y no buscar métodos de captación de recursos que las hagan autofinanciables, constantemente cometen este delito. El Estado mismo, conforme el *ius puniendi*, quien los somete a persecución penal y en consecuencia a una sanción penal; en este caso, bien se puede alegar un estado de necesidad, como eximente de responsabilidad penal.

Cabe resaltar que si bien es cierto el delito de malversación, se comete con el simple hecho de darle distinto uso a los fondos que tienen un fin específico, determinado y debidamente programado analíticamente en el presupuesto, también lo es que con esta

situación, el funcionario no se está apropiando de los fondos, y como consecuencia enriqueciéndose en forma ilícita, sino simple y sencillamente se da una mala aplicación y ejecución presupuestaria.

Otro aspecto que considero importante analizar, es el impedimento legal para optar al ejercicio de cargos públicos, cuando las personas son encontradas culpables de malversar fondos públicos.

La Malversación no es un delito de impacto social, no persuade al funcionario, no resuelve conflicto. Propongo concretamente que se legisle sancionando con penas pecuniarias más elevadas, ya no en el ámbito penal, sino en el campo administrativo.

Propuesta despenalizadora y desjudicializadora que comparto y propongo a través de este trabajo. Con ella no pretendo que el funcionario o empleado público, que comete un hecho de esta naturaleza quede impune, al contrario, lo que se pretende es lograr que la respuesta a la infracción o al conflicto generado, no sea de naturaleza penal, sino de índole y naturaleza administrativa, dejando que sea el derecho administrativo el que a través de sus diversos procedimientos, en fiel cumplimiento de los principios de última ratio del derecho penal y de proporcionalidad de las penas, le imponga una sanción, siempre de carácter pecuniario.

6.1. Ventajas que implicaría la propuesta.

Con ello se lograría:

a) Excluir del sistema penal una figura delictiva que como ya se dijo, no es de impacto social y de relevancia jurídica y que ya no cumple su función de prevención especial y

b) evitar que el funcionario en forma antojadiza incurra en la malversación de fondos, a pesar de no existir un correctivo penal, sabrá que al cometer esta acción incurriría en un abuso de poder. En tal virtud, se debe legislar a favor de la malversación de fondos públicos, pero ya no como delito penal, debe excluirse del recetario de delitos, se debe legislar como infracción administrativa, que será sometida a procedimiento de sanción, por el órgano competente, en este caso recomendándose que sea la Administración Pública, para que sea ella la que tramite la imposición de la multa, y además porque es esta institución precisamente, la que determina en efecto cuando, se ha incurrido en Malversación de Fondos Públicos.

7. Conclusiones

- La despenalización del delito de malversación de fondos por fines sociales y asistenciales se relaciona significativamente con las políticas de protección penal que proporcionan los delitos contra la Administración Pública hacia el ejercicio correcto del funcionario público, delegando a la misma administración pública la potestad de ejercer su autonomía sancionadora, no solo despenalizando sino también desjudicializando el delito para convertirlo en parte de un accionar que podría ser sancionado a nivel administrativo.
- La normativa legal penal vigente para el delito de malversación de fondos en la legislación peruana, requiere una perspectiva jurídica que involucre la realidad social en la que vivimos, con el fin de crear una legislación que persiga el bienestar social. La persecución penal, a la que se ve sometido el funcionario público, por cometer el Delito de Malversación de Fondos Públicos, es una situación degradante, toda vez que en primer orden es una pena anticipada y viola el principio de presunción de inocencia de toda persona humana, regulado en la Constitución Política.
- El delito de Malversación de Fondos Públicos se consuma desde el momento en que los fondos con destino específico, son destinados a satisfacer otras necesidades. Existen bases doctrinarias que pueden ser utilizadas para la despenalización del delito de malversación de fondos en la legislación peruana que podrían hacerse efectivas en cuanto a su aplicación, tramitación y carácter social.

8. Recomendaciones

- La propuesta concreta y objeto de estudio del presente trabajo, es el de lograr despenalizar y posteriormente desjudicializar el delito de Malversación de Fondos Públicos, o sea la despenalización del mismo, excluirlo del catálogo de delitos del Código Penal y que éste quede regulado en una normativa administrativa, para que sea el Derecho Administrativo, el que, a través de sus diversos procedimientos, se encargue de imponer la sanción correspondiente, o sea una multa administrativa. Por lo que deberá hacerse llegar la propuesta concreta al Congreso de la República, para que en uso de su poder legislativo, emita la reforma correspondiente al Código Penal, respecto al delito de Malversación de Fondos Públicos y además, emita la disposición legal y el procedimiento por el cual se sancionará el mismo, a través de una multa de carácter pecuniario y que sea la misma administración pública, la Institución que imponga la misma.
- Como solución, se propone que una vez la utilización de fondos, con una finalidad distinta, no cause perjuicio a los intereses municipales, locales, regionales o a los servicios esenciales de la población, que la irregularidad cometida se pueda, regularizar, mediante las transferencias de fondos correspondientes, por el denominado reintegro. En consecuencia, tomando en cuenta que los fondos no se los apropia la persona, al darse tal situación, que el Órgano Fiscalizador imponga la multa correspondiente, respetando el debido proceso y ya no presente denuncia penal por tal hecho.

9. Referencias bibliográfica

- **Abanto Vásquez, Manuel** (2003) *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Peruano*, Palestra Editores. 2º Edición. Lima.
- **Bacigalupo Enrique.** (2004) *Derecho Penal - Parte General*. Ara Editores. Lima,
- **Bernal Pinzón, Jesús** (1965) *Delitos contra la Administración Pública y asociación para delinquir*". Temis.
- **Bramont-Arias Torres, Luis Miguel.** (2000) *Manual de Derecho Penal – Parte General*", Editorial Santa Rosa, Lima.
- **Bustos Ramírez, Juan,** (1961) *Manual de Derecho penal. Parte Especial*", Ariel, Barcelona.
- **Caro John, José Antonio.** (2003) *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- **Castro Moreno, Abraham y María Pilar Otero Gonzáles.** (2004) *Estudio comparativo de los delitos de malversación y peculado en los códigos penales español y peruano*", Editora Norma, Trujillo.
- **Cuello Calon, Eugenio.** (1975) *Derecho penal. Parte Especial*. Decima cuarta edición. Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona.
- **Creus, Carlos.** (1995) *Derecho penal. Parte Especial*. 1t.; 5a. ed.; actualizada. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L. Buenos Aires.
- **Diez Ripollés, José Luis.** *Manual de Derecho Penal* 2010.

- **Ferreira Delgado, Francisco**, (1995) *Delitos contra la administración pública*, Temis, Bogotá.
- **Fontan Balestra, Carlos**. (1978) *Tratado de Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo VII, Quinta Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- **Ganzemüller/Escudero/Frigola** (Coordinadores) (1998) *Delitos contra la Administración Pública*, Bosch, Barcelona.
- **García Caverro, Percy**. (2008) *Lecciones de Derecho Penal - Parte General*”, Editorial Grijley, Lima.
- **Hurtado Pozo, José y Víctor Prado Saldarriaga**. (2011) *Manual de Derecho Penal – Parte general*, Tomo II. Cuarta Edición. Idemsa. Lima.
- **Hurtado Pozo, José**. (2005) *Manual de Derecho Penal - Parte General I*, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima.
- **Manzini, Vincenzo**, (1961) *Tratado de Derecho Penal*”, Tomo 8, Ediar, Buenos Aires.
- **Muñoz Conde, Francisco**. (1991) *Derecho penal. Parte Especial*. 8a. ed. Valencia.
- **Rodríguez, José María Devesa**. (1983) *Derecho penal español. Parte Especial*. 9ª. ed.; Ed. Artes Gráficas Carasa, Madrid.
- **Roca Agapito, Luis**. (1999) *El Delito de Malversación de Recursos Públicos*, Bosh, Barcelona.
- **Rojas Vargas, Fidel**. (2007) *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta Edición. Editorial Grijley, Lima.

- **Rojas Vargas, Fidel.** (1997) *Actos preparatorios, tentativa y constitución del delito*, Grijley, Lima.
- **Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier.** (2002) *Delito de infracción de deber y participación delictiva*”, Tirant to Blanch, Madrid.
- **Villavicencio Terreros, Felipe.** (2006) *Derecho Penal - Parte General*, Editora Jurídica Grijley, Lima.

ARTÍCULOS

- **Abanto Vásquez, Manuel.** (2004, Julio) Autoría y Participación y la Teoría de los delitos de infracción de deber. *Revista Penal* N° 14.
- **Donna, Edgar Alberto.** (2002) El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú. *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 11. Idemsa. Lima.
- **Pariona Arana, Raúl.** (2011, Enero) La Teoría de los Delitos de Infracción de Deber. Fundamentos y Consecuencias. *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 19.

ANEXO – ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE – CASO JUNIN



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 4009- 2011
JUNÍN

Lima, veintitrés de enero de dos mil trece.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el PROCURADOR PÚBLICO DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHILCA contra la sentencia de fojas mil novecientos treinta y seis, del dieciocho de octubre de dos mil once, que absolvió a **1.** Manuel Barrionuevo Cahuana -ex Alcalde-, **2.** Agustín Leoncio Núñez Torres, **3.** Jhonny Gregorio Bonifacio Oroya, **4.** Freddy Alberto Durán Tovar, **5.** Ramón Guillermo Matos Guerrero, **6.** Víctor Ángeles Cárdenas -ex Regidores-, **7.** Jaime Robert Luis Almerco -ex Director de Administración-, **8.** Adolfo Andrés Recuay Meza -ex Jefe de la Unidad de Contabilidad- y **9.** Raúl Jesús Valencia Mendoza -ex Director de la Oficina de Planificación y Presupuesto- de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de malversación de fondos en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Chilca.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que el Procurador Público Municipal en su recurso formalizado de fojas mil novecientos sesenta y ocho alega que la apreciación probatoria de la Sala sentenciadora es incorrecta. Los encausados -insiste- destinaron doscientos setenta mil nuevos soles provenientes del canon minero para gastos corrientes de la Municipalidad Distrital de Chilca, entre sueldos y dietas. A estos efectos los imputados vulneraron disposiciones legales que prohíben que los fondos del canon minero sean usados para fines distintos a gastos de inversión. No se ha tomado en cuenta el actuar doloso de los encausados, ni la prueba pericial que acredita que dio destino definitivo distinto al dinero del canon minero.

SEGUNDO. Que, según la acusación fiscal de fojas mil doscientos veintiocho, integrada a fojas mil quinientos sesenta y uno y aclarada a fojas mil seiscientos cinco, los miembros -en mayoría- del Consejo Municipal -Núñez Torres, Bonifacio Oroya, Durán Tovar, Matos Guerrero y Ángeles Cárdenas-, a propuesta de los Directores de Administración y de Planificación y Presupuesto, encausados Luis Almerco y Valencia Mendoza, en sesión extraordinaria de Consejo convocada por el Alcalde, encausado Barrionuevo Cahuana, de fecha veintisiete de diciembre de dos mil dos, aprobaron ilegalmente un préstamo interno inicial de doscientos mil nuevos soles, ampliado adicionalmente el veintiocho de diciembre a doscientos sesenta mil nuevos soles, que se tomó de la partida del canon minero para solventar de forma definitiva gastos corrientes de la institución: pago de remuneraciones al personal activo, de pensiones al personal cesante, de beneficios sociales y dietas para los regidores desde octubre



a diciembre de dos mil dos, con lo que se infringió la Ley Orgánica de Municipalidades N° 23853, la Ley del Canon N° 27506, y el Decreto Supremo N° 88-95-EF, de Participación del Canon Minero para los Gobiernos Regionales y Locales. Este "préstamo interno" fue tramitado por autorización del Administrador Luis Almerco y del Jefe de la Unidad de Contabilidad Recuay Meza, en coordinación con el Alcalde Barrionuevo Cahuana. Además, estaba condicionado a ser devuelto hasta el mes de marzo de dos mil tres, pese a que no era segura la devolución del dinero por el cambio de administración municipal en atención a la culminación del mandato del Alcalde y sus Regidores.

TERCERO. Que el trámite irregular del 'préstamo interno'; la realización de una sesión extraordinaria del Consejo Municipal; la aprobación por mayoría del mismo, sobre la base del Informe la Oficina de Administración y de un pedido de esta última para que se evalúe en sesión del Consejo Municipal el 'préstamo interno' del Programa de Inversiones para el pago de remuneraciones y dietas; la incorporación irregular en el acta de un monto, no de doscientos mil nuevos soles sino de doscientos sesenta mil nuevos soles, fluye del Informe Especial número uno guión dos mil tres guión OAL diagonal MDCH, del cinco de mayo de dos mil tres corriente a fojas cuatro. De las cartas de fojas cuarenta y cinco y cuarenta y nueve se advierte que se extrajo de la cuenta del fondo del canon minero la suma de doscientos sesenta y siete mil nuevos soles, pese a que en el peor de los casos, el préstamo interno fue por doscientos sesenta mil nuevos soles.

Las pericias contables, con algunas diferencias relativas, dan cuenta de la ilegalidad del préstamo y de la infracción de la legislación sobre canon -artículo 6° de la Ley de Canon y del Decreto Supremo que regula la Participación de los Gobiernos Regionales y Locales en la Distribución del Canon Minero-, así como que no se devolvió la suma transferida [fojas doscientos dieciséis, novecientos uno y mil ochocientos veintiséis, ratificados en el acto oral].

El Informe número tres guión dos mil seis guión GPP diagonal MDCH, de fojas mil ciento treinta y tres acredita que en el dos mil dos la Municipalidad agraviada tenía deudas por pagar por el Programa de Inversiones por las fuentes de financiamiento del canon, sobrecanon y fondos de compensación municipal. Ese año también se comprometió la adquisición de maquinarias, lo que no se cumplió porque no se ejecutó ningún gasto y, por el contrario, se transfirió fondos.

Lo expuesto prueba la realidad de (i) una sesión irregular con incorporación de montos luego de la sesión del veintisiete de diciembre de dos mil dos; (ii) la realización de un 'préstamo interno' prohibido por la ley al tomar recursos del canon minero; (iii) la aplicación de esos fondos fue definitiva: se pagaron remuneraciones, pensiones, beneficios sociales y dietas, y además el préstamo



51

nunca se pagó, amén de que parte de lo requerido no se destinó siquiera a esos rubros -se transfirió doscientos sesenta y siete mil nuevos soles, y sólo consta un pago de doscientos dos mil ochocientos dos nuevos soles con catorce céntimos, que incluyó cantidades en exceso para determinados funcionarios-; y, (iv) el entorpecimiento del funcionamiento de la Municipalidad, pues no se ejecutaron los compromisos programados para inversiones y se pagaron deudas que debían pagarse por las fuentes de financiamiento del canon.

CUARTO. Que la patente ilegalidad de utilizar los recursos del canon minero para gastos corrientes hace que todo alegato respecto a la existencia de informes de órganos técnicos o administrativos acerca de la procedencia de un préstamo 'temporal' -con cargo a pagarlo en pocos meses- resulte inaceptable. La intervención dolosa -con conocimiento de los elementos típicos- de los imputados, más allá de sus pretendidas explicaciones, carecen de asidero. El tipo legal de malversación está pues definitivamente acreditado.

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

La simple alegación de falencia de liquidez de la Municipalidad no es suficiente. Debe comprobarse con medios de prueba idóneos. Es importante exponer que probados por la parte acusadora los hechos constitutivos del tipo legal -como lo están en el *sublite*- corresponde a la parte acusada probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de responsabilidad.

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

La prueba de descargo exigida -con entidad para desestimar la prueba de cargo- no aparece consolidada en autos y, por lo demás, el Informe de fojas mil ciento treinta y tres parece sugerir lo contrario a lo exigido por el tipo de permisión en cuestión: artículo 20°, inciso 4, del Código Penal.

De otro lado, una cosa son las remuneraciones y pensiones, necesarias para el mantenimiento del trabajador y del jubilado; y, otra, son los beneficios sociales



y, más aún, las dietas para los regidores, que no importan una situación de necesidad -vista la particular situación de aquéllos- digna de valoración positiva para afectar el bien jurídico que tutela el delito de malversación. La diferenciación se impone y, por ello, en esos dos extremos no puede alegarse con tanta flexibilidad una situación de amenaza del peligro actual o inminente y la consiguiente necesidad de la acción de salvaguarda. Siendo así, el recurso acusatorio debe ser estimado y así se declara. Es de aplicación el artículo 301° *in fine*, del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN

Por estos fundamentos; con lo expuesto por el señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal: declararon NULA la sentencia de fojas mil novecientos treinta y seis, del dieciocho de octubre de dos mil once, que absolvió a 1. MANUEL BARRIONUEVO CAHUANA -ex Alcalde-, 2. AGUSTÍN LEONCIO NÚÑEZ TORRES, 3. JHONNY GREGORIO BONIFACIO OROYA, 4. FREDDY ALBERTO DURÁN TOVAR, 5. RAMÓN GUILLERMO MATOS GUERRERO, 6. VÍCTOR ÁNGELES CÁRDENAS -ex Regidores-, 7. JAIME ROBERT LUIS ALMERCÓ -ex Director de Administración-, 8. ADOLFO ANDRÉS RECUAY MEZA -ex Jefe de la Unidad de Contabilidad- y 9. RAÚL JESÚS VALENCIA MENDOZA -ex Director de la Oficina de Planificación y Presupuesto- de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de malversación de fondos en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Chilca; con lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, ORDENARON se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado. DISPUSIERON se devuelvan los autos al Tribunal de origen. Hágase saber.- S.s.

- SAN MARTÍN CASTRO
- LECAROS CORNEJO
- PRADO SALDARRIAGA
- RODRÍGUEZ TINEO
- NEYRA FLORES

CSM/L:zh

SE PUBLICO CONFORME LA LEY

JINNY YURIANIEVA CHAVEZ VERAMENDI SECRETARIA (e) Sala Penal Transitoria CORTE SUPREMA

13 MAYO 2013