



**UNAP**



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
ESCUELA DE FORMACIÓN PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
POLÍTICAS**

**TESIS**

**DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS Y SU  
PERSECUCIÓN POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR  
EN PERÚ, 2017 - 2018**

**PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**PRESENTADO POR:**

**SANDRA PAOLA LECCA GARATE  
ERIKA JULIANA VELA TIPÁ**

**ASESOR:**

**Abog. NORBERTO ALONSO FLORES ROJAS, Dr.**

**IQUITOS, PERÚ**

**2020**

## Acta de sustentación



**UNAP**

Facultad de Derecho y Ciencias  
Políticas (FADCIP)

### ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

En la ciudad de Iquitos, en el auditorio de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas a los 28 días del mes de agosto de 2020, a horas 19:00 horas, se dió inicio la sustentación pública de la tesis titulada: **“DESPENALIZACION DEL DELITO DE MALVERSACION DE FONDOS Y SU PERSECUCION POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN PERU, 2017-2018”** aprobada con **Resolución Decanal N° 100-2020-FADCIP-UNAP**, presentado por los Bachilleres: **SANDRA PAOLA LECCA GARATE** y **ERIKA JULIANA VELA TIPA**, para optar el Título Profesional de **ABOGADO** que otorga la Universidad de acuerdo a Ley y Estatuto.

El Jurado calificador dictaminador designado mediante Resolución Decanal **N°004-2020-FADCIP-UNAP** esta integrado por:

<b>Abog. MARIA LUISA VEGAS PÉREZ , Mgr.</b>	<b>Presidente</b>
<b>Abog. RAUL QUEVEDO GUEVARA , Mgr.</b>	<b>Miembro</b>
<b>Abog. BILLY JACKSON AREVALO SANCHEZ, Mgr.</b>	<b>Miembro</b>

Luego de haber escuchado con atención y formulado las preguntas necesarias, las cuales fueron respondidas: Satisfactoriamente

El Jurado después de las deliberaciones correspondientes, llegó a las siguientes conclusiones:


La sustentación Pública y Tesis han sido aprobado por: Unanimidad con la calificación Excelente

Estando los Bachilleres **APTOS** para obtener el Título Profesional de **ABOGADO**.

Siendo las 20:20 se dió por teminado el acto de sustentación, firmando la conformidad de la misma los siguientes jurados:

  
.....  
**Abog. MARIA LUISA VEGAS PÉREZ, Mgr.**  
**Presidente**

  
.....  
**Abog. RAUL QUEVEDO GUEVARA, Mgr.**  
**Miembro**

  
.....  
**Abog. BILLY JACKSON AREVALO SANCHEZ, Mgr.**  
**Miembro**

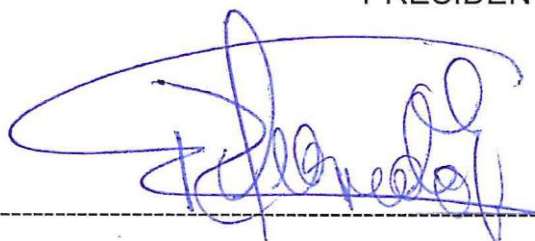
  
.....  
**Abog. NORBERTO ALONSO FLORES ROJAS, Dr.**  
**Asesor**

Tesis Aprobada en sustentación pública el día 28 de agosto de 2020, por el Jurado Ad-Hoc designado por la Dirección de la Escuela de Formación Profesional de Derecho y Ciencias Políticas, para optar por el título de Abogada:



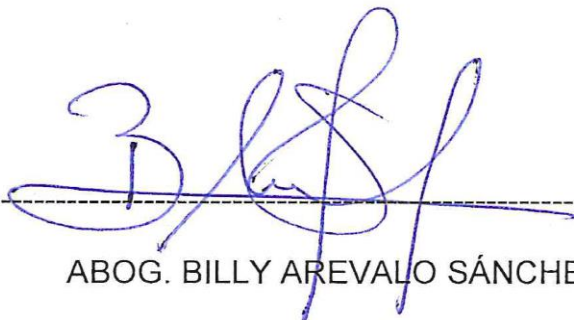
ABOG. MARIA LUISA VEGAS PÉREZ. Mgr

PRESIDENTE



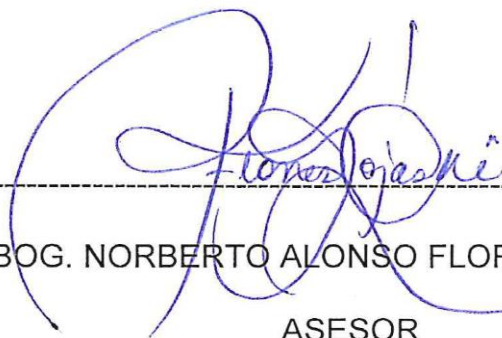
ABOG. RAÚL QUEVEDO GUEVARA. Mgr

MIEMBRO



ABOG. BILLY AREVALO SÁNCHEZ

MIEMBRO



ABOG. NORBERTO ALONSO FLORES ROJAS. Dr

ASESOR

«Ten fe en el Derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del Derecho; en la paz, como sustitutivo bondadoso de la justicia. Y, sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay Derecho, ni justicia ni paz». **Eduardo Juan Couture**

## **AGRADECIMIENTO**

A nuestros padres: Nereysith, Milton y Matilde por estar en cada instante de nuestro estudio apoyándonos incondicionalmente; asimismo, agradecer a nuestro asesor Abog. Norberto Alonso Flores Rojas quien nos brindó en todo momento sus conocimientos, dedicación, paciencia y respaldo durante todo el proceso de elaboración de la presente investigación.

## ÍNDICE

	<b>Páginas</b>
Portada	i
Acta de sustentación	ii
Jurado	iii
Dedicatoria	iv
Agradecimiento	v
Índice	vi
Índice de tablas	viii
Índice de figuras	ix
Resumen	x
Abstract	Xi
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO</b>	<b>7</b>
1.1. Antecedentes	7
1.2. Bases Teóricas	9
1.2.1. El Derecho Penal	9
1.2.2. Límites Constitucionales del Derecho Penal	11
1.2.2.1. Principio de Lesividad	12
1.2.2.2. Principio de Proporcionalidad de la Pena	13
1.2.2.3. Principio de Intervención Mínima	16
1.2.3. Derecho Administrativo	18
1.2.4. La Responsabilidad de la Función Pública	19
1.2.4. Potestad Sancionadora de la Administración Pública	29
1.2.5. El Delito de Malversación de Fondos	30
1.3. Definición de términos básicos	35
<b>CAPÍTULO II: METODOLOGÍA</b>	<b>37</b>
2.1. Tipo y Diseño	37
2.2. Procedimiento de Recolección de datos	40
2.3. Procesamiento y análisis de los datos	41
2.4. Aspectos Éticos	42
<b>CAPÍTULO III: RESULTADOS</b>	<b>43</b>
<b>CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN</b>	<b>61</b>
<b>CAPITULO V: CONCLUSIONES</b>	<b>68</b>
<b>CAPITULO VI: RECOMENDACIONES</b>	<b>72</b>
<b>CAPITULO VII: FUENTES DE INFORMACIÓN</b>	<b>81</b>
<b>ANEXOS</b>	<b>84</b>
1. Matriz de Consistencia	85
2. Instrumentos de recolección de datos	87

2.1. Guía de Entrevista	87
2.2. Ficha de Análisis Documental	91

## ÍNDICE DE TABLAS

<b>N°</b>	<b>TÍTULO</b>	<b>Páginas</b>
1	Análisis de las sanciones emitidas a nivel nacional por los órganos jurisdiccionales con relación al delito de malversación	47
2	Análisis de la conducta descrita en delito de malversación en el Derecho Comparado	56



## ÍNDICE DE FIGURAS

<b>N°</b>	<b>TÍTULO</b>	<b>Páginas</b>
1	¿Estaría de acuerdo con la despenalización del delito de malversación?	59
2	¿Estaría de acuerdo con la persecución exclusivamente de la conducta de malversación por el Derecho Administrativo Sancionador?	60

## RESUMEN

En el delito de Malversación, los fondos públicos se mantienen en la esfera jurídica patrimonial del Estado y la finalidad en la que se ejecuta también es pública (aunque sea distinta a la prevista). Bajo esa premisa, la presente investigación tuvo entre sus objetivos establecer cuáles son los principales fundamentos jurídicos que determina la proscripción de la persecución del delito en mención a través del Derecho Penal en el Perú; y, su persecución y sanción por el Derecho Administrativo Sancionador. Para ello, se tuvo en cuenta el enfoque de la investigación cualitativa e investigación dogmática y socio jurídico. Como resultado del estudio se identificó que constituyen fundamentos de la proscripción de la persecución y sanción de la conducta de Malversación de Fondos a través del Derecho Penal: i) el tratamiento del delito objeto de la investigación no se enmarca en el principio de Mínima Intervención del Derecho Penal y de Lesividad, toda vez que no representa una conducta lo suficientemente peligrosa que lesione de manera importante el bien jurídico protegido; ii) la jurisprudencia Judicial viene recogiendo y aplicando dichos principios para imponer sanciones menos severas que la privativa de la libertad, así como la sanción atenuada en el Derecho comparado; y, finalmente, iii) se pudo constatar que existe marco normativo de la Contraloría General de la República para sancionar conductas análogas a la Malversación de Fondos en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, la misma que debería replicarse con normas jurídicas aplicables a todos los ámbitos de la administración pública, por lo cual se ha formulado una propuesta legislativa en las recomendaciones del presente trabajo.

**Palabras claves:** Despenalización, Malversación, Administrativo, Sancionador

## **ABSTRACT**

In the offence of Embezzlement, public funds remain within the legal property sphere of the State and the purpose for which they are executed is also public (even if different from the intended purpose) Under that premise, the present investigation has, among its objectives, to establish which are the main legal foundations that determines the proscription of the prosecution of the crime of Embezzlement of Funds through the Criminal Law in Peru; as well as to determine the legal foundations that justify its prosecution and sanction by the Administrative Sanctioning Law. To this end, the approach of qualitative research and dogmatic and social-legal investigation was taken into account. As a result of the study, it was identified that these constitute the basis for the proscription of the prosecution and sanctioning of the conduct of Embezzlement through Criminal Law: i) the treatment of the crime under investigation is not framed within the principle of Minimum Intervention of Criminal Law and Lesivity, since it does not represent a sufficiently dangerous conduct that significantly damages the protected legal good. ii) the Judicial jurisprudence has been collecting and applying these principles to impose less severe sanctions than the deprivation of liberty, as well as the attenuated sanction in comparative Law; and, finally, iii) it was found that the regulatory framework of the office of the Comptroller General of the Republic exists to sanctions conducts analogous to embezzlement in the area of administrative sanctioning Law, which should be replicated with legal norms applicable to all areas of public administration, for which reason a legislative proposal has been formulated in the recommendations of this research work.

**Keywords:** Decriminalization, Embezzlement, Administrative, Sanctioning

## INTRODUCCIÓN

Según Villa Stein (2014), el Derecho Penal es un instrumento formalizado de control social; en consecuencia, es un Derecho de advertencias y condiciones de castigo, avisa al ciudadano qué comportamientos no se toleran por reputarse como atentatorios para la indemnidad de los bienes jurídicos que la comunidad tutela en grado sumo (p. 124).

Nosotras consideramos que el Derecho Penal es un mecanismo de control social monopolizado por el Estado, mediante el cual, este busca limitar la actuación de los ciudadanos a fin de garantizar los bienes jurídicos más valiosos y la convivencia pacífica en sociedad. Para dicha finalidad, establece formalmente un catálogo de conductas estimadas como indeseables, las cuales prohíbe bajo expresa advertencia, en caso de desobediencia, de sancionadas, inclusive, con uno de los castigos más gravosos para una persona, cual es, la restricción del derecho fundamental a la libertad.

Debido a esta última característica, se considera que el Derecho Penal solo debe intervenir cuando otros mecanismos de control social resulten insuficientes para garantizar el orden social; de tal manera que el poder punitivo del Derecho Penal se encuentra limitado, entre otros, por el principio de Intervención Mínima.

Así las cosas, el principio de Intervención Mínima del Derecho Penal se justifica en la especial gravedad de las consecuencias penales, de su carácter de último recurso dentro del sistema de control social y de la propia comprensión de la pena como un mal solo justificado por su necesidad para mantener los presupuestos de la convivencia (Muñoz citado en García, 2015).

En definitiva, en aplicación de este principio, el Derecho Penal actúa como último mecanismo para proteger aquellos bienes jurídicos fundamentales de las conductas que generan mayor alarma social y que no pueden ser resueltas por otros mecanismos de control social, tanto informales<sup>1</sup> como formales (donde podemos encontrar a las otras ramas del Derecho, tales como el Derecho Civil o el Derecho Administrativo).

En el Perú, precisamente, en ejercicio del monopolio del Derecho Penal, el Estado ha determinado que la Malversación de Fondos dentro del ámbito de la administración pública constituye delito. Así, la norma sustantiva penal<sup>2</sup>:**i)** persigue al funcionario o servidor público que dé al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a la que estaba destinada, afectando el servicio o la función encomendada; y, **ii)** sanciona la

---

<sup>1</sup> El control social informal comprende la disciplina social, la familia, educación, las normas sociales, religión, medios masivos de comunicación, la actividad política, la actividad artística, la investigación, etc. En esta forma de control social, el sistema normativo está conformado por los usos, costumbres, tradiciones y, con frecuencia, apelaciones a un código moral no escrito y, también a la reciprocidad (Bustos, citado en Villavicencio, 2014). Las sanciones o castigos son impuestas por las personas significativas dentro del ambiente social inmediato del individuo (Hulsman y Bernat, citado en Villavicencio, 2014).

<sup>2</sup> El artículo 389° del Código Penal peruano modificado con Decreto Legislativo n.º 1243 publicado el 22 de octubre de 2016, prescribe como texto actual del delito de Malversación de Fondos el siguiente: «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; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. 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 cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa».

conducta, entre otros, restringiendo la libertad del infractor hasta por cuatro años, en su modalidad base; y, hasta por ocho años, en su modalidad agravada.

Sin embargo, debe advertirse que, si bien el texto legal describe como punible la desviación de recursos públicos para ser utilizados en una finalidad distinta a la prevista; esa «finalidad distinta» tiene, de la misma manera, una naturaleza pública; y, consecuentemente, no podría hablarse de un perjuicio económico para la entidad pública donde ocurra el hecho.

Si bien algunas conductas pueden tener cierta relevancia social, el panorama descrito en el párrafo precedente permite evidenciar que el poder legislativo peruano ha optado por la aprobación de normas jurídicas donde se establecen como punibles, supuestos de hecho que no generan impacto social de gravedad; razón por la cual no se justificaría su incriminación dentro del ámbito del Derecho Penal.

En ese sentido, tratándose de una conducta que no genera una lesión grave de bienes jurídicos o de los cánones para una convivencia social pacífica, en virtud al principio de Intervención Mínima del Derecho Penal; y, coincidiendo con la posición optada por Rojas (citado en Salvatierra, 2017), el tipo penal de Malversación de fondos, regulado en el artículo 389° del Código Penal Peruano, debería ser sustanciado por el Derecho Administrativo, por cuanto no amerita la aplicación del Derecho Penal para su regulación, tomando en

cuenta su escasa lesividad al bien jurídico protegido y en merito a la aplicación del principio de mínima intervención del Derecho Penal.

Bajo esa premisa, se consideró importante identificar y establecer de manera clara y específica, los fundamentos jurídicos que determinan la despenalización del delito de Malversación de Fondos y que justificarían su persecución y sanción a través del Derecho Administrativo Sancionador en Perú, en merito a ello se han formulado el siguiente problema de investigación:

### **Problema General**

- ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que determinan la despenalización del delito de Malversación de Fondos y justifican su persecución y sanción a través del Derecho Administrativo Sancionador en Perú, 2017 - 2018?

### **Problemas Específicos**

- ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que determinan la proscripción de la persecución y sanción de la conducta de Malversación de Fondos a través del Derecho Penal en el Perú?
- ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la persecución y sanción de la conducta de Malversación de Fondos a través del Derecho Administrativo Sancionador en Perú?

En ese contexto, se formuló los siguientes objetivos:

### **Objetivo General**

- Establecer los fundamentos jurídicos que determinan la despenalización de la conducta de Malversación de Fondos y que justifican su persecución y sanción por el Derecho Administrativo Sancionador en Perú, 2017 – 2018

### **Objetivos Específicos**

- Establecer los fundamentos jurídicos que determinan la proscripción de la persecución y sanción de la conducta de Malversación de Fondos a través del Derecho Penal en Perú.
- Establecer los fundamentos jurídicos que justifican la persecución y sanción de la conducta de Malversación de Fondos a través del Derecho Administrativo Sancionador en Perú.

Consideramos que el presente estudio es importante académica y jurídicamente porque a través de sus resultados se podrá aportar información valiosa para futuras investigaciones; y, asimismo, para iniciativas legislativas enfocadas a la modificación normativa del Código Penal peruano en estricta observancia de los principios que rigen el Derecho Penal y la tutela de derechos fundamentales, lo cual contribuirá a la disminución de la carga fiscal y judicial, así como el ahorro de horas hombre y recursos logísticos en el Poder Judicial y Ministerio Público, a razón de la



persecución de la conducta de Malversación de Fondos en la esfera jurídica administrativa.

De otro lado, la presente investigación tuvo un enfoque cualitativo, utilizando el análisis crítico, evaluación de teorías, estudio de los casos contenidos en la jurisprudencia vinculada al delito de Malversación de Fondos, de cara al cumplimiento de los objetivos establecidos para el presente estudio. Asimismo, dentro del campo de la investigación científica pura, el presente estudio tuvo las características de una investigación de tipo básica y de nivel exploratorio.

Finalmente, dentro del campo de la investigación jurídica, el presente estudio tuvo componentes tanto de una investigación jurídica dogmática como de una investigación jurídica sociológica-funcional; y, en cuanto al diseño de la investigación, se utilizó el no experimental.

# CAPÍTULO I

## MARCO TEÓRICO

### 1.1. Antecedentes

El 2006, Castillo desarrolló una investigación denominada: «Despenalización del Delito de Malversación de Fondos Públicos». El estudio fue de tipo cualitativo y concluyó lo siguiente:

«El delito de malversación de fondos públicos, ya no responde las exigencias actuales de un derecho penal moderno y garantista, que sirve de fundamento para la constitución de las bases de un Estado democrático y de derecho».

El 2016, Sáenz desarrolló la tesis denominada: «La Despenalización del Delito de Malversación de Fondos por Fines Sociales y Asistenciales». El estudio fue de tipo cualitativo y concluyó lo siguiente:

«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 potestad de ejercer su autonomía sancionadora».

El 2016, Zamudio desarrolló la tesis denominada: «La Despenalización del Delito de Malversación de Fondos por Beneficios Sociales y su Relación con las Políticas de Protección Penal Aplicadas en el Perú en Casos del Periodo 2013-2014». El estudio fue de tipo cuantitativo y concluyó lo siguiente:

«La normativa legal penal vigente para el delito de malversación de fondos, 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».

El 2017, Salvatierra desarrolló la tesis denominada: «Despenalización del Delito de Malversación Fondos en la Legislación Peruana en Relación al Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal». El estudio fue de tipo cualitativo y concluyó lo siguiente:

«Establecer pena privativa de libertad al funcionario o servidor público, que incurre en el tipo penal de malversación de los fondos resulta desproporcional, considerando el escaso nivel de lesividad por parte de dicha conducta hacia el bien jurídico protegido y a los caudales del Estado, a razón de que los caudales públicos distraídos no escapan del dominio del Estado. Siendo viable la despenalización del delito en mención para ser sustanciada como un ilícito meramente administrativo, partiendo de que dicha conducta no es relevante para el

Derecho Penal, conforme a lo establecido por el Principio de Mínima Intervención Penal ».

El 2019, Saniya desarrolló la tesis denominada: «Despenalización del Delito de Malversación de Fondos del Código Penal Peruano». El estudio fue de tipo cualitativo y concluyó lo siguiente:

«El delito de malversación de fondos no es un delito de grave impacto social, que ocasione daños irreparables, ya que solo se da a los caudales una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados, sin que estos salgan de la esfera pública. En ese sentido, frente a la despenalización del delito en mención del ordenamiento penal, los funcionarios y servidores públicos deben desarrollar sus funciones de acuerdo a las necesidades y que su actuar no sea bajo responsabilidad penal, sino que tan solo sea contralada por el órgano de control y la Contraloría General de la República»

## **1.2. Bases teóricas**

### **1.2.1. El Derecho Penal**

El Derecho Penal, tradicionalmente, puede distinguirse en dos grandes ramas: Derecho Penal Subjetivo y Objetivo.

Al respecto, Villa Stein (2014) refiere que, desde el punto de vista objetivo, el Derecho Penal se constituye como un conjunto de normas de carácter general que establecen condiciones y principios de

intervención punitiva del Estado. Asimismo, establece conductas que, por desvaloradas, están prohibidas; y, a las que, de operarse, se castigará con una pena privativa de la libertad o se las controlará con una medida de seguridad, como consecuencia jurídica necesaria (p. 125-126).

En cuanto al Derecho Penal subjetivo o *ius puniendi*, el citado autor refiere que se trata del derecho de castigar que tiene el Estado (p. 128). Así, el *ius puniendi* puede entenderse como la potestad penal del Estado de declarar punible determinados hechos a las que impone penas o medidas de seguridad (Bustos citado en Villa Stein, 2014).

En cuanto a la función del Derecho Penal ante la sociedad, este garantiza la protección de los bienes jurídicos, entendido estos como aquellos valores fundamentales de toda sociedad, teniendo a los Derechos Humanos y principios constitucionales, como su fuente inspiradora, para de esta manera delimitar al poder estatal. Asimismo, el Derecho Penal realiza su tarea de defensa de la sociedad, castigando y previniendo infracciones jurídicas, asumiendo de esta manera tanto su naturaleza represiva como preventiva.

Según Barata (1980) el Derecho Penal no defiende a todos los bienes jurídicos, ocupándose solo de aquellos esenciales; en los cuales está totalmente interesado. Cuando castiga las ofensas a los bienes

esenciales lo hace con intensidad desigual y modo fragmentario (p.19).

Finalmente, Muñoz Conde (1975), refiere que el Derecho Penal tiene un carácter ideológico, es decir, se caracteriza por lo que no castiga que por lo que castiga; precisamente, la delincuencia socio-económica se caracteriza por la ausencia de contenidos típicos que propician la inmunización del Derecho Penal (p.71).

### **1.2.2. Límites Constitucionales del Derecho Penal**

Villa Stein (2014) señala que el Derecho Penal dentro del ordenamiento jurídico de nuestro país se encuentra subordinado a la Constitución Política del Estado, de modo que su contenido formal y material tiene ese marco. (p. 132)

Al respecto, el artículo 1° de nuestra Constitución Política prescribe que: «La defensa de persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado».

En ese sentido, Villa Stein (2014) refiere que el derecho de castigar (*ius puniendi*) que tiene el Estado quedan limitados antes que nada por su legitimación democrática, que hace que toda ley penal - única fuente de derecho penal - debe tener origen legislativo (democrático) y responder a verdaderas necesidades sociales (Estado social) de : «*Nulle lex poenalis sine necessitate*». (p. 132)

Afirmamos entonces que el poder punitivo del Estado tiene límite constitucional, el mismo que no permite utilizarlo de manera arbitraria ni excesiva, debiendo invocarlo solo en defensa de la persona humana y su tan valiosa dignidad.

Debiendo ejecutar dicho poder solo para aquellos casos donde exista la necesidad social de tutelar los bienes jurídicos de suma importancia para el hombre frente a conductas intolerables, reprimiéndolas y castigándolas.

En ese sentido tenemos entre los límites constitucionales del Derecho Penal, lo siguiente:

#### **1.2.2.1. Principio de Lesividad**

Según Villa Stein (2014), el punto de partida de un Derecho Penal moderno es el «bien jurídico<sup>3</sup>» definido como aquella entidad objetivamente valiosa y protegida por el derecho para la satisfacción de las necesidades físicas, psicológicas y sociales de los humanos y sus colectividades organizadas.

En ese sentido, el citado autor refiere que el bien jurídico, como objeto de protección del Derecho Penal, debe ser lesionado o puesto en peligro para que, conforme al principio de Lesividad, el Derecho Penal

---

<sup>3</sup> Bien jurídico es la «circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social y global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema» (Claus Roxin, citado en Villa Stein, 2014).

intervenga, no siendo suficiente que exista oposición entre la conducta y la norma penal.

Al respecto, nuestro Código Penal en el artículo IV de su Título Preliminar prescribe lo siguiente: «La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la Ley».

En relación a ello, en la jurisprudencia recaída en el expediente n.º 0019-2005-AI/TC-Callao, el Tribunal Constitucional señala que: «(...) desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir aquella cuya comisión puede dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, solo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevante (principio de Lesividad). Como se resulta evidente, solo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental».

#### **1.2.2.2. Principio de Proporcionalidad de las penas**

En sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente n.º 01010-2012-PHC/TC-LIMA, se señala que el principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional implícitamente derivado del principio de legalidad penal, reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal d), de la Constitución, en



concordancia con el último párrafo de su artículo 200°, en el que se establece la proporcionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales.

Asimismo, nuestro Código Penal en el artículo VIII de su Título Preliminar prescribe lo siguiente: «La pena, no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)».

Al respecto, en el Acuerdo Plenario n.º 1/2000, la Corte Suprema precisa que el principio de proporcionalidad de las penas es un límite a la potestad punitiva del Estado consistente en el juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación legal. Tiene que existir una proporcionalidad entre gravedad del delito (injusto) y la pena.

El citado acuerdo expone, además, los criterios que se pueden utilizar para establecer la proporcionalidad entre delito y pena, atendiendo básicamente al injusto, entendido este como la conducta típica y antijurídica, sin entrar a la categoría dogmática de la culpabilidad u otras vinculadas a la ampliación del tipo por el grado de ejecución o intervención en el hecho punible.

Los criterios propuestos en el Acuerdo Plenario n.º 1/2000 son: a) importancia o rango del bien jurídico protegido, b) gravedad de la lesión al bien jurídico protegido, c) impacto social del hecho cometido

(grado de nocividad social de la conducta incriminada), d) los diferentes medios de comisión del hecho punible, e) el grado de ejecución del hecho punible, f) el grado de intervención delictiva, g) las condiciones personales del agente (edad, estado mental del agente, responsabilidad penal restringida, grado de educación, ocasionalidad versus habitualidad), h) el comportamiento de la víctima, i) grados de ejecución del hecho; y, j) el comportamiento del autor después del hecho.

De lo expuesto precedentemente nosotras consideramos que los criterios a) importancia o rango del bien jurídico protegido, b) gravedad de la lesión al bien jurídico protegido, c) impacto social del hecho cometido (grado de nocividad social de la conducta incriminada), bien pueden esgrimir como sustento de la despenalización del delito de Malversación de Fondos a razón de que: i) el bien jurídico protegido por el delito en cuestión (preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos) resulta de menor rango; ii) respecto al criterio de gravedad de la lesión al bien jurídico, es de precisar que los fondos públicos en delito materia de análisis no son sustraídos de la esfera jurídica de dominio del Estado, manteniéndose siempre dentro de aquel, en tal sentido la lesión causada no es de suma gravedad; y finalmente iii) el delito de Malversación no causa un impacto social de grado nocivo porque los fondos públicos al no ser sustraídos de la esfera del dominio del Estado, la administración, ejecución y destino de los mismos

continúan siendo para beneficio y uso del Estado y por ende de la sociedad.

### **1.2.2.3. Principio de Intervención Mínima**

Según Castillo (2004), el principio de Intervención Mínima caracterizado esencialmente por legitimar al Derecho Penal tanto en su función social como en el plano valorativo, en la medida que esgrime proteger y resguardar a las personas de injerencias estatales innecesarias e inútiles en su esfera de estructuración. Asimismo, este precisa la conveniencia o no de utilizar la pena en la solución o respuesta satisfactoria de los conflictos sociales más graves, ayudando a través del principio de Intervención Mínima a comprender que la pena no es el medio más idóneo en la lucha contra la delincuencia, sino que constituye la *ultima ratio* contra ella. Señala también, que la sanción jurídico penal no es el único recurso, ni, a veces, el mejor contra el delito. Justificándose la intervención en los derechos de las personas cuando sea absolutamente necesaria e imprescindible y además hayan fracasado los demás mecanismos de control social.

Afirmamos entonces que, según el principio en mención, el Derecho Penal no puede emplearse para defender intereses minoritarios e innecesarios para el funcionamiento de Estado de Derecho, siendo irrelevante recurrir a sus sanciones si existe la posibilidad de

garantizar la tutela con otros instrumentos jurídicos no penales, tales como el Derecho Civil, Derecho Administrativo, entre otros.

El Principio de Intervención Mínima comprende dos sub principios: fragmentariedad y subsidiariedad (Sáenz, 2016, p.38).

Respecto al sub principio de fragmentariedad, Marinucci (citado en Castillo, 2002) refiere que, en virtud de aquel, de todos los ilícitos existentes en un ordenamiento jurídico, el Derecho Penal solo centra su atención en los ilícitos más graves.

Cualquier ilícito no puede integrar el catálogo de delitos, pues, de ser así se llegaría a una situación de hipertrofia del sistema penal y una pérdida de la eficacia de la pena.

Y, en relación al sub principio de subsidiariedad, Castillo (2011) señala que, se pretende reflejar el valor real que ocupa el Derecho Penal en la lucha contra el delito. Este no es preferencial, sino que constituye el último y más efectivo recurso. De otro lado, el delito dentro de la sociedad, es un problema no solo jurídico o normativo, sino fundamentalmente social (p. 228).

De lo señalado anteriormente, puede inferirse que el Derecho Penal solo va a tutelar aquellos objetos e intereses que son de importancia para la sociedad, castigando con una pena los ilícitos más graves que

afectan los valores indispensables y elementales para la convivencia humana.

Siempre que existan otros medios diferentes al Derecho Penal para la defensa de los derechos individuales, estos serán preferibles, porque son menos lesivos.

### **1.2.3. Derecho Administrativo**

Calderón (2005) en su libro *Derecho Administrativo I* señala que:

El Derecho Administrativo es la rama del derecho público, cuyo estudio son los Principios y Normas de Derecho Público, así como la función administrativa y actividad de la Administración pública, enfocándose también en las relaciones que se dan entre la administración y los particulares, los mismos particulares, las relaciones inter orgánicas y su control que incluye la protección judicial de los particulares y el derecho de defensa en contra de los actos que le afectan al administrado (p. 27).

De otro lado, respecto a la Administración Pública, esta, es entendida como el conjunto de entidades que componen el Estado, desarrollando sus actividades por medio de los funcionarios públicos<sup>4</sup>,

---

<sup>4</sup> Los funcionarios públicos son representantes políticos, que ejercen funciones de gobierno en la organización del Estado. Dirigen o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueban políticas y normas (Ley de Servicio Civil, Ley 30057, vigente desde el 3 de julio de 2013).

servidores de confianza<sup>5</sup> y servidores públicos<sup>6</sup> (Osinergmin, 2017, p.26).

#### **1.2.4. La Responsabilidad de la Función Pública.**

Según el penúltimo párrafo del artículo 41° de la Constitución Política del Estado, la Ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

Asimismo, el numeral 1.18<sup>7</sup> del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley n.° 27444) establece que la autoridad administrativa está obligada a responder por los daños ocasionados contra los administrados como consecuencia del mal funcionamiento de la actividad administrativa.

En ese sentido, la responsabilidad derivada de la función pública puede ser lo siguiente (Moreno, 2016):

---

<sup>5</sup> Los servidores de confianza son servidores civiles que forman parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios públicos o directivos públicos y cuya permanencia en el servicio civil está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que los designó. Pueden formar parte del grupo de directores públicos, servidores civiles de carrera o servidores de actividades complementarias. Ingresan sin concurso público de méritos, sobre la base del poder discrecional con que cuenta el funcionario que los designa. No conforman un grupo y se sujetan a las reglas que correspondan al puesto que ocupan (Ley del Servicio Civil, Ley 30057, vigente desde el 3 de julio de 2013).

<sup>6</sup> Los servidores públicos desarrollan distintas funciones en la administración pública, pudiendo ser:

- a. Directivos superiores, si desarrollan funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano, programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno.
- b. Ejecutivos, si desarrollan funciones administrativas, entendiéndose por ellas el ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutorias, asesoría legal, supervisión, fiscalización, entre otras que requieran la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente.
- c. Especialistas, quienes desempeñan labores de ejecución de servicios públicos, sin ejercer función administrativa.
- d. De apoyo, quienes desempeñan labores auxiliares de apoyo y/o complemento (Osinergmin, 2017).

<sup>7</sup> 1.18. Principio de responsabilidad.

La autoridad administrativa está obligada a responder por los daños ocasionados contra los administrados como consecuencia del mal funcionamiento de la actividad administrativa, conforme lo establecido en la presente ley. Las entidades y sus funcionarios o servidores asumen las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

**a) Política:**

Aplicable solo a funcionarios de elección popular, confianza o política originaria, como podría ser el presidente de la república o los ministros (Moreno. M, 2016). Este tipo de responsabilidad se relaciona con la transgresión de deberes políticos propios de un cargo (Osinermin, 2017, p.26).

**b) Civil:**

Implica la obligación de resarcir las consecuencias de un daño principalmente patrimonial (Moreno, 2016).

En la presentación sobre Señalamiento y determinación de responsabilidad de funcionarios públicos, la Escuela Nacional de Control (ENC, 2020), precisa que la responsabilidad civil del funcionario público es «un mecanismo que persigue reparar económicamente un daño». Asimismo, la citada escuela refiere que la responsabilidad civil es una institución por la cual la víctima de un daño puede ver tutelados sus derechos, a través de un remedio indemnizatorio (que deje sin efecto o borre el daño causado) impuesto por el ordenamiento a costas del llamado a responder.

**c) Penal:**

Es la consecuencia jurídica derivada de la comisión de una conducta activa u omisiva tipificada en la ley penal como delito y se concreta con la imposición de una pena (Moreno, 2016).

La Escuela Nacional de Control (ENC, 2020), precisa que la responsabilidad penal del funcionario público es aquella en que incurren los funcionarios y servidores públicos que en el ejercicio de sus funciones realizan conductas activas u omisivas tipificadas como delito.

Al respecto, el artículo 28° del Código Penal establece las siguientes clases de pena:

i) Pena privativa de libertad

Es la sanción que consiste en la privación del libre tránsito y/o desplazamiento de una persona sentenciada por autoridad jurisdiccional competente como consecuencia de la comisión de una conducta tipificada como delito, cuyo cumplimiento se materializa con el confinamiento de aquel en un centro penitenciario, pudiendo ser temporal o de cadena perpetua (artículo 29°, Código Penal).

ii) Restrictivas de libertad

Es la expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso (artículo 30° del Código Penal).



### iii) Limitativas de derecho

Esta puede ser:

#### 1. Prestación de servicios a la comunidad

Obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras, siempre que sean públicos (artículo 34.1º del Código Penal).

#### 2. Limitación de días libres

Consiste en la obligación de permanecer sábados, domingos y feriados, hasta por un máximo de diez horas semanales, a disposición de una institución pública para participar en programas educativos, psicológicos, de formación laboral o culturales (artículo 35.1º del Código Penal).

#### 3. Inhabilitación

Según lo disponga la sentencia puede ser (artículo 36º del Código Penal):

-Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.

-Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.

-Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia

-Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia.

- (...)

iv) Multa

Sanción pecuniaria que obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días – multa (artículo 41° del Código Penal).

**d) Administrativa**

Según el artículo 91° del reglamento de la Ley de Servicio Civil (Decreto Supremo n.° 040-2014-PCM publicado el 13 de junio de 2014), la responsabilidad administrativa es aquella que exige el Estado a los servidores civiles por las faltas previstas en la Ley que cometan en el ejercicio de las funciones o de la prestación de servicios, iniciando para tal efecto el respectivo procedimiento administrativo disciplinario e imponiendo la sanción correspondiente, de ser el caso. Este concepto guarda concordancia con lo prescrito en la novena disposición complementaria de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (Ley n.° 27785 publicada el 13 de julio de 2002, modificada por las Leyes n.° 29622 y 30742 publicadas el 10 de diciembre de 2010 y 27 de marzo de 2018, respectivamente) donde se precisa que la responsabilidad administrativa es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control.

Al respecto, el artículo 85° de la Ley de Servicio Civil (Ley n.° 30057 publicado el 3 de julio de 2013), establece que los funcionarios y servidores públicos pueden ser pasibles de sanción cuando no cumplen con las normas y lineamientos establecidos en la Ley y su reglamento.

En ese sentido, las sanciones por faltas disciplinarias pueden ser: i) Amonestación verbal o escrita, ii) suspensión sin goce de remuneraciones; y, iii) Destitución.

i) La amonestación:

Según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la Real Academia Española (DPEJ-RAE, 2020) la amonestación es la sanción prevista para infracción de carácter leve, consiste en la reprobación de la conducta sancionada, esta puede ser verbal o escrita.

La amonestación verbal lo efectúa el jefe inmediato en forma personal y reservada. Para el caso de amonestación escrita la sanción se aplica previo proceso administrativo disciplinario. Es impuesta por el jefe inmediato. La sanción debe ser oficializada por resolución del jefe de Recursos Humanos o quien haga sus veces. La apelación es resuelta por el jefe de Recursos Humanos o quien haga sus veces (artículo 89° de la Ley 30057).

ii) La suspensión:

Es la sanción que consiste en la interrupción temporal de las labores de un trabajador sin goce de remuneraciones como consecuencia de una falta administrativa, se aplica hasta por un máximo de trescientos sesenta y cinco (365) días calendarios previo procedimiento administrativo disciplinario. El número de días de suspensión es propuesto por el jefe inmediato y aprobado por el jefe de Recursos Humanos o quien haga sus veces, el cual puede modificar la sanción propuesta. La sanción se oficializa por resolución del jefe de Recursos Humanos o quien haga sus veces. La apelación es resuelta por el Tribunal del Servicio Civil (artículo 90° de la Ley 30057).

iii) La destitución:

Es el cese definitivo y/o pérdida del vínculo laboral con la Entidad para la que labora el servidor o funcionario público sancionado. La destitución se aplica previo proceso administrativo disciplinario por el jefe de Recursos Humanos o quien haga sus veces y aprobada por el titular de la entidad pública, el cual puede modificar la sanción, oficializándolo mediante resolución. De otro lado, en caso de existir apelación, esta es resuelta por el tribunal del Servicio civil (artículo n.º 90 de la Ley 30057).

Al respecto, el artículo 87° de la Ley n.° 30057 prescribe los criterios a tener en cuenta para la determinación de la sanción por las faltas en las que incurren los funcionarios y servidores públicos, de acuerdo a la proporcionalidad o falta cometida, son los siguientes:

- Grave afectación a los intereses generales o a los bienes jurídicamente protegidos por el Estado.
- Ocultar la comisión de la falta o impedir su descubrimiento.
- El grado de jerarquía y especialidad del servidor civil que comete la falta, entendiendo que cuanto mayor sea la jerarquía de la autoridad y más especializadas sus funciones, en relación con las faltas, mayor es su deber de conocerlas y apreciarlas debidamente.
- La circunstancia en que se comete la infracción.
- La concurrencia de varias faltas.
- La participación de uno o más servidores en la comisión de la falta o faltas.
- La continuidad en la comisión de las faltas.
- El beneficio ilícitamente obtenido de ser el caso.

De lo expuesto, se desprende que el Derecho Administrativo Sancionador cuenta con los mecanismos necesarios para acoger al supuesto de hecho de Malversación de Fondos.

Por otro lado, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (Ley n.° 27785 publicada el 13 de

julio de 2002, modificada por las Leyes n.º 29622 y 30742 publicadas el 10 de diciembre de 2010 y 27 de marzo de 2018, respectivamente), reconoce la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República en materia de responsabilidad administrativa funcional, establece un catálogo de conductas constitutivas de infracción de esta naturaleza y los tipos de sanciones aplicables.

Si bien es cierto el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el precitado catálogo de infracciones por violación al principio de Reserva de la Ley, Legalidad y al sub principio de Tipicidad, también es cierto que, a fin de subsanar el defecto de formalidad y ceñir la potestad sancionadora en materia de responsabilidad administrativa funcional a los principios y garantías constitucionales de naturaleza procesal, el 2 de mayo de 2019 la Contraloría General presentó ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley n.º 4267-2018-CGR «**Proyecto de Ley que tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional en el marco de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República**», el mismo que a la fecha de elaboración del presente informe de Tesis no cuenta con pronunciamiento.

Es de precisar que tanto el fenecido reglamento<sup>8</sup> [que fue aplicado durante nueve años] así como el proyecto de ley que desarrollan las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional establecen que los funcionarios o servidores públicos incurren en

---

<sup>8</sup> Como consecuencia de la Sentencia de Inconstitucionalidad quedó sin efecto i) el Reglamento de la Ley 29622 (Decreto Supremo n.º 023-2011 publicada el 18 de marzo de 2011) y consecuentemente el Reglamento de Infracción y Sanciones para la Determinación de la Responsabilidad Administrativa Funcional Derivada de los Informes Emitidos por los Órganos del Sistema Nacional de Control (aprobado con Resolución de Contraloría n.º 100-2018-CG de 3 de abril de 2018).

responsabilidad administrativa funcional en el siguiente supuesto de hecho legal:

«Usar los recursos públicos sin la estricta observancia de las normas pertinentes o influir de cualquier forma para su aplicación irregular, ocasionado perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave».

Como puede advertirse, el Derecho Administrativo Sancionador ya contaba [y de aprobarse el proyecto de Ley, volverá a contar] con una infracción administrativa análogo al tipo penal de Malversación de Fondos [el mismo que por supuesto podría ser mejorado previo procedimiento legal].

A lo expuesto, debe agregarse que, las sanciones aplicables para las infracciones en materia de responsabilidad administrativa funcional [cuya vigencia no ha sido afectada por la sentencia de inconstitucionalidad] son las siguientes:

- l) Inhabilitación para el ejercicio de la función pública de uno (1) a cinco (5) años.

- II) Suspensión temporal en el ejercicio de sus funciones, sin goce de remuneraciones, no menor de treinta (30) días calendario ni mayor de trescientos sesenta (360) días calendario.

Para aplicar dichas sanciones, el artículo 48° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control (Ley n.º 27785) prevé los siguientes criterios

- La reincidencia o reiterancia en la comisión de las infracciones.
- Las circunstancias en las que fue cometida la infracción.
- Grado de participación en el hecho imputado.
- Concurrencia de diversas infracciones.
- Efectos que produce la infracción.
- Gravedad de la infracción cometida.

#### **1.2.5. Potestad Sancionadora de la Administración Pública**

En el presente punto haremos hincapié acerca de la potestad sancionadora del Estado, entendiéndose por sanción a un mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Ese mal consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho. La sanción administrativa se ejerce como «potestad correctiva», con el fin de tutelar el orden social general y como «potestad disciplinaria», tendente a tutelar la propia organización de la administración pública, su orden interno (García, 1892, p.147).



Rojas (2007) señala que el Estado tiene sus propios órganos controladores de reglamentos y procedimientos específicos para proteger la administración pública de los comportamientos de sus agentes que, violando sus deberes, infringen los reglamentos y pautas orgánicas (p. 8).

#### **1.2.6. El delito de Malversación de Fondos**

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 (Ventura, 2019, p.2).

El citado autor asimismo refiere que la Malversación, denominado en la doctrina y en muchas legislaciones como peculado tiene 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*, inicialmente, fue una forma agravada del hurto; el agravante obedecía a la naturaleza de las cosas sobre las que recaía, que debía tratarse de dinero público.

Por otro lado, según la Real Academia Española (RAE, 2019), Malversación significa destinar los caudales públicos a un uso ajeno a su función.

Balestra (citado en Rojas, 2007) señala que la Malversación de Fondos es un delito que implica peligro para la funcionalidad de la administración pública (p. 548).

### **Descripción típica**

Según el artículo 389° del Código Penal modificado con Decreto Legislativo n.° 1243, publicado el 22 de octubre de 2016, el delito de Malversación de fondos se configura en el siguiente supuesto de hecho:

«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 reprimida con una pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multas. Si el dinero o bienes que administra comprenden 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 ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa».

### **Bien Jurídico Protegido**

El bien jurídico protegido en el delito de Malversación de Fondos, según la opinión de Rojas (2007) es la regularidad y buena marcha de la administración pública (p.549).

Siendo que el objeto específico es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos (Rojas, 2007, p. 550).

Asimismo, en la Ejecutoria Suprema de 23 de enero de 2003, recaída en el Expediente n. °3630-2001 se señala que: «En la malversación de fondos el bien jurídico tutelado es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y el empleo de dinero y bienes públicos, en suma, se trata de afirmar el Principio de Legalidad Presupuestal; esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio».

Por otro lado, el bien jurídico protegido de modo genérico es el correcto funcionamiento de la administración pública en beneficio de los ciudadanos. De modo específico, en el delito materia de análisis el bien jurídico protegido es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización de dinero y bienes públicos; se

trata, en suma, de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio (Salinas Siccha, 2007, p. 373).

Nosotras coincidimos con los juristas señalados precedentemente que el bien jurídico del delito de Malversación de Fondos es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, la misma que se materializa a través de la racional organización del gasto público y la adecuada utilización del dinero y los bienes del Estado.

### **Elemento Objetivo**

#### **Comportamiento Típico**

El núcleo típico rector es «dar una aplicación definitiva diferente», conducta que en términos generales puede ser catalogada como una forma de arbitrariedad en la que incurre el funcionario o servidor público vinculado (Rojas, 2007, p. 551).

### **Componentes del tipo penal**

#### **a) La administración de dinero o bienes: Relación Funcional**

Quien malversa fondos del Estado, solo puede ser el funcionario o servidor vinculado funcionalmente con dichos fondos; dicha vinculación es de carácter legal, no exclusivamente en función al cargo, puede ser también por delegación de funciones o por mandato de autoridad competente (Rojas, 2007, p.551).

**b) Dar aplicación definitiva diferente a la destinada: actos de malversación**

La aplicación diferente, es decir, la utilización, empleo o inversión distinta tiene que circunscribirse al ámbito de los diversos destinos oficiales. Si el funcionario destina el dinero a su uso, provecho personal o de terceros, el tipo penal será de Peculado (Rojas, 2007, p. 552). Dar aplicación diferente es invertir mal o destinar indebidamente los fondos públicos que le han sido asignados y administra el sujeto activo (Rojas, 2007, p. 552).

**Sujeto activo**

Es sujeto activo el funcionario o servidor público que administra dinero o bienes y que, por lo mismo, posee facultades para disponer de ellos para los fines de destino oficial (Rojas, 2007, p. 550).

**Sujeto pasivo**

El Estado en sus diferentes reparticiones públicas a nivel central, regional o local, organismos autónomos o descentralizados, incluidas las empresas del Estado (Rojas, 2007, p. 550).

**Elemento subjetivo**

El tipo es doloso, la norma penal peruana no castiga las formas culposas de malversación. En ese sentido, el sujeto activo debe tener conocimiento, en su actuar voluntario, del fin o destino indebido y definitivo que está dando a los bienes y dinero, infringiendo sus

deberes, y por lo mismo que existía un destino debido de aplicación de los fondos que él quebranta o burla (Rojas, 2007, p. 555).

Lama (citado en Rojas, 2007) refiere que el modelo peruano de malversación de fondos ha sido objeto de importantes modificaciones que lo han dotado de mayores niveles de racionalidad concordándolo con los criterios de lesividad material que exige el Título Preliminar del Código Penal. En efecto, la definitividad de la aplicación diferente y la afectación del servicio o la función encomendada han contribuido hacia tales propósitos (p.549).

### 1.3. Definición de términos básicos

- **Potestad Sancionadora:** Facultad que tiene el Estado para imponer medidas correctivas, preventivas, limitativas y otras dentro del marco de la legalidad, sobre los derechos de los ciudadanos frente aquellas conductas que contravienen el normal funcionamiento del orden social y jurídico.
  
- **Derecho Penal:** Conjunto de normas que tiene por finalidad prevenir y sancionar aquellas conductas que lesionan o atentan bienes jurídicos, siendo un medio de control drástico, a la cual se debe recurrir como última instancia.
  
- **Malversación de Fondos:** Conducta punible cometida por funcionarios o servidores públicos, consistente en la aplicación

definitiva de fondos públicos que están bajo su resguardo, para fines distintos a los previstos.

- **Principio de Intervención Mínima:** Es una garantía propia de un Estado democrático con la que se limita el poder punitivo del Estado que sirve para proteger y resguardar a los ciudadanos de injerencias estatales innecesarias e inútiles en su esfera de organización.
- **Principio de Lesividad:** Es una garantía propia de un Estado democrático en la que se señala que no cualquier conducta que vulnere bienes jurídicos deba ser tratada por el Derecho Penal, sino solo aquellas que revistan de suma afectación para los bienes jurídicos.

## CAPÍTULO II

### METODOLOGÍA

#### 2.1. Tipo y Diseño

##### **Enfoque de investigación**

La presente investigación tuvo un enfoque **cualitativo**. Según la Guía Para Elaborar el Plan e Informe de Tesis y Trabajo de Investigación de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana (Unap, 2018), una investigación cualitativa es aquella que utiliza el enfoque holístico porque se basa en narraciones orales, análisis crítico y evaluación de teorías y enfoques metodológicos, estudio de casos y otros descritos por la literatura especializada. Su objetivo es de carácter limitado y sus resultados no son necesariamente generalizables.

En el caso concreto, la investigación abordó de manera holística el delito de Malversación de Fondos y su concordancia con el principio de Intervención Mínima del Derecho Penal, utilizando el análisis crítico, evaluación de teorías, estudio de los casos contenidos en la jurisprudencia, de cara al cumplimiento de los objetivos establecidos para el presente estudio.

##### **Tipo y nivel de investigación**

- Dentro del campo de la investigación científica pura, el presente estudio tuvo las características de una **investigación de tipo básica** y de **nivel exploratorio**.



Una investigación básica está orientada a la búsqueda de nuevos conocimientos, recoge información de la realidad objetiva para enriquecer el conocimiento científico; de tal manera que el investigador se esfuerza por conocer y comprender los fenómenos sin preocuparse de la aplicación de los conocimientos adquiridos (Castro León, 2016, p. 79).

Asimismo, una investigación de nivel exploratorio se realiza cuando hay pocos antecedentes sobre el objeto de investigación; se examina el problema presentándolo en todos sus componentes, debido a que no ha sido tratado antes (Castro León, 2016, p.80).

La presente investigación es un estudio básico de nivel exploratorio a razón de que la despenalización de la conducta de Malversación de Fondos cuenta con escasos antecedentes de estudio y tratamiento en nuestro país; de tal manera que se buscó recoger mayor información teórica y de la realidad objetiva de cara al cumplimiento de los objetivos del estudio.

- Dentro del campo de la investigación jurídica, el presente estudio tuvo componentes tanto de una **investigación jurídica dogmática** como de una **investigación jurídica sociológica-funcional**.

Una investigación dogmática concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento

fáctico o real que se relacione con la institución o especie legislativa. Concibe al Derecho como una ciencia formal y por consiguiente como una variable independiente de la sociedad; su horizonte se limitará a las normas legales o instituciones en los que está inscrito el problema (Ramos, 2018, p. 101).

De otro lado, una investigación sociológica-funcional parte normalmente de una base empírica; su objeto de estudio es una realidad social relevante e intenta un diagnóstico sobre la conformidad o dicotomía entre el orden jurídico abstracto y el orden social concreto. Se preocupa en descubrir la trama de intereses políticos, económicos o ideológicos que subyacen a la formulación, interpretación y aplicación de las normas e instituciones jurídicas (Ramos, 2018, p. 104).

En la presente investigación se buscó analizar a nivel teórico, la construcción normativa del tipo penal de Malversación de Fondos a partir de la revisión de importantes principios del Derecho Penal, tales como el de Mínima Intervención y Lesividad. Sin embargo, el estudio no se limitó al aspecto meramente teórico, pues también se analizó la aplicación del tipo penal a casos concretos, a partir de la revisión de jurisprudencia en el Derecho nacional y comparado; extremos en los que, se utilizó el método inductivo<sup>9</sup>, toda vez que se dedujo

---

<sup>9</sup> Consiste en que el investigador, a partir de la observancia de cierto número de proposiciones infiere o induce a la formulación de un principio general (Ramos, 2008, p. 473)

conclusiones a partir de los casos particulares. Todo ello de cara a alcanzar los objetivos trazados.

### **Diseño de la investigación**

Se utilizó el **diseño no experimental**. En este tipo de diseños se observan, registran y analizan los fenómenos tal como ocurren naturalmente; por tanto, se aplica a investigaciones donde no hay manipulación deliberada de las variables independientes para ver su efecto sobre las variables dependientes (Castro Gómez, 2014, p.28).

Para nuestra investigación, no se manipuló variable alguna; sino que se procedió a observar, registrar y analizar el objeto de estudio, cuales, la congruencia del delito de Malversación de Fondos dentro del Derecho Penal.

## **2.2. Procedimiento de Recolección de datos**

### **Técnicas e Instrumentos de recolección de datos**

Se utilizaron las siguientes técnicas de recolección de datos:

- Análisis documental<sup>10</sup>.
- Entrevistas<sup>11</sup>.

Se utilizaron los siguientes instrumentos de recolección de datos:

- Ficha de análisis documental.
- Guía de entrevista tipo cuestionario.

---

<sup>10</sup> La técnica de análisis documental es el proceso de recopilación y extracción de datos importantes en nuestro proceso de aprendizaje. (Alarcón *et al.*, 2013, p. 16).

<sup>11</sup> La técnica de entrevista es una conversación dirigida, con un propósito específico y que usa un formato de preguntas y respuestas. Se establece así un diálogo, pero un diálogo peculiar, asimétrico, donde una de las partes busca recoger información y la otra se nos presenta como fuente de estas informaciones (Alarcón *et al.*, 2013, p. 15).

### **Procedimiento de recolección de datos**

Para la recolección de datos, las investigadoras tuvieron en cuenta los siguientes pasos:

- Se procedió a la recopilación, revisión y análisis de: i) las normas jurídicas del Derecho peruano y Derecho comparado; ii) de la jurisprudencia de los tribunales de justicia peruanos, así como pronunciamientos del Ministerio Público; y, iii) la doctrina nacional e internacional. Evidentemente, todas estas fuentes de información se vinculan con las materias de nuestro objeto de estudio (Derecho Penal, delito de Malversación de Fondos y principio de Mínima Intervención del Derecho Penal). Los resultados de este procedimiento se registraron en la ficha de análisis documental.
- Se aplicó una entrevista con formato de cuestionario a jueces, fiscales y abogados litigantes especializados en temas de Derecho Penal, a fin de recopilar información vinculada a nuestra materia de estudio. Dicha información se registró en la guía de entrevista.

### **2.3. Procesamiento y análisis de los datos**

En la presente investigación se utilizó el **método sistemático**. Este método de interpretación consiste en determinar qué quiere decir una norma, atribuyéndole los principios o conceptos que están descritos con mayor claridad en otras normas, pero que no están claramente expresados en el texto normativo que se quiere interpretar (Ramos Núñez, 2007, p.168).

Para nuestra investigación, se buscó otras normas en el interior de un sistema legal determinado, en el caso concreto, las normas nacionales de carácter administrativo que guardan congruencia con la conducta descrita en el delito de Malversación de Fondos.

#### **2.4. Aspectos Éticos**

En el presente estudio, se observaron los principios éticos, teniendo en cuenta como mínimo los siguientes parámetros:

- La recopilación de la información y los resultados de la investigación se sujetaron a los principios de exactitud, veracidad y honestidad.
- Se procedió a citar a los autores de las ideas y/o construcciones argumentativas que no correspondan a las investigadoras a fin de salvaguardar los derechos de autor.
- Se tuvo en cuenta la confidencialidad de la información en los casos que correspondan.
- Los datos obtenidos en la recolección de la información solo sirvieron para fines de la investigación.
- Además, se aplicaron los siguientes valores: respeto, puntualidad y responsabilidad.

## **CAPÍTULO III**

### **RESULTADOS**

#### **3.1. Norma administrativa vinculada a la conducta comprendida en el tipo penal de Malversación de Fondos.**

El presente estudio abordó y exploró las diversas normas nacionales de Derecho Administrativo, que cuentan con conductas similares a la descrita en el delito de Malversación de Fondos y que son pasibles de sanciones administrativas, encontrando solo una norma con esas características, la misma que consideramos como fundamento jurídico para la despenalización del delito en mención y su persecución exclusiva por la esfera del Derecho Administrativo Sancionador, a saber:

##### **- Normas de la Contraloría General de la República**

El artículo 45° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (Ley n.° 27785 publicada el 23 de julio de 2002 y modificada con Ley n.° 29622 publicada el 7 de diciembre de 2010) establece que la Contraloría General ejerce potestad para sancionar a servidores y funcionario públicos en materia de responsabilidad administrativa funcional derivadas de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control.

Asimismo, en el artículo 46° establece que constituye una conducta infractora en materia de responsabilidad administrativa, entre otros:

«a) Incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como las disposiciones internas vinculadas a la actuación funcional del servidor público.»

Al respecto, el Reglamento de la Ley n.º 29622 denominado «Reglamento de Infracciones y Sanciones para la Responsabilidad Administrativa Funcional derivada de los Informes emitidos por los Órganos del Sistema Nacional de Control» (aprobado con Decreto Supremo 023-2011-PCM publicada el 18 de marzo de 2011) y posteriormente el Reglamento de Infracciones y Sanciones para la Determinación de la Responsabilidad Administrativa Funcional Derivada de los Informes Emitidos por los Órganos del Sistema Nacional de Control (aprobado con Resolución de Contraloría n.º 100-2018-CG de 3 de abril de 2018) desarrollaron la mencionada conducta infractora estableciendo que:

**«Artículo 6°. Infracciones por incumplimiento de las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades y disposiciones internas relacionadas a la actuación funcional**

Los funcionarios o servidores públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional por la comisión de infracciones graves o muy graves, relacionadas al incumplimiento de las disposiciones que integran el marco legal

aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como de las disposiciones internas vinculadas a su actuación funcional, específicamente por: (...)

k) Usar los recursos públicos sin la estricta observancia de las normas pertinentes o influir de cualquier forma para su aplicación irregular, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.»

Si bien es cierto, en la sentencia resultante del **proceso n.º 00020-2015-PI/TC** de 25 de abril de 2019, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del artículo 46º de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (Ley n.º 27785 modificada con Ley n.º 29622) por trasgresión al principio de Reserva de la Ley, Legalidad y sub principio de Tipicidad [suprimiéndose con ello el catálogo de infracciones en materia de responsabilidad administrativa funcional], no puede negarse que la conducta infractora mencionada contaba con elementos constitutivos análogos a los contenidos en el tipo penal del delito de Malversación de Fondos y que fue aplicada durante aproximadamente nueve (9) años.

De otro lado, es de precisar que, a fin de subsanar el defecto de formalidad y ceñir la potestad sancionadora en materia de responsabilidad administrativa funcional a los principios y garantías



constitucionales de naturaleza procesal, el 2 de mayo de 2019, la Contraloría General presentó ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley n.º 4267-2018-CGR **«Proyecto de Ley que tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional en el marco de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República»**, el mismo que a la fecha de elaboración del presente informe de Tesis no cuenta con pronunciamiento.

Dicho proyecto de ley pretende elevar a rango legal las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional, proponiendo para tal finalidad la incorporación del artículo 46-A a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (Ley n.º 27785) con el siguiente texto:

#### **Artículo 46-A. Conductas Infractoras**

Constituye conductas infractoras graves o muy graves en materia de responsabilidad administrativa funcional, sujetas a la potestad sancionadora de la Contraloría General, las siguientes: (...)

7. Usar los recursos públicos incumpliendo las normas que regulan su ejecución o uso, o influir de cualquier forma para su utilización o aplicación irregular, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada grave (...)

**8. Usar indebidamente o dar una aplicación diferente, a los bienes o recursos públicos que les han sido confiados en**

**administración o custodia o que le han sido asignados con ocasión de su cargo, función, comisión, encargo, actividad,** o, que han sido captados o recibidos para la adquisición de un bien, la realización de una obra o prestación de un servicio, cuando de dicho uso o aplicación se obtenga un beneficio propio o de tercero, o sean destinados para actividades partidarias, manifestaciones o actos de proselitismo. Esta infracción es considerada muy grave (...)

Como puede advertir, el proyecto de ley ratifica la infracción análoga al tipo penal del delito de Malversación de Fondos que fuera comprendida en los Reglamentos que fueron dejados sin efectos con motivo de la sentencia de inconstitucionalidad; y más aún, introduce una modalidad derivada.

### **3.2. Jurisprudencia vinculada a la aplicación de sanciones en los procesos de**

#### **Malversación**

El presente estudio abordó diversos pronunciamientos emitidos por los órganos jurisdiccionales a nivel nacional, en los cuales se evidencian la reiterada y predominante tendencia del dictado de penas con carácter suspendida en su ejecución y sentencias absolutorias.

**Tabla 1**  
**Análisis de las sanciones emitidas a nivel nacional por los órganos jurisdiccionales con relación al delito de malversación**

Ítem	n.º de expediente y/o resolución	Distrito	Fundamento	Sanción
1	Expediente n.º 2000-1340	Loreto	Dentro de los límites de la ley se debe tener en cuenta los parámetros de proporcionalidad referidos a sus condiciones personales, forma y circunstancia como ocurrieron los hechos, el bien jurídico protegido, en el presente caso el acusado carece de antecedentes penales y así como su nivel cultural debido a su grado de instrucción superior le permite estar motivado por la norma penal.	Tres (3) años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución e inhabilitación respecto a la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público por el plazo que dure la condena.
2	Expediente n.º 72- 2004	Loreto	El acusado se acogió a la conclusión anticipada, aceptando los cargos. Asimismo, el acusado no registra antecedentes penales y los bienes materia del hecho punible han sido restituidos al Estado en parte.	Dos (2) año de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de un (1) año. Asimismo inhabilitación por dos (2) años privación del cargo e incapacidad para obtener cargo público
3	Expediente n.º 1882-2008	Loreto	El acusado se acogió a la conclusión anticipada, aceptando los cargos.	Dos (2) años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de un (1) año. Asimismo inhabilitación por dos (2) años privación del cargo e incapacidad para obtener cargo público
4	Expediente n.º 200-2011	Loreto	Los acusados se acogieron a la conclusión anticipada, aceptando los cargos. Asimismo, los acusados no tienen condición de reincidente o habitual.	Un (1) año y nueve (9) meses de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de un (1) año. Asimismo inhabilitación por un (1) año privación del cargo e incapacidad para obtener cargo público
5	Expediente n.º 3566-2011	Loreto	El acusado se acogió a la conclusión anticipada, aceptando los cargos.	Tres (3) años, tres (3) meses y trece (13) días de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres (3) años.
6	Recurso de nulidad n.º 311-2012	Apurímac	No se configura el tipo penal, dado que el acusado no poseía la disponibilidad jurídica de la administración de los bienes, toda vez que era un funcionario dependiente de las decisiones que por Ley le corresponde a otro. Asimismo, el Derecho Penal se rige por el principio de <b>intervención mínima</b> , el cual limita el poder del Estado en su poder de coerción penal para sancionar conductas antisociales de lesividad intolerables, debiendo acudir al Derecho Penal cuando fallan las otras ramas jurídicas del Derecho.	Absolución del acusado
7	Recurso de Casación n.º 503-2018	Madre de Dios	Que la ilicitud de las transferencias cuestionadas expresa una aplicación definitiva diferente de los caudales públicos institucionales (dinero) apartándolos de su destino legal; y, como se les desvió de programas específicos de desarrollo para gastos corrientes, es de considerar que se afectó el servicio público de origen.	Tres (3) años de pena privativa de libertad efectivo e inhabilitación por tres (3) años

Fuente: Exp.n.ºs 2000-1340, 72- 2004, 1882-2008, 200-2011 y 3566-2011; Recurso de Nulidad n.º 311-2012, y, Recurso de Casación n.º 503-2018 -2018;

Elaborado por: Investigadoras

De la lectura del cuadro precedente, se evidencia que los órganos jurisdiccionales a nivel nacional han venido sentenciado por el delito de Malversación de fondos de manera uniforme imponiendo penas privativas de libertad con carácter suspendido en su ejecución y sentencias absolutorias.

Asimismo, entre los fundamentos de dichos pronunciamientos se encuentra el principio de intervención mínima, señalando que este «(...) limita el poder del Estado en su poder de coerción penal para sancionar conductas antisociales de lesividad intolerables, debiendo acudir al Derecho Penal cuando fallan las otras ramas jurídicas del Derecho» (Recurso de Nulidad n.º 311-2012-Apurímac).

En ese sentido los pronunciamientos judiciales para el delito de Malversación de Fondos constituyen fundamento jurídico para la despenalización del mismo, a razón de que predomina la absolución de los acusados y las penas privativas de libertad leves, siendo innecesario por tanto la intervención del Derecho Penal, ya que existe una vía más idónea para acoger al supuesto de hecho de Malversación de Fondos, como es el Derecho Administrativo.

### **3.3. Jurisprudencia vinculada al principio de Mínima Intervención**

El presente estudio abordó diversos pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República que si bien no corresponden al delito de Malversación de Fondos, se

rescata la importancia y rol del principio de Mínima Intervención del Derecho Penal en los mecanismos de control social.

- **Sentencia n.º12-2006-PI/TC:**

El Tribunal Constitucional en la sentencia número doce guión dos mil seis guión PI oblicua TC, el Derecho Penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas y, por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, en este sentido, se tiene que cuando el Derecho Penal se erige como la última ratio supone que la sanción penal no debe actuar cuando exista la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos de control social menos severos.

- **Recurso de Nulidad del expediente n.º 3004-2012-Cajamarca:**

Se imputó al señor Alejandro Douglas Mori Chávez que durante su gestión como Alcalde de la Municipalidad de Yonán – Tembladera, indebidamente trasladó la línea telefónica de la entidad edil hacia su domicilio, efectuando llamadas telefónicas de carácter personal a Argentina e Italia, durante octubre, noviembre y diciembre del dos mil dos, situación que conllevó a que al Municipio le restrinjan el servicio telefónico. En mérito a ello se le sentenció como autor del delito contra la administración pública en la modalidad de Peculado de Uso Indebido de bienes públicos en agravio de la Municipalidad de Yonán.

Se interpuso Recurso de Nulidad contra la sentencia condenatoria; y, ante ello, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en adelante, la «Corte Suprema», absolvió al encausado bajo los fundamentos jurídicos en la que se precisa que el Derecho Penal debe ser un instrumento de *ultima ratio* para garantizar la pacífica convivencia de la sociedad, previa evaluación de su gravedad y de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad; asimismo, la Corte Suprema señaló que el Derecho Penal como medio de control social, tiende a evitar determinados comportamientos que se reputan como indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de la imposición de sanciones, reservándose para las violaciones más intolerables; en este sentido, se tiene que el Derecho Penal se rige como la *ultima ratio*, suponiéndose que la sanción penal no debe actuar cuando exista la posibilidad de utilizar otros instrumentos jurídicos de control social menos severos.

Asimismo, el Derecho Penal al estar enmarcado en el principio de Mínima Intervención, supone que el ejercicio del poder punitivo tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar desmanes transgresores de la vida en sociedad, operando solo cuando las demás alternativas de control han fallado, es decir, que carece de sentido la intervención del Derecho Penal cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios no penales para restablecer el orden jurídico, como las sanciones propias del Derecho Administrativo o del Derecho Civil.

En la misma línea sobre el principio de Lesividad, la Corte Suprema señala que en la aplicación de la norma penal, no basta la antijuricidad formal, es decir la mera contradicción entre el comportamiento y aquella norma, sino que debe existir la vulneración del bien jurídico, sea por lesión o puesta en peligro; sin embargo, no cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal, **sino solo aquellos comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de solución mediante otro medio de control social menos estricto.**

Del análisis efectuado al pronunciamiento de la Corte Suprema, tenemos que si bien es cierto el delito materia de examen es Peculado de Uso Indebido de bienes públicos, nosotras consideramos que los fundamentos expuestos en la sentencia absolutoria pueden extenderse para el delito de Malversación de Fondos; a razón de que las sanciones impuesta por el Derecho Penal deben reservarse para los comportamientos sumamente reprochables, no bastando la antijuricidad formal, el hecho de que el ex alcalde de la Municipalidad de Yonan había trasladado la línea telefónica de la entidad edil hacia su domicilio para uso particular, se configura como antijurídico, mas no está considerado como una violación intolerable, siendo pasible de solución mediante otro medio de control social menos gravoso. En tal sentido el actuar de la autoridad edil no representa conducta sumamente reprochable para ser tratada por el Derecho Penal, sino más bien por el Derecho Administrativo Sancionador.

En esa línea de ideas, podemos trasladar la interpretación de los principios de Mínima Intervención y Lesividad al delito de Malversación de Fondos, en el sentido de que el funcionario o servidor público que dé una aplicación definitiva diferente al dinero o bienes que están bajo su administración, estaría comprendido en la antijuridicidad formal, mas no, dicha conducta sería considerada como sumamente reprochable a razón de que aquel no estaría sustrayendo para sí o para otro los recursos públicos, los mismos que se mantendrían en la esfera de dominio del Estado, cabiendo en ese caso la intervención del Derecho Administrativo Sancionador.

- **Recurso de Nulidad del expediente n.º 1883 – 2012 – Junín:**

Se imputó al señor Víctor Carmen Nuñez que hizo uso particular de la motocicleta asignada por la Dirección Regional de Agricultura, en su calidad de repartidor de notas de prensa; producto de ello el bien fue sustraído por terceros y, en ese escenario, aquel devolvió un bien similar al sustraído. Se le acusó por el delito contra la administración pública en la modalidad de Peculado de Uso; sin embargo, la Sala resolvió absolver al imputado, frente a lo cual, el Fiscal Superior interpuso recurso de nulidad.

Posteriormente, la Sala Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en adelante, la «Corte Suprema», declaró no haber nulidad en la sentencia que absolvió al encausado, fundamentando



esencialmente su decisión en el principio de Intervención Mínima, que integra dos postulados básicos del Derecho Penal preventivo: subsidiaridad o *ultima ratio* y carácter fragmentario del Derecho Penal, en atención a ello, se exige que solo deben sancionarse las modalidades de ataque más peligrosas para los bienes jurídicos que protege el Derecho Penal; en todo caso, el Derecho Administrativo sancionador es el indicado y proporcionalmente idóneo para dar cuenta de la conducta desplegada por el acusado.

- **Recurso de Nulidad del expediente n.º 238-2009-Puno:**

Se atribuye que dos (2) trabajadores de la Municipalidad Provincial de San Román se apropiaron de diversas piezas de un vehículo que fue entregado en custodia luego que participara en un accidente de tránsito, los encausados eran depositarios de los bienes que quedaron bajo su custodia y en consecuencia responsables de la desaparición de los bienes faltantes. Los encausados fueron absueltos de los cargos y en mérito a ello el Procurador Público Municipal, interpuso recurso de nulidad.

La Corte Suprema declaró no haber nulidad de la sentencia absolutoria basándose en que se debe aplicar el principio de Intervención Mínima del Derecho Penal, el mismo que consiste en que aquel deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando dicha protección puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales, siendo relevante y

aplicable el principio de Subsidiaridad, según el cual el Derecho Penal ha de ser la *ultima ratio*, el último recurso que se debe utilizar a falta de otros menos lesivos, así como el denominado carácter fragmentario del Derecho Penal que significa que este no ha de sancionar todas las conductas vulneradoras de los bienes jurídicos, ni tampoco todos ellos son objeto de tutela, sino solo castiga las modalidades de ataque más peligrosas para ellos; ambos postulados integran el llamado principio de Intervención Mínima del Derecho Penal. Concluye la Corte Suprema, indicando que la potestad de castigar no puede ser ejercida por el Estado de manera ilimitada, pues se caería en el abuso y la arbitrariedad.

- **Recurso de Nulidad del expediente n.º 3763-2011-Huancavelica:**

Se imputó a Ricardo Alejandro Vera Donaires, abogado de la oficina de asesoría legal de la Universidad Nacional de Huancavelica, haber utilizado papel membretado, equipo de cómputo e impresora de propiedad de dicha casa de estudios, con el fin de redactar un escrito a favor de su patrocinado de manera particular, razón por la cual fue condenado por el delito de Peculado Doloso.

El sentenciado interpuso recurso de nulidad. Y la Sala Penal Permanente se pronunció al respecto, declarando haber nulidad en la sentencia condenatoria, basando su decisión en que el Derecho Penal se caracteriza por prever las sanciones en principio más graves, las penas y las medidas de seguridad, como forma de evitar los comportamientos especialmente peligrosos.

En ese sentido, el Derecho Penal no puede arrogarse todo comportamiento socialmente indeseado, sino solo aquellos que revisten suma gravedad y que no son posibles de revertir con medios de control social menos severos. En esa línea de ideas, uno de los principios fundamentales legitimadores del Derecho Penal es el principio de Intervención Mínima, según el cual la intervención del Derecho Penal se reduce solo a aquellos casos en los que sea estrictamente necesario, y no donde exista otro mecanismo de sanción como las del Derecho Administrativo o del Derecho Civil. Es así como se muestra el carácter subsidiario del Derecho Penal, también denominado de *ultima ratio* que, al orientar la solución del conflicto a una sanción menos gravosa, delimita el campo de acción de la intervención penal únicamente a aquello que sirva eficazmente a la prevención general positiva de la pena. Asimismo, la Corte Suprema señala que según el principio de Lesividad, no cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal, sino solo aquellos comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto.

### **3.4. Derecho Comparado**

El presente estudio abordó el Derecho Comparado a través del análisis de la conducta de Malversación de Fondos en la legislación internacional, dando como resultado lo siguiente:

**Tabla 2**  
**Análisis de la conducta descrita en el delito de malversación en el Derecho Comparado**

Ítem	País	Norma	Descripción	Sanción	Observación
1	Argentina	Código Penal de la Nación Argentina <sup>12</sup>	<b>Art. 260°.- Malversación de caudales públicos:</b> El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados.	Inhabilitación especial de un mes a tres años. 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.	La legislación argentina no contempla dentro de sus sanciones pena privativa de libertad para el delito de malversación; sino inhabilitación y multa.
2	Chile	Código Penal Chileno <sup>13</sup>	<b>Art. 236°.- Malversación de caudales públicos:</b> El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados.	Suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo si no resultare daño o entorpecimiento.	La legislación chilena no contempla dentro de sus sanciones pena privativa de libertad para el delito de malversación; sino suspensión del empleo.
3	Costa Rica	Código Penal Costarricense <sup>14</sup>	<b>Art. 356°.- Malversación:</b> El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administre una aplicación diferente a aquella a que estuvieren destinados.	Será reprimido con treinta a noventa días multa. Si de ello resultara daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio.	La legislación costarricense no contempla dentro de sus sanciones pena privativa de libertad para el delito de malversación; sino con días multa.
4	Guatemala	Código Penal de Guatemala <sup>15</sup>	<b>Art. 447°.- Malversación:</b> 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.	La legislación guatemalteca no contempla dentro de sus sanciones pena privativa de libertad para el delito de malversación; sino multa.

<sup>12</sup> Aprobado con Ley n.º 11-179 (T.O 1984 actualizado).

<sup>13</sup> Aprobado con Ley n.º 2561 de 12 de noviembre de 1874, modificado con Ley n.º 20507 vigente desde 8 de abril de 2011

<sup>14</sup> Aprobado con Ley n.º 4573 de 4 de mayo de 1970.

<sup>15</sup> Aprobado con Decreto n.º 70-73 de 1 de enero de 1974.

Ítem	País	Norma	Descripción	Sanción	Observación
5	Honduras	Código Penal de Honduras <sup>16</sup>	<b>Art. 372°.- Malversación de caudales públicos:</b> 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	La legislación hondureña no contempla dentro de sus sanciones pena privativa de libertad para el delito de malversación; sino multa e inhabilitación.
6	Nicaragua	Código Penal de la República de Nicaragua <sup>17</sup>	<b>Art. 405°.- Malversación de caudales públicos:</b> 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.	Multa de diez a veinticinco por ciento sobre la cantidad mal aplicada, si resultare daño o entorpecimiento del servicio público.	La legislación nicaragüense no contempla dentro de sus sanciones pena privativa de libertad para el delito de malversación; sino multa.

Fuente: Ley n.º 11-79, 2561, 4573; Decreto n.º 7073, 144-83 y Decreto Ley n.º 297.  
Elaborado por: Investigadoras

Del análisis efectuado al cuadro precedente se tiene que el tratamiento legal adoptado para la conducta descrita en el delito de Malversación de Fondos en el Derecho Comparado tiende a sancionar solo con inhabilitación o suspensión del empleo y multas; en ese sentido, considerando que las legislaciones revisadas, Argentina, Chile, Costa Rica, Guatemala, Honduras y Nicaragua comprenden sanciones penales muy leves; nosotras determinamos que el Derecho Comparado analizado constituye fundamento jurídico para determinar la despenalización de la

<sup>16</sup> Aprobado con Decreto n.º 144-83 de 1983.

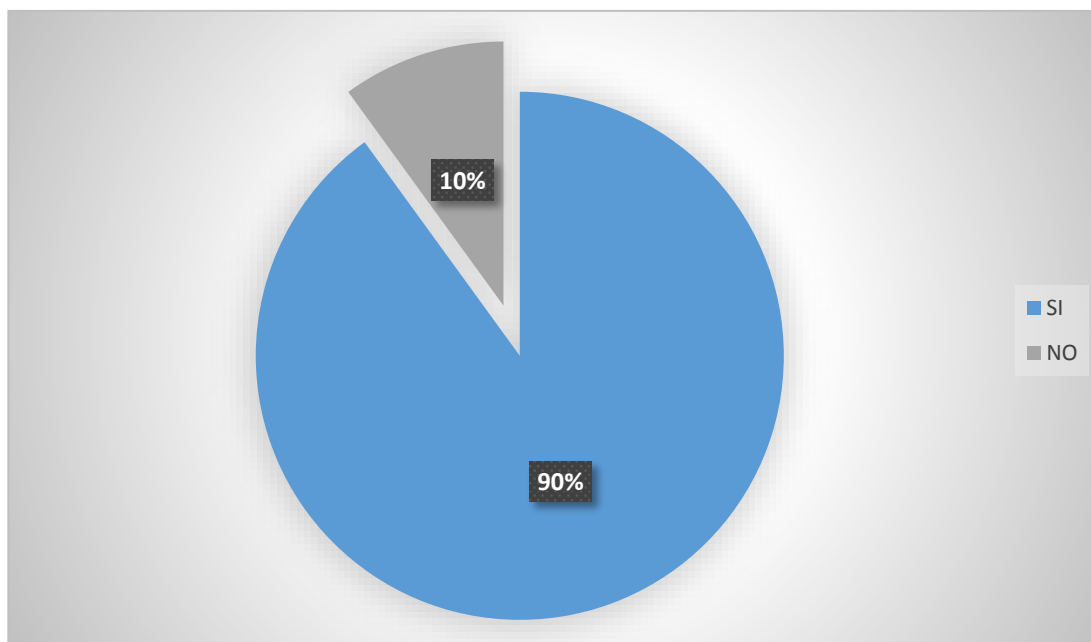
<sup>17</sup> Aprobada con Decreto Ley n.º 297 de 16 de enero de 1974, publicado el 3 mayo de 1974.

conducta de Malversación de Fondos y con ello se justifique su persecución y sanción por el Derecho Administrativo Sancionador, de manera exclusiva.

### **3.5. Entrevistas a profesionales con experiencia en la materia**

Para elaborar la presente investigación nos valimos de distintas técnicas de recolección de datos, tal es el caso de la entrevista efectuada a diversos profesionales con experiencia en Derecho Penal (abogados litigantes, fiscales en materia penal y procuradores públicos anticorrupción); consultándoles sobre la postura que ostentan acerca de la despenalización del delito de Malversación de Fondos, así como su persecución exclusivamente por el Derecho Administrativo Sancionador. El resultado de las entrevistas se plasmó en las figuras que a continuación se muestran.

**Figura n.º 1**  
**¿Estaría de acuerdo con la despenalización del delito de malversación?**

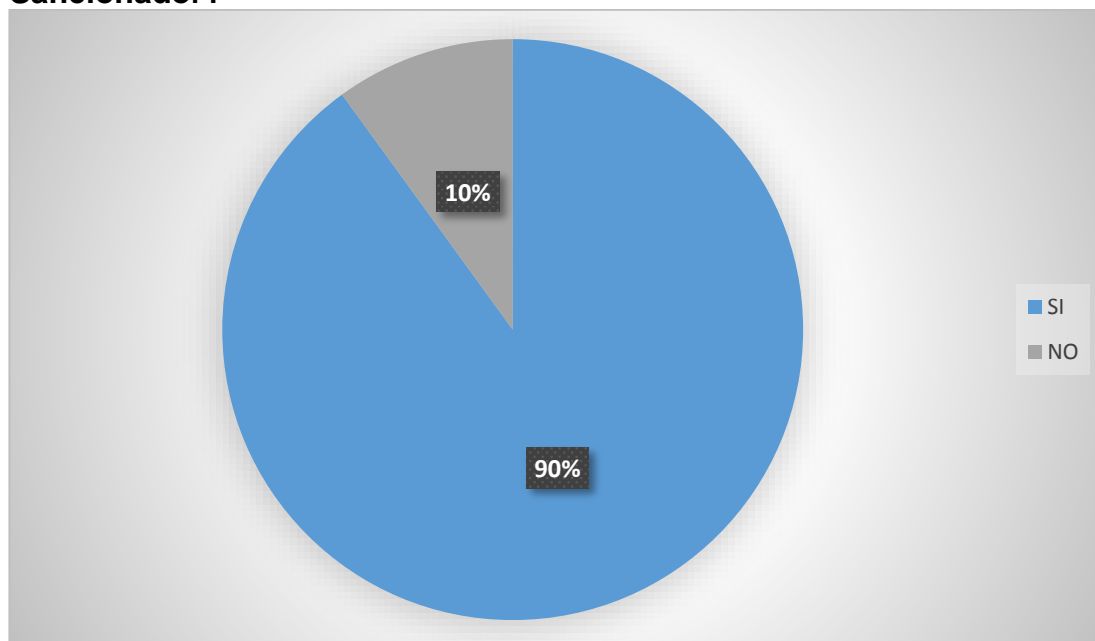


**Fuente:** Entrevistas realizadas a profesionales con experiencia en Derecho Penal  
**Elaborado por:** Investigadoras

De la lectura de la figura n.º1 se puede apreciar que el 90% de entrevistados están a favor de la despenalización del delito de Malversación de Fondos a razón de que es una conducta que encuadra mejor en el Derecho Administrativo, donde existen las herramientas legales, como es el proceso administrativo sancionador al cual se puede acudir cuando existen desviaciones de conductas de los funcionarios; mientras que, un 10% de los entrevistados están en contra, basando su postura en el hecho de que la intención del legislador para sancionar el delito de Malversación de Fondos es la afectación del servicio público.

**Figura n.º 2**

**¿Estaría de acuerdo con la persecución exclusivamente de la conducta de Malversación por el Derecho Administrativo Sancionador?**



**Fuente:** Entrevistas realizadas a profesionales con experiencia en Derecho Penal  
**Elaborado por:** Investigadoras

De la lectura de la figura n.º 2 se puede apreciar que el 90% de entrevistados están a favor de la persecución de la conducta de Malversación de Fondos por el Derecho Administrativo Sancionador, toda vez que el sujeto activo si bien infringe los deberes propios de su cargo; sin embargo, no sustrae los recursos públicos de la esfera jurídica de dominio del Estado, por tanto la lesión al bien jurídico protegido debería ser proporcional a la sanción a imponerse, correspondiendo para tal caso una sanción administrativa.

Por otro lado, un 10% de profesionales con experiencia en Derecho Penal están en contra de su persecución por el Derecho Administrativo Sancionador fundamentado su postura en el hecho de que la intención del



legislador es garantizar la efectividad de la pena por la afectación del bien jurídico tutelado.

## CAPÍTULO IV

### DISCUSIÓN

Del análisis de los resultados obtenidos durante la ejecución de la presente investigación se ha identificado que constituyen fundamentos para la despenalización del delito de Malversación de Fondos así como para su persecución y sanción a través del Derecho Administrativo Sancionador, los siguientes:

#### 1. El principio de Mínima Intervención y de Lesividad

Según el principio de Mínima Intervención, debe entenderse que el Derecho Penal es un medio de control jurídico de *ultima ratio* que puede ser utilizado por el Estado para sancionar las conductas que representan mayor gravedad y alarma social, cuando los demás mecanismos de la misma naturaleza (Derecho Administrativo y Derecho Civil) no resulten suficiente para tal finalidad. Asimismo, el principio de Lesividad se encuentra regulado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal peruano, en cuya virtud la sanción penal requiere de una lesión flagrante del bien jurídico tutelado derivado de un hecho suficientemente grave.

Si bien es cierto, el bien jurídico que se ve trastocado en la Malversación de Fondos es la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, también es verdad que, dicha conducta no representa mayor gravedad si se tiene en cuenta que los fondos públicos se mantienen en la esfera jurídica patrimonial del Estado (a diferencia del delito de Peculado<sup>18</sup> o

---

<sup>18</sup> El artículo 387° del Código Penal peruano modificado con Decreto Legislativo n.° 1243 publicado el 22 de octubre de 2016, prescribe como texto actual del delito de Peculado Doloso y Culposo el siguiente: «El funcionario o servidor público que se

Enriquecimiento ilícito<sup>19</sup>) y que la finalidad en la que se ejecuta también es pública (aunque sea distinta a la prevista). Ello, evidentemente, no significa que no exista la conducta ilícita; sin embargo, al ser mínima la lesión al bien jurídico, consideramos que el Derecho Administrativo Sancionador resulta suficiente para su control; lo que permiten inferir que la intervención del Derecho Penal en el delito materia de análisis no se enmarca en el principio de Mínima Intervención y de Lesividad.

## **2. La reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Tribunales Judiciales del Perú.**

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha recogido y reconocido la vigencia del principio de Mínima Intervención del Derecho Penal (véase sentencia del expediente n.º 00012-2016-PI/TC). De la misma manera, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha invocado el principio de Mínima Intervención del Derecho Penal y, además, el de Lesividad para declarar la absolución del imputado en

---

apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia les estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días - multa. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días – multa. Constituye situación agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días – multa. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días - multa».

<sup>19</sup> El artículo 401° del Código Penal peruano modificado con Decreto Legislativo n.º 1243 publicado el 22 de octubre de 2016, prescribe como texto actual del delito de Enriquecimiento Ilícito el siguiente: «El funcionario o servidor público que abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días – multa. Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismo o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio o la acusación constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días – multa. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital de sus ingresos por cualquier otra causa lícita».

varios procesos, al considerar que el comportamiento materia de juzgamiento no eran lo suficientemente grave o peligroso como para justificar la drástica intervención del Derecho Penal (véase Recurso de Nulidad derivado de los expedientes n.º 311-2012-Apurimac, n.º 3004-2012-Cajamarca, n.º 1883-2012-Junin, n.º 238-2009-Puno, n.º 3763-2011-Huancavelica).

De otro lado, durante la investigación también se pudo observar que existen numerosos casos (Véase expedientes n.º 340-200-Loreto, 0072-2004-Loreto, 1882-2008-Loreto, n.º 0200-2011-Loreto, n.º 3566-2011 y n.º 503-2018) en los que, en base al principio de proporcionalidad, el órgano jurisdiccional impuso penas privativas de la libertad (suspendidas en su ejecución), iguales o menores de 3 años e inhabilitación, todo lo cual permite confirmar que la lesión al bien jurídico en el delito de Malversación de Fondos no reviste mayor gravedad y podría ser materia de persecución y sanción por el Derecho Administrativo Sancionador, tanto más si se tiene en cuenta que la sanción de inhabilitación también puede ser aplicada en este campo del Derecho.

### **3. La sanción atenuada de la Malversación de Fondos en el Derecho Comparado**

Durante la investigación se pudo evidenciar que en el Derecho Penal de varios países Latinoamericanos se regula la Malversación de Fondos como delito; sin embargo, a diferencia del Derecho Penal peruano, este no contempla penas privativas de libertad; y en su lugar la conducta ilícita

se sanciona con inhabilitación (Argentina, Honduras), Multa (Argentina, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua) y suspensión del empleo (Chile).

Si bien es cierto el Derecho Comparado contempla como delito a la Malversación de Fondos, puede advertirse que este se castiga con sanciones menores a la pena privativa de la libertad, tales como la inhabilitación, multa o la suspensión temporal de las funciones; situación que permite confirmar el entendimiento de la menor gravedad social de la conducta y la posibilidad jurídica de que su conocimiento sea reservada al ámbito del Derecho Administrativo donde las mencionadas sanciones también pueden ser aplicadas.

#### **4. Opinión mayoritaria de operadores jurídicos a favor de la despenalización de la Malversación de Fondos.**

A partir de la entrevista practicada a distintos profesionales abogados con reconocida experiencia en Derecho Penal se ha determinado que existe una tendencia predominante a favor de la despenalización del delito de Malversación de Fondos y su persecución, de manera exclusiva, por parte del Derecho Administrativo Sancionador. Explicaron, además que, la despenalización del delito de Malversación de Fondos contribuiría a la descarga procesal tanto en sede fiscal como judicial; y con la persecución por el Derecho Administrativo Sancionador se podría tener procesos más céleres e inmediatez en las futuras sanciones para los funcionarios o servidores que incurran en esta conducta.

## **5. Marco normativo para sancionar conductas análogas a la Malversación de Fondos en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador**

Durante la ejecución de la investigación se encontró que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (Ley n.º 27785 publicada el 23 de julio de 2002 y modificada con Ley n.º 29622 publicada el 7 de diciembre de 2010) reconoce en su artículo 45º la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República en materia de responsabilidad administrativa funcional derivadas de los informes de auditoría emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control; y, asimismo, en su artículo 46º un catálogo de conductas infractoras que luego fueron desarrolladas en vía de reglamentación.

El catálogo de conductas infractoras estableció, entre otros, que los funcionarios o servidores públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional por la comisión de infracciones graves o muy graves, específicamente por: (...)

k) Usar los recursos públicos sin la estricta observancia de las normas pertinentes o influir de cualquier forma para su aplicación irregular, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es

económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.»

Si bien es cierto, en la sentencia resultante del **proceso n.º 00020-2015-PI/TC** de 25 de abril de 2019, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del catálogo de conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional, puede apreciarse que la conducta infractora citada en el párrafo precedente contaba con elementos constitutivos análogos a los contenidos en el tipo penal del delito de Malversación de Fondos y fue aplicada durante aproximadamente nueve (9) años.

Es de precisar que la Contraloría General ha presentado ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley n.º 4267-2018-CGR **«Proyecto de Ley que tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional en el marco de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República»** con el cual se busca superar los defectos formales que determinaron la inconstitucionalidad del catálogo de conductas infractoras primigenio elevándolas al rango legal (y no meramente reglamentario). Durante la investigación se encontró que dicho proyecto ratifica la infracción análoga al tipo penal del delito de Malversación de Fondos y más aún, introduce una modalidad derivada; de tal manera que en el breve plazo debería contarse nuevamente con la vigencia de este tipo administrativo.

Como puede apreciarse, el ordenamiento jurídico peruano ya contaba, desde el 2011, con un marco normativo administrativo que venía sancionando una infracción análoga al tipo penal del delito de Malversación de Fondos. Si bien, la potestad sancionadora de la Contraloría General se encontraba limitada a las infracciones identificadas en informes auditoría emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control; esta situación demuestra que si es viable, en términos materiales y jurídicos, implementar en el Derecho Administrativo los mecanismos necesarios para perseguir y sancionar a aquel servidor o funcionario público que dé a los fondos públicos una aplicación definitivamente distinta a la prevista.

Consideramos importante además que los otros órganos con atribuciones para la determinación y sanción de la responsabilidad administrativa en el Perú (diferentes a la Contraloría) puedan conocer y tramitar este tipo de infracción en ámbitos diferentes a los de un informe de auditoría, para lo cual resultará necesario la modificación de la Ley y el Reglamento del Servicio Civil (Ley n.º 30057 y Decreto Supremo n.º 040-2014-PCM) con el objeto de comprender, de manera cierta y expresa, la conducta de Malversación de Fondos como infracción administrativa.

Podemos concluir que la Malversación de Fondos debe ser proscrita del catálogo de conductas consideradas como delito en el ordenamiento jurídico peruano; y, que la persecución y sanción de esta, sea reservada a otros



mecanismos formales de control social menos gravosos para los derechos fundamentales de la persona, como es el Derecho Administrativo.

## **CAPÍTULO V**

### **CONCLUSIONES**

#### **Primero**

Entre los fundamentos jurídicos que determina la proscripción de la persecución y sanción de la conducta de Malversación de Fondos a través del Derecho Penal en el Perú tenemos: **i)** el principio de Mínima Intervención y Lesividad en el Derecho Penal; **ii)** La reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los Tribunales Judiciales del país que han recogido y aplican dicho principio para declarar la absolución del imputado; y, en su defecto imponen sanciones menos severas que las privativa de la libertad; **iii)** La sanción atenuada del delito de Malversación de Fondos en el Derecho Comparado; **iv)** La opinión mayoritaria de operadores jurídicos a favor de la despenalización de la Malversación de Fondos y su incorporación exclusiva al Derecho Administrativo Sancionador; y, **v)** el Marco normativo para sancionar conductas análogas a la Malversación de Fondos en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador

#### **Segundo**

El tratamiento del delito de Malversación de Fondo en el Perú no se enmarca en el principio de Mínima Intervención del Derecho Penal y de Lesividad, toda vez que no representa una conducta lo suficientemente peligrosa que lesione de manera importante el bien jurídico protegido, si se tiene en cuenta que los fondos públicos se mantienen en la esfera jurídica patrimonial del Estado y la finalidad en la que se ejecuta también es pública (aunque sea distinta a la prevista); de tal manera que, el Derecho Administrativo Sancionador resulta suficiente para su control.

### **Tercero**

La reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los Tribunales Judiciales del Perú demuestra que los jueces vienen aplicando el principio de Mínima Intervención para declarar la absolución del imputado cuando se evidencia que la conducta desplegada no es lo suficientemente grave para demandar la intervención del Derecho Penal. Además, en otros casos, imponen sanciones menos severas que las privativas de la libertad (como la inhabilitación, la multa o la suspensión temporal del ejercicio de las funciones) confirmando de esa manera que se trata de una conducta ilícita leve que bien puede ser instruida y sancionada en el Derecho Administrativo.

### **Cuarto**

El tratamiento legal del delito de Malversación de Fondos en el Derecho Comparado de Latinoamérica no se sanciona con pena privativa de la libertad; en su lugar la conducta ilícita se sanciona con inhabilitación (Argentina, Honduras), multa (Argentina, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua) y suspensión del empleo (Chile), confirmando de esa manera que se trata de una conducta ilícita leve que bien puede ser instruida y sancionada en el Derecho Administrativo donde se aplican esos tipos de sanciones.

### **Quinto**

La opinión predominante de los profesionales con reconocida experiencia en Derecho Penal es a favor de la despenalización del delito de Malversación de Fondos y su persecución y sanción por parte del Derecho Administrativo

Sancionador; habiéndose rescatado como efecto positivo la descarga procesal de los órganos de administración de justicia en materia penal y la celeridad del procedimiento en materia de Derecho Administrativo Sancionador.

### **Sexto**

Una conducta análoga al delito de Malversación de Fondos fue incluida en el catálogo de infracciones en materia de responsabilidad administrativa funcional sujetas a la potestad sancionadora de la Contraloría General desde el 2011. Si bien es cierto dicho catálogo fue declarado inconstitucional en el 2019 por haberse desarrollado en vía de reglamentación, un nuevo proyecto de ley busca subsanar ese defecto elevándolo al rango legal, estimándose que dicha infracción cobrará vigencia nuevamente; lo que permite evidenciar, que resulta viable legalmente implementar en el Derecho Administrativo los mecanismos necesarios para perseguir y sancionar a aquel servidor o funcionario público que dé a los fondos públicos una aplicación definitivamente distinta a la prevista.

### **Séptimo**

La potestad sancionadora de la Contraloría General en materia de responsabilidad administrativa funcional se ejerce únicamente en las infracciones identificadas en los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control. De tal manera que para materializar un giro completo en el Derecho Sancionador Peruano consideramos importante que los otros órganos con atribuciones para la determinación y sanción de la

responsabilidad administrativa en el Perú puedan conocer y tramitar este tipo de infracción (en ámbitos diferentes a los de un informe de auditoría), para lo cual resultará necesario la modificación de la Ley y el Reglamento del Servicio Civil (Ley n.º 30057 y Decreto Supremo n.º 040-2014-PCM) con el objeto de comprender, de manera cierta y expresa, la conducta de Malversación de Fondos como infracción administrativa.

## **CAPÍTULO VI**

### **RECOMENDACIONES**

Recomendamos que la información y el análisis aportado en la presente investigación sea considerado en la formulación de iniciativas legislativas para despenalización el delito de Malversación de Fondos e implementar su persecución exclusivamente por el Derecho Administrativo Sancionador.

Las investigadoras proponen en el siguiente texto:

## **PROYECTO DE LEY N.º 01/2020-EJVT**

Proyecto de Ley que despenaliza el delito de Malversación de Fondos previsto en el artículo 389º del Código Penal e incorpora la conducta como tipo administrativo en el catálogo de infracciones de la Ley de Servicio Civil (Ley n.º30057) .

El Colegio de Abogados de Loreto, conforme a lo establecido en el artículo 107<sup>20</sup> de la Constitución Política del Perú, proponen el siguiente Proyecto de Ley:

**Ley que despenaliza el delito de Malversación de Fondos previsto en el artículo 389º del Código Penal e incorpora la conducta como tipo administrativo en el catálogo de infracciones de la Ley de Servicio Civil (Ley n.º30057)**

### **Artículo 1º.- Objeto de la Ley**

La presente Ley tiene por objeto despenalizar el delito de Malversación de Fondos previsto en el artículo 389º del Código Penal e incorporar el supuesto de hecho como conducta infractora en la en la Ley de Servicio Civil a fin de que los órgano instructores y sancionadores en materia de responsabilidad administrativa del país puedan asumir competencia sobre el particular.

---

<sup>20</sup> Artículo 107º.- El Presidente de la República y los congresistas tienen derecho de iniciativa en la formación de las leyes. También tienen el mismo derecho en las materias que les son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los gobiernos regionales, los gobiernos locales y los colegios profesionales (...).

## **Artículo 2°.- Derogatoria**

Deróguese el artículo 389° del Código Penal.

## **Artículo 3°.- Incorporación de la conducta infractora de Malversación de Fondos en la Ley de Servicio Civil (Ley n.° 30057).**

Incorporar el literal r) en el artículo 85° de la Ley de Servicio Civil (Ley 30057), el cual quedará redactado de la siguiente forma:

«Artículo 85. Faltas de carácter disciplinario

Son faltas de carácter disciplinario que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con suspensión temporal o con destitución, previo proceso administrativo:

« (...)

r) El dar al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente a la que estaba destinada, afectando así el servicio y/o la función encomendada»



## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente proyecto de ley busca despenalizar el delito de Malversación de Fondos previsto en el artículo 389° del Código Penal (modificado con Decreto Legislativo n.° 1243 publicado el 22 de octubre de 2016) e incorporar el supuesto de hecho como conducta infractora en la Ley de Servicio Civil (Ley n.° 30057) en base al principio de Mínima Intervención, Lesividad y Proporcionalidad.

Según Castillo (2004), el principio de Intervención Mínima se caracteriza esencialmente por legitimar al Derecho Penal tanto en su función social como en el plano valorativo, en la medida que esgrime proteger y resguardar a las personas de injerencias estatales innecesarias e inútiles en su esfera de estructuración. Asimismo, señala que la sanción jurídico penal no es el único recurso, ni, a veces, el mejor contra el delito. Justificándose la intervención en los derechos de las personas cuando sea absolutamente necesaria e imprescindible y además hayan fracasado los demás mecanismos de control social.

Por otro lado, Según Villa Stein (2014), que el bien jurídico como objeto de protección del Derecho Penal debe ser lesionado o puesto en peligro para que, conforme al principio de Lesividad, el Derecho Penal intervenga, no siendo suficiente que exista oposición entre la conducta y la norma penal, siendo necesario la lesión o puesta en peligro del bien jurídico concreto.

En relación al principio de Proporcionalidad de las Penas, en el Acuerdo Plenario n.º 1/2000 (publicado el 13 de octubre del 2000) refieren que el principio en mención es un límite a la potestad punitiva del Estado que consiste en el juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación legal. Tiene que existir una proporcionalidad entre gravedad del delito (injusto) y la pena.

En ese sentido, entre los fundamentos jurídicos que determina la proscripción de la persecución y sanción de la conducta de Malversación de Fondos a través del Derecho Penal en el Perú tenemos:

### **Primero**

Entre los fundamentos jurídicos que determina la proscripción de la persecución y sanción de la conducta de Malversación de Fondos a través del Derecho Penal en el Perú tenemos: **i)** el principio de Mínima Intervención y Lesividad en el Derecho Penal; **ii)** La reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los Tribunales Judiciales del país que han recogido y aplican dicho principio para declarar la absolución del imputado; y, en su defecto imponen sanciones menos severas que las privativa de la libertad; **iii)** La sanción atenuada del delito de Malversación de Fondos en el Derecho Comparado; **iv)** La opinión mayoritaria de operadores jurídicos a favor de la despenalización de la Malversación de Fondos y su incorporación exclusiva al Derecho Administrativo Sancionador; y, **v)** el Marco normativo para sancionar conductas análogas a la Malversación de Fondos en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador

## **Segundo**

El tratamiento del delito de Malversación de Fondo en el Perú no se enmarca en el principio de Mínima Intervención del Derecho Penal y de Lesividad, toda vez que no representa una conducta lo suficientemente peligrosa que lesiones de manera importante el bien jurídico protegido, si se tiene en cuenta que los fondos públicos se mantienen en la esfera jurídica patrimonial del Estado y la finalidad en la que se ejecuta también es pública (aunque sea distinta a la prevista); de tal manera que, el Derecho Administrativo Sancionador resulta suficiente para su control.

## **Tercero**

La reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los Tribunales Judiciales del Perú demuestra que los jueces vienen aplicando el principio de Mínima Intervención para declarar la absolución del imputado cuando se evidencia que la conducta desplegada no es lo suficientemente grave para demandar la intervención del Derecho Penal. Además, en otros casos, imponen sanciones menos severas que las privativas de la libertad (como la inhabilitación, la multa o la suspensión temporal del ejercicio de las funciones) confirmando de esa manera que se trata de una conducta ilícita leve que bien puede ser instruida y sancionada en el Derecho Administrativo.

## **Cuarto**

El tratamiento legal del delito de Malversación de Fondos en el Derecho Comparado de Latinoamérica no se sanciona con pena privativa de la

libertad; en su lugar la conducta ilícita se sanciona con inhabilitación (Argentina, Honduras), multa (Argentina, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua) y suspensión del empleo (Chile), confirmando de esa manera que se trata de una conducta ilícita leve que bien puede ser instruida y sancionada en el Derecho Administrativo donde se aplican esos tipos de sanciones.

#### **Quinto**

La opinión predominante de los profesionales con reconocida experiencia en Derecho Penal es a favor de la despenalización del delito de Malversación de Fondos y su persecución y sanción por parte del Derecho Administrativo Sancionador; habiéndose rescatado como efecto positivo la descarga procesal de los órganos de administración de justicia en materia penal y la celeridad del procedimiento en materia de Derecho Administrativo Sancionador.

#### **Sexto**

Una conducta análoga al delito de Malversación de Fondos fue incluida en el catálogo de infracciones en materia de responsabilidad administrativa funcional sujetas a la potestad sancionadora de la Contraloría General desde el 2011. Si bien es cierto dicho catálogo fue declarado inconstitucional en el 2019 por haberse desarrollado en vía de reglamentación, un nuevo proyecto de ley busca subsanar ese defecto elevándolo al rango legal, estimándose que dicha infracción cobrará vigencia nuevamente; lo que permite evidenciar, que resulta viable legalmente implementar en el Derecho

Administrativo los mecanismos necesarios para perseguir y sancionar a aquel servidor o funcionario público que dé a los fondos públicos una aplicación definitivamente distinta a la prevista.

### **Séptimo**

La potestad sancionadora de la Contraloría General en materia de responsabilidad administrativa funcional se ejerce únicamente en las infracciones identificadas en los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control. De tal manera que para materializar un giro completo en el Derecho Sancionador Peruano consideramos importante que los otros órganos con atribuciones para la determinación y sanción de la responsabilidad administrativa en el Perú puedan conocer y tramitar este tipo de infracción (en ámbitos diferentes a los de un informe de auditoría), para lo cual resultará necesario la modificación de la Ley y el Reglamento del Servicio Civil (Ley n.º 30057 y Decreto Supremo n.º 040-2014-PCM) con el objeto de comprender, de manera cierta y expresa, la conducta de Malversación de Fondos como infracción administrativa.

## **ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

La presente iniciativa legislativa no contiene ninguna propuesta de gasto público, por lo que no irrogará gasto al erario nacional.

## **ANÁLISIS DEL IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

La propuesta legislativa busca despenalizar al delito de Malversación de Fondos previsto en el artículo 389° del Código Penal; con la finalidad de incorporarla en la esfera jurídica más idónea, protegiendo de esta manera la dignidad del ser humano y evitando que este sea sometido al escrutinio del juicio de la sociedad por una conducta que en la actualidad no cumple los requisitos necesarios para ser abordado por el *ius puniendi* del Estado.

## CAPÍTULO VIII

### FUENTES DE INFORMACIÓN

#### **Libros sobre Metodología**

1. Ramos, C. (2007). *Cómo hacer una tesis de Derecho y No Envejecer en el Intento*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica SA.
2. Ramos, J. (2008). *Elabore su tesis en Derecho Pre y Postgrado*. Lima, Perú: San Marcos EIRL.

#### **Libros de las materias a investigar**

1. Calderón, H. (2005). *Derecho Administrativo I*. Guatemala: Fenix.
2. Castillo, J. L. (2002). *Principios de Derecho Penal Parte General*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica SA.
3. García, M. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Valencia, España: Tirant lo Billanch.
4. Rojas, F. (2007). *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima, Perú: Grijley.
5. Rojas, F. (2016). *Manual Operativo de los Delitos Contra la Administración Pública Cometidos por Funcionarios Públicos*. Lima, Perú: Nomos & Thesis EIRL.
6. Salinas Siccha, R. (2009). *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima, Perú: Grijley
7. Villa Stein, J. (2014). *Derecho Penal: Parte General*. Lima, Perú: ARA Editores EIRL.

## **Tesis de Grado**

1. Castillo, J. (2006). *Despenalización del Delito de Malversación de Fondos Públicos* (Tesis de Pregrado). Universidad de San Carlos de Guatemala, Ciudad de Guatemala, Guatemala.
2. Saenz, H. (2016). *La Despenalización del Delito de Malversación de Fondos por Fines Sociales y Asistenciales* (Tesis de Doctorado). Universidad Nacional de la Amazonia Peruana - Escuela de Pos Grado «José Torres Vásquez», Iquitos, Perú.
3. Zamudio, T (2016). *La Despenalización del Delito de Malversación de Fondos por Beneficios Sociales y su Relación con y las Políticas de Protección Penal Aplicadas en el Perú en Casos del Periodo 2013 – 2014* (Tesis de Maestría). Universidad Católica los Ángeles de Chimbote – Programa de Maestría, Lima, Perú.
4. Salvatierra, J. (2017). *Despenalización del Delito de Malversación Fondos en la Legislación Peruana en Relación al Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal* (Tesis de Pregrado). Universidad Cesar Vallejo, Lima, Perú.
5. Saniya, R (2019). *Despenalización del Delito de Malversación Fondos del Código Penal Peruano* (Tesis de Maestría). Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo – Escuela de Postgrado. Ancash, Perú.



### **Artículos de las materias a investigar**

1. Osinerming (2017). *Manual del Derecho Administrativo*. Lima, Perú. Recuperado de <https://www.scribd.com/document/392931901/Manual-Derecho2-pdf>.
2. Enciclopedia Jurídica (2019), Recuperado de <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/malversaci%C3%B3n/malversaci%C3%B3n.htm>
3. Ventura, T (2019). *Malversación de Fondos* Recuperado de <https://www.doccity.com/es/malversacion-de-fondos/5114261/>

### **Diapositivas de las materias a investigar**

1. Escuela Nacional de Control (2020). Señalamiento y determinación de responsabilidades de funcionarios públicos.
2. Moreno, M. (2016, 12 de agosto). La responsabilidad administrativa disciplinaria y la responsabilidad administrativa funcional en la administración pública [presentación de diapositivas]. Sevir. [https://storage.servir.gob.pe/archivo/2016/la\\_libertad/El\\_Procedimiento\\_Administrativo\\_Disciplinario\\_y\\_Procedimiento\\_Administrativo\\_por\\_Responsabilidad\\_Funcional\\_ago16.pdf](https://storage.servir.gob.pe/archivo/2016/la_libertad/El_Procedimiento_Administrativo_Disciplinario_y_Procedimiento_Administrativo_por_Responsabilidad_Funcional_ago16.pdf)

## **ANEXOS**

- 1. Matriz de consistencia**
- 2. Instrumentos de recolección de datos**
  - 2.1. Guía de Entrevista
  - 2.2. Ficha de Análisis Documental

## ANEXO N° 1

### MATRIZ DE CONSISTENCIA

#### DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS Y SU PERSECUCIÓN POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN PERÚ, 2017 – 2018.

Problema	Objetivo	Hipótesis	Variable	Metodología
<p style="text-align: center;"><b>General</b></p> <p>¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que determinan la despenalización del delito de Malversación de Fondos y justifican su persecución y sanción a través del Derecho Administrativo Sancionador en Perú, 2017 - 2018?</p> <p style="text-align: center;"><b>Específicos</b></p> <p>a) ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que determinan la proscripción de la persecución y sanción de la conducta de Malversación de Fondos a través del Derecho Penal en el Perú?</p> <p>b) ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la persecución y sanción de la conducta de Malversación de Fondos a través del Derecho Administrativo Sancionador en el</p>	<p style="text-align: center;"><b>General</b></p> <p>Establecer los fundamentos jurídicos que determinan la despenalización de la conducta de Malversación de Fondos y que justifican su persecución y sanción por el Derecho Administrativo Sancionador en Perú, 2017 – 2018.</p> <p style="text-align: center;"><b>Específicos</b></p> <p>a) Establecer los fundamentos jurídicos que determinan la proscripción de la persecución y sanción de la conducta de Malversación de Fondos a través del Derecho Penal en el Perú.</p> <p>b) Establecer los fundamentos jurídicos que justifican la persecución y sanción de la conducta de Malversación de Fondos a través del Derecho Administrativo Sancionador en el</p>	<p>Las investigaciones con enfoque cualitativos prescindir de la formulación de hipótesis, según se desprende de la Guía para la Elaboración de Plan e Informe de Tesis de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana.</p>	<p>Las investigaciones con enfoque cualitativos prescindir de la formulación de variables, según se desprende de la Guía para la Elaboración de Plan e Informe de Tesis de la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana.</p>	<p><b>Enfoque</b> - Cualitativo</p> <p><b>Tipo de investigación</b> - Investigación básica - Investigación jurídica dogmática y sociológica-funcional.</p> <p><b>Nivel de investigación</b> - Exploratorio</p> <p><b>Diseño de investigación</b> - No experimental</p> <p><b>Técnica de recolección de datos:</b> - Análisis documental - Entrevista</p> <p><b>Instrumento de recolección de datos:</b> - Ficha de análisis documental - Guía de Entrevista</p>

Perú?	Perú.			
-------	-------	--	--	--

**ANEXO N° 2.1**  
**GUÍA DE ENTREVISTA**

**1. Presentación e instrucciones**

A continuación, se procederá a aplicar una serie de preguntas abiertas a jueces, fiscales, abogados litigantes y cualquier otro profesional de reconocida solvencia académica en materia de Derecho Penal, a fin de recopilar opiniones, experiencias, puntos de vista y cualquier información de contenido jurídico respecto a Despenalización del Delito de Malversación de Fondos y su persecución por el Derecho Administrativo Sancionador.

**2. Procedimiento**

- Las investigadoras elaborarán una lista donde se consigne el nombre de los profesionales que se consideren especializados en materia de Derecho Penal.
- Luego, se procederá a contactar con ellos por vía telefónica o de manera personal a fin de agendar fecha y hora para aplicar las preguntas que comprende la entrevista.

**3. Datos del entrevistado y preguntas a aplicar**

**Entrevistado**

Nombre :  
Actividad profesional :  
Experiencia (en años) :  
Fecha de la Entrevista:

**Preguntas**

¿Qué entiende/cómo definiría usted el concepto del delito de malversación de fondos?

---

---

---

---

---

¿Ha escuchado hablar sobre la despenalización del delito de malversación de fondos y su incorporación a la esfera del Derecho administrativo sancionador en nuestro país? o ¿en otros países latinoamericanos?

---

---

---

---

---

¿Estaría de acuerdo que este delito se despenalice y sea sancionado por el derecho administrativo? ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos de su respuesta?

---

---

---

---

---

¿Qué implicancia tiene el principio de Intervención Mínima en la despenalización del delito de malversación de fondos?

---

---

---

---

---

¿Considera que la comprensión de esta conducta en la esfera del Derecho Administrativo Sancionador, tuviera relevancia positiva para el sistema judicial del país?

---

---

---

---

---

¿Conoce los pronunciamientos emitidos por los tribunales de justicia del Perú y/o a nivel internacional respecto a la despenalización del delito de malversación de fondos? ¿Cuáles son? Comente.

---

---

---

---

---

**ANEXO N° 2.2**  
**FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL**

**1. Presentación e instrucciones**

A continuación, se procederá a registrar la información vinculada a los conceptos de Malversación de Fondos, Principio de Intervención Mínima del Derecho Penal, Derecho Administrativo Sancionador, que se encuentran en diferentes fuentes de información de naturaleza jurídica: i) normas del ordenamiento jurídico del derecho peruano y derecho comparado; ii) jurisprudencia de los tribunales de justicia peruanos e internacionales, pronunciamiento del Ministerio Público peruano e instituciones similares a nivel internacional; y, iii) doctrina nacional e internacional. Tiene la finalidad de recabar información válida y confiable que será utilizada en el marco de los objetivos formulados para la presente investigación.

**2. Datos del documento**

Número/Denominación del documento (norma, doctrina, jurisprudencia, otro)

---

---

---

Autor / Autoridad / Institución que emite el documento

---

---

---

Fecha y lugar de emisión del documento

---

---

---



**Ideas / Argumentos principales sobre la materia de investigación**

---

---

---

---

---

---

---

---

**Observaciones de las investigadoras**

---

---

---

---

---

---

---

---