



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN FONDOS EN LA
LEGISLACIÓN PERUANA EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE MÍNIMA
INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL.

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR

MARIO SERGIO ROBERT SALVATIERRA JULCA

ASESOR

DR. JAIME ELIDER CHAVEZ SANCHEZ

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

DERECHO PENAL

LIMA – PERÚ

2017

ACTA DE SUSTENTACIÓN



ACTA DE SUSTENTACIÓN N° 230-2017-II-DPI-OI/EPD/UCV/LN

El Jurado encargado de evaluar el Trabajo de Investigación, PRESENTADO EN LA MODALIDAD DE DESARROLLO DE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.

Presentado por don (a):

SALVATIERRA JULCA, MARIO SERGIO ROBERT.

Cuyo Título es:

“DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA, EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL”.

Reunido en la fecha, escuchó la sustentación y la resolución de preguntas por el estudiante, otorgándole el calificativo de: 16 DIECISEIS

DESAPROBADO	00-10 PUNTOS	(.....)
APROBADO POR MAYORÍA	11-13 PUNTOS	(.....)
APROBADO POR UNANIMIDAD	14-17 PUNTOS	(<u>16</u>)
APROBADO POR EXCELENCIA	18-20 PUNTOS	(.....)

Lima, 14 de Diciembre de 2017

HORA: 07:00 a 7:30 P.M.


.....
CASTRO RODRIGUEZ, LILIAM LESLY
PRESIDENTE


.....
ISRAEL BALLENA, CESAR AUGUSTO
SECRETARIO


.....
CHAVEZ SANCHEZ, JAIME ELIDER
VOCAL

NOTA: En el caso de que haya nuevas observaciones en el informe, el estudiante debe levantar las observaciones para dar el pase a Resolución.

Somos la universidad de los
que quieren salir adelante.



ucv.edu.pe



**ACTA DE SUSTENTACIÓN
N° 146-2017-II-PI-OI/EPD/UCV/LN**

El Jurado encargado de evaluar el Trabajo de Investigación, PRESENTADO EN LA MODALIDAD DE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN.

Presentado por don (a):

SALVATIERRA JULCA, MARIO SERGIO ROBERT.

Cuyo Título es:

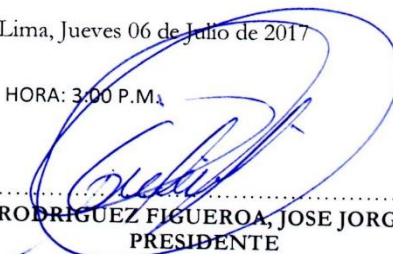
“DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA, EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL”.

Reunido en la fecha, escuchó la sustentación y la resolución de preguntas por el estudiante, otorgándole el calificativo de: *16*... *DIECISEIS*


DESAPROBADO	00-10 PUNTOS	(.....)
APROBADO POR MAYORÍA	11-13 PUNTOS	(.....)
APROBADO POR UNANIMIDAD	14-17 PUNTOS	<i>(16)</i>
APROBADO POR EXCELENCIA	18-20 PUNTOS	(.....)

Lima, Jueves 06 de Julio de 2017

HORA: 3:00 P.M.


.....
RODRIGUEZ FIGUEROA, JOSE JORGE
PRESIDENTE


.....
LA TORRE GUERRERO, ANGEL FERNANDO
SECRETARIO


.....
ROQUE GUTIERREZ, NILDA YOLANDA
VOCAL

NOTA: En el caso de que haya nuevas observaciones en el informe, el estudiante debe levantar las observaciones para dar el pase a Resolución.

Somos la universidad de los
que quieren salir adelante.



ucv.edu.pe

A mis padres

DECLARACIÓN DE AUTORÍA



DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, MARIO SERGIO ROBERT SALVATIERRA JULCA, estudiante de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad César Vallejo, filial - Lima Norte; declaro que el trabajo académico titulado **"DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN FONDOS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL"**, presentada en "120" folios para la obtención del grado académico / título profesional de Abogada es de mi autoría.

Por lo tanto, declaro lo siguiente:

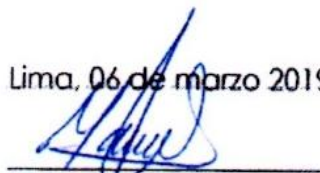
He mencionado todas las fuentes empleadas en el presente trabajo de investigación, identificando correctamente toda cita textual o de paráfrasis proveniente de otras fuentes, de acuerdo con lo establecido por las normas de elaboración de trabajos académicos.

No he utilizado ninguna otra fuente distinta de aquellas expresamente señaladas en este trabajo.

Este trabajo de investigación no ha sido precisamente presentado completa ni parcialmente para la obtención de otro grado académico o título profesional. Soy consciente de que mi trabajo puede ser revisado electrónicamente en búsqueda de plagios.

De encontrar uso de material intelectual ajeno sin el debido reconocimiento de su fuente o autor, me someto a las sanciones que determinan el procedimiento disciplinario.

Lima, 06 de marzo 2019



MARIO SERGIO ROBERT SALVATIERRA JULCA
DNI 47348080

DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD

Yo, Mario Sergio Robert Salvatierra Julca, identificado con DNI N° 47348080, a efecto de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad César Vallejo, Facultad de Derecho, Escuela profesional de Derecho, declaro bajo juramento que toda la documentación que acompaño es veraz y autentica.

Así mismo, declaro también bajo juramento que todos los datos e información que se presenta en la presente tesis, son auténticos y veraces.

En tal sentido, asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada por la cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas de la Universidad César Vallejo.

Lima, 06 de marzo 2019.



MARIO SERGIO ROBERT SALVATIERRA JULCA
DNI:47348080

Presentación

Señores miembros del jurado calificador:

En cumplimiento a las normas del reglamento de elaboración y sustentación de Tesis de la Universidad “César Vallejo” se pone a vuestra consideración la investigación titulada “Despenalización del delito de malversación fondos en la legislación peruana en relación al principio de mínima intervención del derecho penal.”, para obtener el título profesional de Abogado.

En esta investigación se toma en cuenta a Rojas (2016), quien sostiene enfáticamente que el tipo penal de Malversación de fondos, regulado en el artículo 390 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.

La información se ha estructurado en siete capítulos teniendo en cuenta el esquema de investigación sugerido por la universidad. En el capítulo I, se ha considerado la introducción de la investigación. En el capítulo II, se registra el marco metodológico. En el capítulo III, se presentan los resultados a partir del procesamiento de la información recogida. En el capítulo IV se considera la discusión de los resultados. En el capítulo V se llega a las conclusiones, en el capítulo VI las Recomendaciones y por último, en el capítulo VII se consideran las referencias bibliográficas y los anexos de la investigación.

El autor.

Índice

Acta de sustentación	ii
Dedicatoria	iv
Declaración de autoría	v
Declaratoria de autenticidad	vi
Presentación	vii
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
I. INTRODUCCIÓN	12
1.1. APROXIMACIÓN TEMÁTICA	16
1.2. TRABAJOS PREVIOS	19
1.3. TEORIAS RELACIONADAS	22
1.4 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	54
Problema General	54
Problema Específico	54
1.5. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO	54
1.6. OBJETIVOS	56
1.7. SUPUESTO JURÍDICO	57
II. MÉTODO	58
2.1 Tipo de investigación:	59
2.2 Diseño de la investigación:	59
2.3 Caracterización de los sujetos	59
2.4 Población y muestra	60
2.5 Técnica de recolección de Datos	60
2.6 Análisis de datos	61

2.7	Unidad de análisis	61
2.8	Aspecto ético	63
III.	RESULTADOS	64
3.1	Descripción de Resultados de Entrevistas	65
3.2	Descripción de resultados: Técnica de Análisis normativo	72
IV.	DISCUSIÓN	75
V.	CONCLUSIONES	83
VI.	RECOMENDACIONES	85
VII.	BIBLIOGRAFÍA	87
	ANEXOS	91
	Acta de originalidad de tesis	117
	Reporte de turnitin	118
	Autorización de publicación de tesis	119
	Autorización de la versión final	120

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo, es Evaluar la despenalización del delito de malversación en la legislación peruana en relación a el principio de mínima intervención del Derecho Penal, ello en contraste con el Derecho Comparado y su viabilidad dentro de nuestro sistema jurídico. Realizar un análisis de tipo penal malversación de fondos tipificado en el Art 389 del Código Penal Peruano. Revisando elementos básicos del tipo penal, como son el sujeto activo, bien jurídico protegido, el objeto materia del delito, la naturaleza jurídica del tipo, así como la atipicidad del mismo.

Para realizar mencionado análisis líneas arriba, se recurre a la jurisprudencia nacional, así como a la doctrina y al Derecho Comparado, principalmente en países como España y Argentina, en virtud de que muchos de los tipos Penales del Código Español guardan similitud con los de nuestro Código Penal.

Se analizará también los efectos y la relevancia del tipo penal en la actualidad, así como la primacía del principio de Mínima Intervención frente a la aplicación del tipo penal, materia de análisis; Para cuyo objeto se hará uso también de herramientas para recopilar información por parte de especialistas en el campo de aplicación del tipo penal, sea el caso de Fiscales, Procuradores y Abogados, por medio de la entrevista y el análisis normativo,

ABSTRACT

The objective of this work is to evaluate the decriminalization of the crime of embezzlement in Peruvian legislation in relation to the principle of minimum intervention of Criminal Law, in contrast to Comparative Law and its viability within our legal system. Carry out an analysis of the criminal type embezzlement of funds typified in Art 389 of the Peruvian Penal Code. Analyzing basic elements of the criminal type, such as the Active Subject, legal protected, the subject matter of the crime, the legal nature of the type, as well as the atypicality of it.

In order to carry out the aforementioned analysis, national jurisprudence, as well as doctrine and comparative law are used, mainly in countries such as Spain and Argentina, since many of the criminal types of the Spanish Code are similar to those of our Penal Code.

It will also analyze the effects and the relevance of the criminal type at present, as well as the primacy of the principle of Minimum Intervention against the application of the criminal type, matter of analysis; For this purpose, tools will also be used to collect information from specialists in the field of application of the criminal type, such as prosecutors, attorneys and lawyers, through the interview and normative analysis

I. INTRODUCCIÓN

En la presente investigación relacionada a la Despenalización del delito de malversación en la legislación peruana en relación al principio de mínima intervención del Derecho Penal, se analizará el delito de malversación de fondos, tipificado en el Art. 389 Código Penal, así como los alcances del principio de necesidad o mínima intervención y sus derivados, siendo el caso de los Principio de Subsidiaridad y Principio de Fragmentariedad, toda vez que estos son reconocidos como garantes de la función punitiva. En nuestra legislación se sanciona con pena, e inclusive se estipula privar de su libertad a aquel 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, empero esta desviación no escapa de la esfera pública, es decir sigue siendo para servicio de la sociedad, en virtud de ello es importante analizar y observar el impacto que esta genera en la sociedad y en los caudales públicos del Estado, pues el dinero o bien ha sido destinado para distinto fin, en última instancia el beneficiado sigue siendo la sociedad, por tanto en estos casos es incongruente que la norma persiga penalmente al funcionario , teniendo en cuenta que la aplicación de la pena es un mecanismo de control complementario, extremo , de último recurso, y su aplicación solo se da cuando el resto de medios de control fallan.

Es así que en la actualidad como consecuencia de regulación que se le viene dando al tipo penal de malversación, se abren procesos penales a los funcionarios y servidores públicos que dan una aplicación distinta a la ya establecida a los caudales-públicos-que estos administran, el cual está causando un gran perjuicio primero, sea el caso por ejemplo de los, servidores públicos que obtienen su cargo a través de un concurso, ello a mérito del alto nivel y preparación profesional, o de los funcionarios que en muchas oportunidades por el hecho de conocer de forma directa la realidad de su localidad, y sus necesidades destina el dinero o bienes para un fin distinto, y por ello se ve privado de su libertad, lo cual se resume en sucesos que no será posible resarcir; No solo ello, pues también acarrea consecuencias en el ámbito social del funcionario o servidor, toda vez se pone en duda la credibilidad y moralidad del mismo, teniendo en cuenta que el sistema de justicia le da el trato de “Criminal”, al estar siendo perseguido penalmente, lo cual repercute de forma negativa a su imagen dentro de la sociedad.

Como ya ha sido mencionado consecuencia también de la actual regulación de la figura de Malversación de fondos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se impone una pena privativa de libertad, es decir que el servidor o funcionario público que da una aplicación distinta a la ya establecida a los bienes que este administra, podría ir preso de acuerdo a lo establecido en nuestro Código Penal, situación que realmente genera una gran preocupación, toda vez que se está tratando como delincuentes, a aquellos que incurren en esa conducta, cuando la aplicación del Derecho Penal, es de ultima ratio, es decir al momento de legislar no se toma en cuenta y se está dejando al margen la aplicación del principio de mínima intervención, reconocidos por nuestra legislación, y que a su vez son de mucha importancia pues limitan la función punitiva del Estado.

Segundo, es importante también mencionar que se está generando perjuicio a la sociedad y al Estado, toda vez que se está generando de más carga a las oficinas Fiscales, en específico de las especializadas en delito de corrupción, sea el caso de Lima Norte, en el cual dicha oficina fiscal, no solo ve casos de corrupción sino también de lavado de activos, lo cual obliga a que estos inviertan tanto su presupuesto como tiempo, para abocarse a casos de malversación, generando así mayor carga procesal e inclusive retraso en casos que talvez son aun de vital importancia para el bien y cuidado de la sociedad, sea peculado, colusión, etc.

Esta situación viene siendo materia de discusión no solo a nivel nacional sino también a nivel internacional, tal es el caso de Guatemala, donde Castillo, J. (2006) en su trabajo titulado Despenalización del delito de Malversación de Fondos Públicos manifiesta:

“La persecución penal, a la que se ve sometido el funcionario público, por el cometimiento del Delito de Malversación de Fondos Públicos, es una situación degradante, toda vez que en primer orden es una pena anticipada y viola el principio de presunción de inocencia de toda persona humana, regulado en el artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala” (p. 60).

El autor hace referencia al trato injusto que se está dando al funcionario público por parte del Sistema de Justicia Guatemalteco, por incurrir en el tipo penal de malversación de fondos, incluso califica de “degradante”, dicha situación que se viene dando dentro de su país, toda vez

que para el autor tipificar como Delito la Malversación de Fondos, contravendría el principio de presunción de inocencia y en consecuencia la constitución misma. Situación que no viene siendo diferente dentro de nuestra realidad, si bien es cierto que no se presenta la violación de presunción de inocencia, si estamos frente a una regulación de un tipo penal, que llega incluso a privar de la libertad de los sujetos que incurren en ella, y cuya regulación viene contraviniendo los principios que limitan la función punitiva del Estado, es específico el principio de mínima intervención estatal.

Muñoz y García respecto a la mínima intervención citados por Pablo Milanese (2007):

En la actualidad el principio de intervención mínima se configura como una garantía frente al poder punitivo del Estado y constituye, por lo tanto, el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados de Derecho. Supone que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. (p.4)

El autor español en la presente cita, nos da a entender de forma explícita que el principio de mínima intervención es una garantía, que lleva con si una gran relevancia dentro de la función punitiva del estado, y es por ello que es parte fundamental y pilar del ordenamiento jurídico en específico del Derecho Penal, de lo cual concluye que solo se debe recurrir al derecho penal de ultima ratio, cuando esto sea estrictamente necesario, por ser lesiones muy graves o bienes jurídicos de vital importancia; y es por ello que otorgarle como consecuencia jurídica-pena-a los funcionarios que dan una aplicación definitiva diferente a los bienes que estos administran, significa la utilización del Principio de mínima intervención, toda vez que si la presente conducta-malversación-no genera o supone daños muy graves al patrimonio Estatal, pues los fondos siguen siendo utilizados, aplicados o invertidos para el servicio público, endientase que estos no escapan de la esfera pública.

En nuestra capital los casos de corrupción son visto a diario, solo basta ver los noticieros o periódicos locales, para ser testigos de los casos que se presentan, sin hacer mención a aquellos justiciables que recurren a los centros de justicia-Poder Judicial-para darse cuenta de ello; empero es importante también reconocer que tanto el Estado como la Sociedad contamos como principal arma de respuesta al Ministerio Publico, en específico a las Fiscalías especializas en

Delitos de Corrupción de Funcionarios tanto de Lima , Lima Norte y Lima Sur, toda vez que estas, son las encargadas de perseguir los delitos de malversación, es decir invierten tiempo, infraestructura, personal y presupuesto para perseguir una conducta -malversación- que es penalizada, aun cuando esta-penalización-se encontraría contraviniendo los límites de la función punitiva estatal, en estricto ,contra el Principio de necesidad o mínima intervención.

Es por ello que la presente investigación tiene como objetivo evaluar la despenalización del delito de malversación en la legislación peruana en relación al principio de mínima intervención del Derecho Penal, es decir llegar a conocer o explicar la incidencia o efectos que guarda la Despenalización de la mencionada figura-malversación-con uno de los Principios que limitan la función punitiva estatal en específico el Principio de mínima intervención.

Es de resaltar que por mandato constitucional la institución encargada de controlar y supervisar el correcto uso y aplicación de los caudales públicos, es la Contraloría General de la República del Perú, siendo está un Mecanismo de Control Interno (OCI), mediante Art. 81, 82 y 199 de nuestra Constitución, el cual las da competencias únicas, con la finalidad de proteger el caudal del Estado, de igual manera la Procuraduría Pública Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios, encargada de representar al Estado así como cuidar de los intereses del mismo.

1.1. APROXIMACIÓN TEMÁTICA

Con el propósito de entender y comprender la problemática planteada en la presente investigación materia de lectura, es imperante conocer o tener en cuenta que es malversación, para lo cual la RAE (2017), manifiesta que es el *“Delito que cometen las autoridades o funcionarios que sustraen o consienten que un tercero sustraiga caudales o efectos públicos que tienen a su cargo”*. De la presente definición, puede desprenderse que establecen como elemento principal para que se configure malversación, el que se sustraiga para él o tercero, fondos públicos, sin embargo, nuestra legislación no comparte dicho concepto, toda vez que en el Art. 389 del Código Penal, establece que dicha conducta-malversación-solo se configura cuando el funcionario o servidor da una aplicación distinta a la ya establecida de los fondos públicos, dejando claro que si esta desviación es dirigida fuera de la esfera pública, es decir para beneficio de privado, se estaría frente al delito de peculado.

Pero, ¿Quiénes pueden cometer malversación de fondos? ¿Todos podemos incurrir en dicho ilícito?, con el propósito de comprender un poco más al respecto a dicha figura, es pertinente conocer que solo los funcionarios o servidores públicos pueden ser los que incurran en el presente tipo penal, para lo cual la RAE (2017), expresa que es funcionario aquel “Persona que desempeña profesionalmente un empleo público”.

La Convención Interamericana contra la corrupción (CICC) ratificada por el Estado Peruano el 6 de abril de 1997, por medio de su Artículo 1, nos señala que es funcionario, cualquier trabajador o empleado del Estado o de las instituciones del mismo, incluidos también los elegidos o nombrados, para desarrollar funciones, servicio o acciones en nombre del Estado, sea cual sea el nivel jerárquico en el que se encuentren. (CICC, Art.1). Por su parte el Código Penal en su Art.425, mucho más allá de otorgar un concepto o definición de funcionario público, designa quienes pueden ser comprendidos como funcionarios públicos dependiendo de las funciones que estos realizan.

En virtud de lo ya mencionado, es oportuno saber que la legislación nacional entiende por malversación a aquella en la que se da una aplicación definitiva diferente a la ya establecida, en el Art. 389 del Código Penal de la cual podemos resaltar, que estamos que este es un delito especial, toda vez que, se establece límites respecto a las personas que pueden incurrir en la presente figura delictiva.

El articulado consta de 2 párrafos, acto siguiente del primer párrafo se puede desprender que:

- a) Solo una persona con la calidad de Funcionario o Servidor Público puede incurrir en malversación;
- b) el bien jurídico es la correcta y estricta aplicación del dinero o bienes que administra-fondos públicos-
- c) para que se configure la denominada figura-malversación- es imperante la afectación del servicio o función encomendada
- e) establece como pena máxima 4 años, por tanto a priori estaríamos frente a un caso de prisión suspendida
- f) mediante la última modificatoria se estableció días-multa.

En el segundo párrafo, estamos frente a una agravante de la conducta-malversación-, la cual se configura cuando el dinero o bienes administrados-del cual se desvía su aplicación-

correspondían a programas de apoyo social, desarrollo o asistenciales; se da un aumento a la pena máxima-8 años- lo cual configura una posible prisión efectiva; al igual que en el primer párrafo, la cuantía de los días-multa es la misma, caso curioso, toda vez que estamos frente a una agravante, solo se ha considerado el aumento de la pena, es importante analizar también que, la imposición de días multa es la misma para el resto de delitos contra la administración pública, siendo este criterio desproporcional, ante delitos donde el funcionario se beneficia directamente con los bienes del estado, entonces, el legislador considera que el funcionario que da aplicación diferente de los bienes a la ya establecida empero igual siendo para el ámbito público es decir no se apropia del bien, amerita la misma multa, que el que se apropia y beneficia de los bienes públicos.

Es de sumamente importante entender en qué situaciones o cuando los funcionarios o servidores públicos incurre en malversación, para lo cual mediante Recurso de Nulidad N° 100-04 AREQUIPA, se establece que el actuar común en el delito de malversación de fondos es la aplicación de manera distinta de las asignaciones establecidas de dinero y bienes, de forma tal que se varia el destino ya establecido oficialmente. Y que la doctrina se centra en cuatro conductas específicas para la configuración de la figura de malversación “*a) dar aplicación oficial diferente de aquella destinada; b) comprometer sumas superiores a las fijadas; c) invertir en forma no prevista; d) utilizar los fondos en forma no prevista*”.

Mediante el cual la doctrina nos permite apreciar dándonos un panorama de cómo es que se configura la malversación en hechos concretos, es decir en la práctica, determina de forma específica cuando un funcionario o servidor incurre en malversación, delimitándola a cuatro conductas, no obstante es importante destacar que en el total de conductas mencionadas, no se aprecia una en la que el funcionario o servidor se apropie o beneficie del desvío de los caudales, toda vez que en cada una de ellas, el bien o dinero va siempre dirigida al servicio público, y a pesar de ello, el funcionario o servidor, es investigado y perseguido penalmente.

1.2. TRABAJOS PREVIOS

NACIONALES

Flores, H (2015). En su trabajo de investigación sobre “Despenalización del Tipo Penal Malversación de fondos en la legislación peruana”. Tesis de la Universidad Cesar Vallejo para obtener el título profesional de Abogado, advierte que el tipo penal Malversación de Fondos dentro de nuestra legislación, no es consecuente con el Derecho Penal moderno y garantista toda vez que un Estado que respeta los Derechos Fundamentales debe tener como política principal la primacía de la libertad y la aplicación de medios de solución previos al Derecho Penal.

Bramont, L. (2015). En su trabajo de investigación titulado “El concepto de funcionario público en el Derecho Penal y la problemática del funcionario de hecho” en los delitos contra la administración pública”. (Tesis de la Pontificia Universidad Católica del Perú para optar al grado de Magister), señala explícitamente que, del catálogo de delitos contra la administración pública, prima como bien jurídico protegido en común el correcto funcionamiento de la administración pública, el mismo que tiene sus bases y complementos en los principios y garantías constitucionales. El autor considera que pese a la relevancia de los deberes funcionales de los sujetos activos-funcionario o servidor público- estos no conforman el objeto de tutela de los delitos contra la administración pública, sino más bien instrumentos, que contribuyen y complementan una suerte de protección para mencionado bien jurídico.

Chanjan, R. (2014). En su trabajo de investigación relacionado a “La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso” (Tesis para optar por el título de Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú), por medio del cual explica que la aplicación o uso indebido de los fondos, efectos o caudales del Estado, que no se materialicen en “Apropiación”, son parte del conglomerado de conductas que carecen de relevancia para el tipo penal de Peculado, que deberían ser sancionadas por el marco administrativo. Esto en virtud de la esencia ultima ratio que constituye el Derecho Penal y la protección del correcto funcionamiento de la administración pública, dicha función

también cumplida por el Derecho Administrativo. Estableciendo también un explicita diferencia entre el delito de Malversación y el de Administración desleal, a razón de que esta última no deslinda el desvío los caudales para un destino público, hecho que si sucede en el de Malversación de fondos.

INTERNACIONALES

Guatemala

Castillo, J. (2006). En su trabajo de investigación titulado la “Despenalización del delito de malversación de fondos públicos”. Tesis de la Universidad San Marcos de Guatemala para obtener el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Por medio del cual concluye que el tipo penal de malversación de fondos, no cumple con los requisitos impuestos por las exigencias del Derecho Penal garantista y moderno, el autor sustenta lo dicho en virtud a lo que se suscita en Guatemala, en relación a la pena establecida por el Legislador para los funcionarios o servidor que incurren en dicha conducta, en comparación con el resto de delitos contra la administración pública, pues se establece una pena multa e inhabilitación, no obstante en específico, para aquel funcionario que incurre en peculado no se establece la inhabilitación, por tanto resulta totalmente carente de lógica. En ese sentido de ideas, en palabras del autor, ocasiona un trato denigrante por parte del sistema legislativo, en contra de los funcionarios, al procesarse penalmente vulnerándose así principios de mínima intervención, fragmentariedad y subsidiariedad.

Chile

Reyes, J. (2009). En su trabajo de investigación titulado “Delitos funcionarios que consisten en la falta de probidad” (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). En el delito de malversación o el de aplicación pública diferente, conocido así en la legislación chilena en el Art. 236 de su Código Penal, no se percibe por parte del sujeto activo-

funcionario o servidor público-el interés personal de enriquecerse de forma alguna, ello debido a que, por parte del mismo tipo penal, se estable para su configuración que los caudales distraídos sean siempre destinados a fines públicos. En virtud de ello y en análisis del tipo penal, el autor manifiesta que, debido a la poca lesividad del tipo penal, en comparación con las demás figuras contempladas en el Párrafo V, del Código Penal, es pertinente pronunciarse a favor de la despenalización, sin descartar la posibilidad de establecerse como un ilícito administrativo.

Ecuador

Limaico, M. (2015). En su trabajo de investigación titulado “El cumplimiento del principio de mínima intervención penal en el juzgamiento del delito de hurto y sus efectos jurídicos”. (Tesis de la Universidad Regional Autónoma de los Andes para obtener la obtención del Título de Abogada). Concluye que el principio de mínima intervención debe ser comprendido de manera tal que el Derecho Penal debe ser aplicado solo cuando sea absolutamente necesario, cuando no existiese otra solución más que recurrir al Derecho Penal, la misma que de acuerdo al autor se conoce como la minimización de la respuesta jurídica en relación al delito, a fin de que solo sea utilizado como ultima ratio, justificado ello solo para la protección de un bien jurídico, comprendiéndose dicho bien como primordial, de suma importancia, ante los ataques más lesivos.

Brunoni, N. (2009). En su trabajo de investigación sobre “Malversación y peculado: análisis comparativo entre las legislaciones española y brasileña” (Tesis doctoral inédita. Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Penal.) Como bien hace en señalar Brunoni (2009), la malversación española, tiene como específicamente como bien jurídico a proteger, al Patrimonio Público, ello proveniente de una condición determinada del sujeto activo (funcionario público) y la naturaleza pública del objeto material (caudales o efectos públicos). Haciendo énfasis en los cambios suscitados con la entrada en vigencia de Código Penal de 1995, partiendo desde el inofensivo cambio de la denominación del Título (en la actualidad “De los delitos contra la Administración pública”) y con la despenalización

de dos conductas, entre ellas de Malversación imprudente, aplicación publica de caudales a diferentes destinos (art. 397 del CP de 1973), que obtiene una mejor sustentación en el Derecho Administrativo sancionador. Cabe precisar que dicha conducta es la que sanciona puntualmente nuestra legislación en el Art. 389 del Código Penal.

1.3. TEORIAS RELACIONADAS

DELITO DE MALVERSACIÓN

Para poder concebir un análisis adecuado de la presente conducta, es pertinente hacer mención de antecedentes en nuestra legislación, en virtud de ello se amerita remontar a los inicios de la tipificación de la misma, para observar el trato que le daba nuestra legislación en aquel entonces; La malversación de fondos viene siendo regulada por nuestra legislación como delito desde el código penal de 1863 en su artículo 194, el cual señalaba que:

"El empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos de la Nación, les da una aplicación oficial distinta de la señalada por las leyes, será condenado a suspensión de dos a seis meses; y, además, sufrirá una multa de diez a cincuenta por ciento sobre la cantidad mal aplicada, si resultare daño o entorpecimiento del servicio Público".

Cabe mencionar que en aquel entonces se hacía uso del término "Empleado público", y este delito- *se configuraba si se daba una aplicación oficial distinta de la señalada por ley*, de mayor relevancia aun que *se le establecía como condena una suspensión y multa en proporción a la cantidad mal aplicada*, siempre que resulte afectado el servicio público; cómo podemos apreciar no se tenía como consecuencia jurídica, una suspensión y una multa proporcional al daño causado, no se establecía privativa de libertad; Notamos también la ausencia de una agravante del tipo, así como que no es necesario que se ocasione daño para que esta se configure, solo era necesario la aplicación distinta.

Con el pasar de los años Frisancho (2011), manifiesta que *“el código penal de 1924, siguiendo como modelo la legislación española, este-codificador- describía el delito-malversación- en su artículo 348 de la siguiente forma”* (p. 344):

[...] El funcionario o empleado público que, teniendo a su cargo caudales, efectos o bienes del Estado, les diere una aplicación pública distinta de la señalada por las leyes, será reprimido con inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27, por tiempo no mayor de un año y multa de la pena de tres a treinta días, o con una de estas penas (p. 344)

En el presente articulado, se hace presencia de la inhabilitación del funcionario o empleado público como penalidad por incurrir en la presente conducta, la misma-inhabilitación- que no deberá ser mayor un año, también estableciéndose una multa la cual oscila entre los tres y treinta días, no obstante, es pertinente señalar que el legislador dejaba a criterio del juzgador, aplicar ambas o solo una de ellas, al momento de establecer la pena. Connota también, el hecho que no se establecía como elemento para la configuración de la misma-malversación-, el que se haya causado daño, retraso o entorpecimiento en el servicio público, situación que es totalmente distinta a la actual, pues es indispensable que se haya causado daño en el servicio para que se pueda configurar el tipo penal.

A efectos de tener un panorama mucho más amplio del tipo penal malversación de fondos, es necesario no limitarse a analizar la legislación nacional, sino también la legislación internacional con el propósito de comparar al tipo de regulación que se le da a mencionado tipo penal.

Para Frisancho (2011), *“el código penal de 1991, se desligo del derecho español para tomar como principal referente a la legislación-penal- Argentina e italiana”* (p. 344), para lo cual es pertinente observar cómo es que la legislación argentina tipifica la Malversación:

Artículo 260. – “Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que

estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.”

En el presente articulado, a primera impresión, resalta el término que utiliza para referirse al objeto material del delito, caudales o efectos, caso distinto al Art. 389 del Código Penal Peruano, que refiere a bienes o dinero; otro punto de diferencia que resalta es referente a la pena, por parte de la legislación argentina, observamos una inhabilitación que bordea los 3 meses a máximo 3 años, y en caso de acreditarse daño del servicio al que estuvo destinado los caudales, se impone una multa, que es equivalente al 20% o 50% de la cantidad que fue malversada, siendo está a criterio personal, la forma idónea y más efectiva de contrarrestar los daños causados.

Respecto al delito de malversación de fondos Reátegui (2016), nos dice que de acuerdo a donde se encuentra colocado el tipo penal de malversación de fondos en el Código Penal peruano, se entiende por una modalidad o tipo de delito de peculado, a razón de que este-malversación- se encuentra primero en la sección tercera; está claro que el peculado siempre será en esencia mucho más grave que la malversación de fondos, a razón de que en aquel-en el peculado-los efectos o fondos salen del dominio de la administración pública, existiendo un beneficio real, del funcionario o servidor público.

El delito de malversación o distracción de fondos como también se le conoce en otras legislaciones penales, no es, a diferencia del peculado, un delito de apoderamiento de los recursos públicos, sino más bien un ilícito, de evidente factura administrativa, de mal uso de los dineros y bienes del Estado o de las diversas reparticiones públicas, al asignárselos a destinos no previstos o fuera de los alcances de la respectiva partida presupuestaria (Rojas, 2016).

Como bien señala Rojas (2016), es imperante tener en cuenta la diferencia entre el tipo penal de malversación y peculado, siempre que la primera es referida a una desviación, que es dada dentro de la esfera pública, entiéndase que el “bien o dinero” tal como establece el código penal, no escapan del dominio del Estado, es decir no denota una apropiación del dinero o bien,

por parte del servidor y funcionario público, empero en la segunda -peculado- estamos ante una desviación que genera con sí, que el “bien o dinero” escape del dominio del Estado, entiéndase para beneficio propio-del funcionario-o de un tercero.

Por su parte Reátegui (2016), señala: “mientras que, en la malversación de fondos, los caudales permanecen al interior de la administración pública, habiendo lo que se conoce como un desvío de fondos, con lo cual en ese sentido estricto no habría un perjuicio netamente económico hacia el estado, desde que el dinero o bienes se quedan al interior del estado” (p. 1751).

Así también el Jurista Fidel Rojas Vargas (2016), señala que:

[...] es de esperar que este tipo penal, en invocación a principios de mínima intervención y de ultima ratio merezca por parte de la política penal peruana una mejor evaluación a efectos de analizar su necesidad en tanto conducta penalmente relevante, dejando a la esfera administrativa la tarea de sustanciar y sancionar de ser el caso a los funcionarios o servidores públicos que dan destinos diferentes a los bienes o dineros asignados; o de restringir el ámbito de atipicidad a razón de gran lesividad social y funcional (p. 265).

Se advierte por parte del autor Fidel Rojas -connotado jurista, especializado en delitos contra la Administración Pública- una clara inclinación hacia la corriente española, esto debido a que en la actualidad dicha legislación, en específico el código penal español, no sanciona la conducta de malversación propiamente dicha, es decir la aplicación pública diferente de los caudales del Estado, desde su código de 1995. Para muchos esta postura propuesta por el autor resulta algo poco coherente, no obstante, es importante tener presente que nuestro código penal tiene muchos rasgos del español, ello data desde años atrás tal como indica Frisancho.

Al respecto Reátegui (2016), señala que, para una buena parte del Derecho penal comparado, la malversación de fondos, es sustanciada por el Derecho Administrativo, es decir como un ilícito de arraigos administrativos que, por una conducta criminal, debido a su bajo margen de

lesividad del bien jurídico tutelado, y debido a que se infringe en el presente hecho deberes administrativos, no se amerita la aplicación del Derecho Penal.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El bien jurídico protegido de modo genérico es el correcto y buen funcionamiento de la administración pública en beneficio de los ciudadanos, De modo específico, “en el delito de malversación de fondos el bien jurídico protegido es el preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización o empleo de dinero o bienes públicos; se trata en suma, de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio”(Salinas, 2014).

Salinas (2014), advierte explícitamente que el bien jurídico protegido por el tipo penal de malversación, es referido a resguardar la correcta aplicación de los fondos públicos, entonces cabe de lo dicho por el autor si este delito es pluriofensivo, tengamos en cuenta que como bien menciona salinas se habla de una correcta aplicación de los caudales del Estado, entiéndase como el correcto actuar por parte del funcionario, es decir que su actuar sea motivado exclusivamente por los parámetros de la legalidad presupuestal, en ese sentido de ideas, se sanciona penalmente al funcionario por su actuar, en relación al principio de legalidad presupuestal, mas no por el posible daño patrimonial al Estado, claro que en el articulado, se menciona que es requisito o elemento de tipicidad, que dicha aplicación pública diferente, ocasione un daño o entorpecimiento, empero en esencia el tipo penal, sanciona estableciendo incluso una pena privativa de libertad al funcionario por su falta de fidelidad a la legalidad presupuestal.

Por su parte Molina (2000), señala que:

[...] lo que protege la norma no es ya ni el peculio ni la posibilidad de disposición de los bienes de las cuales el titular, por parte de la Administración, sino lo que se tutela aquí es la eficacia, la buena marcha y, en una palabra, la disciplina y organización, no solo en la ejecución del gasto,

sino en la utilización de los bienes, por parte de los servidores públicos, a quienes se sanciona, dentro del campo jurídico penal, aun cuando lo hagan en beneficio y para lucro de la Administración (p.142)

De igual manera Creus (1996), advierte que los tipos-malversación-no protegen en específico la propiedad de esos bienes (eso queda para los delitos de propiedad), sino la integridad de su afectación a los fines para los cuales fueron establecidos: por eso, tienen en común su caracterización como distribución anormal de los bienes por parte de los funcionarios o servidores que están encargados de hacer cumplir sus finalidades o en su defecto preservarlos para ello.

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Dentro de nuestro sistema de jurídico, los delitos contra la administración pública, no han sido regulados en merito a análisis jurídico – legal, sino más bien como respuesta a la presión social - política, ello en relación a una extensa crisis de corrupción; una clara muestra de ello es que no existe investigación alguna que tenga como propósito establecer los parámetros entre la lesividad formal y real del bien jurídico protegido por este tipo de delitos.

Y bien, a efectos de tener un panorama claro, respecto al bien jurídico protegido por este tipo de delitos, resulta necesario conceptualizar la administración pública. Al respecto Fernández (2016) señala que en la administración pública se aprecian dos aspectos distintos, se tiene por un lado al DINÁMICO, el mismo que se ve interpretado por aquella acción que ejerce el sector público en la práctica de la función pública administrativa, por medio del cual emite y aplica determinados parámetros regidos en merito a las leyes, en aras del interés público. Por otro lado, el aspecto ESTÁTICO, por medio del cual la administración pública vendría siendo una estructura conformada por las instituciones en las cuales recaen la administración pública administrativa (p. 89).

Tenemos entonces lo señalado por Fernández, quien desarrolla dos aspectos dentro de la administración pública, entendiéndose la primera como la potestad de acción que tiene el funcionario o servidor público en el ejercicio de su función, y por otro lado la responsabilidad

que conlleva dicha facultad. Se tiene que el tipo penal malversación de fondos responde en estricto al correcto y adecuado ejercicio de la función pública, entendiéndose entonces, que establece como bien jurídico protegido al correcto accionar del funcionario o servidor respecto a los caudales del Estado, presupuesto que guarda relación al aspecto DINÁMICO señalado líneas arriba por Fernández.

SUJETO ACTIVO

De la lectura de contenido del artículo 389 del Código Penal, se concluye que estamos ante un delito especialísimo tan igual como el delito de peculado, en el cual aparte que el agente debe tener la calidad de funcionario o servidor público, se exige además que aquel ostente una relación funcional ineludible con los dineros o bienes del Estado.

Solo puede ser sujeto activo de este delito aquel funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidos por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración pública tiene la función de administrar los bienes del Estado, El funcionario o servidor público debe administrar los bienes en función de los dispuesto por la ley o reglamentos en razón del cargo que desempeña (Salinas, 2014).

En este sentido, respecto al sujeto a activo del presente tipo penal (malversación), se obtiene de la jurisprudencia nacional, mediante la ejecutoria suprema del 23 de enero de 2003, que resolvió un caso real de malversación de fondos públicos, se estableció claramente que **“el sujeto activo es el funcionario o servidor público que administre dinero o bienes públicos”**.

El jurista Rojas (2009), manifiesta que “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. Si el sujeto activo solo tiene facultades de custodia o de percepción y dispone del dinero y bienes para otro uso oficial el sujeto activo no cometerá delito de malversación sino abuso de autoridad, tipo penal tipificado en el Art. 376 del Código Penal”, lo mismo que guarda conexión a la relación funcional exigida por el tipo penal.

Es imprescindible hacer mención que a efectos de configurar el tipo penal de malversación de fondos no es solo necesario que el sujeto activo del delito ostente el cargo de funcionario o servidor público, sino también es estrictamente exigible la existencia de una conexión, la misma que se materializa por medio de una relación funcional, una de administración del dinero o bienes del Estado.

“El particular o extraneus, el usurpador coyuntural del cargo (solo aquel que asume el cargo en contraposición a la ley o los reglamentos o disposiciones de autoridad competente), así como el funcionario o servidor público que no tenga vínculo funcional con los bienes públicos objeto del delito, no serán autores del delito de malversación de fondos, sino autores del otro delito o, en su caso, participes del delito de malversación cometido por un funcionario o servidor público que si tiene relación funcional con el objeto del delito. En efecto, el particular que ayuda o colabora con el sujeto público obligado en la comisión del delito de malversación de fondos públicos, responde por el mismo delito, pero a título de cómplice” (Salinas, 2014)

RELACIÓN FUNCIONAL CON LOS BIENES Y/O DINERO

El tipo penal de malversación, exige a quien malverse fondos del Estado (dinero o bienes) tenga necesariamente la calidad de funcionario o servidor público, el mismo que a su vez tenga un vínculo funcional con dichos fondos; siendo primordial la conexión tanto del sujeto activo y el objeto materia del delito (caudales del Estado), este vínculo puede ser legal, es decir no exclusivamente en función al cargo, dando cabida a ser delegado o por mandato superior, por parte de una autoridad competente.

Respecto a estos bienes o dinero, el Dr. Abanto (2003), un claro detractor de la tendencia discriminatoria del tipo penal señala que:

[...] el patrimonio de la administración pública no es igual al de los particulares pues, además de su contenido económico, reúne otros elementos específicos, tal como ha destacado Tiedemann: el concepto contiene su orientación hacia un destino planificado y la utilización planificada de los medios, por eso aquí también existen un bien jurídico y un objeto concreto

que el Derecho penal debe seguir protegiendo: la correcta aplicación de los fondos públicos, que puede formularse también como el principio de legalidad presupuestal (p.380).

Respecto a la relación Funcional Salinas (2014), manifiesta que de la naturaleza del delito de malversación de fondos públicos, se desprende que el dinero, o bienes del Estado objeto de la conducta típica, debe estar bajo la administración o mejor en posesión inmediata o mediata del sujeto activo-funcionario o servidor-. Si en un hecho en particular este elemento de vínculo no se confirma, el delito típico no se configura así exista una evidente aplicación diferente del destino ya establecido de los caudales públicos.

En base a lo descrito en el párrafo anterior, se entiende que para la configuración del tipo penal (malversación) el sujeto activo, posea en administración el dinero y/o bienes públicos, ello en virtud de lo estipulado en el Articulado, haciendo referencia a “destino oficial diferente”. En ese sentido de ideas, La ley penal no necesita de percepción o custodia, sino de administración, lo cual denota que no basta tan solo con que el funcionario o servidor público (Sujeto Activo) tenga posesión del objeto materia del delito, sino que tenga facultades para disponer del mismo, y a su vez a razón de sus funciones tenga el deber de disponer de ellos de manera oficial. Siendo entonces esta “facultad” la que permite imputar penalmente la responsabilidad penal, estando en el hecho de que esta disposición de mencionados fondos vulnere el destino oficial asignado, expresándose como un abuso de autoridad, por parte del sujeto activo (Rojas, 2009)

Salinas (2014), expresa en referencia a la relación funcional “Ya hemos indicado que administrar significa la facultas de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas. Aquí, el agente tiene la función de administrar el dinero o bienes públicos en tal situación abusando de sus atribuciones, es lugar de aplicarlos a de destino establecido, le otorga un destino definitivo diferente. Administrar no implica que el sujeto deba siempre detentar la posesión directa de los dineros o bienes bajo su cargo. Estos pueden estar lejos de él. Lo importante es que tenga la disponibilidad jurídica. Por ello, se afirma que es necesario que el agente público tenga dominio sobre ellos debido a sus funciones, pudiendo disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego”

Es muy importante tener presente que existen bienes que tienen valor económico y otros que no, podría tal vez hacerse mención a aquellos denominados de valor sentimental, sin embargo, con el propósito en el presente caso a los bienes que se hace referencia en la figura penal de malversación, solo entran los bienes que cuentan con valor económico siendo irrelevante la cantidad o cuantía a la que equivalen estos. De forma tal que se puede concluir que los bienes que son parte del Estado-fondos o caudales públicos-a los que se refiere en el tipo penal malversación de fondos, son los bienes tanto inmuebles o muebles que cuentan con valor económico (Salinas,2014).

Es fundamental tener presente que para la configuración del delito de malversación se requiere una relación administrativa entre los bienes o dinero del Estado y el sujeto activo, toda vez que de allí radica el que este-sujeto-pueda aplicar estos-bienes-de forma distinta. De manera que aquellos funcionarios o servidores que solo tienen la tarea de custodiar o recepcionar los bienes o dinero del Estado-fondos o caudales-no podrán ser considerados como sujeto activo, dentro del tipo penal de malversación, incluso estos dispongas de los bienes de forma no prevista, todo esto en virtud de que mencionados funcionarios o servidores públicos no tiene como función la aplicación de los bienes, motivo por el cual no se cumpliría con lo establecido por el Art. 389 (Salinas,2014).

Uno de los principales problemas que eventualmente genera problemas en su comparación e interpretación con el tipo penal de peculado, es la necesaria y exclusiva relación que el sujeto activo –servidor o funcionario público- mantiene respecto a los caudales del Estado, objeto del delito en el tipo penal de malversación de fondos. Téngase presente por tanto que, en el caso del delito de malversación de fondos, el tipo penal exige una necesaria relación administrativa entre el agente público y los caudales del Estado. En ese sentido, el servidor o funcionario público tendrá que contar con la facultad de disponer de los caudales del Estado, que se encuentren expresamente adscritos a una partida y fin determinado. Entiéndase, el destino de los recursos de mencionada partida debe estar, previamente, establecida. Es necesario aclarar que la ley penal no exige que el agente público –sujeto activo- guarde una relación de custodia o percepción sobre los bienes públicos, sino solo de administración. Por

tanto, en caso que el funcionario guarde una relación de custodia del bien o recurso público, no podría cometer malversación de fondos (Montoya, 2015, p. 117).

A fin de aclarar el panorama respecto a las diferencias entre el tipo penal de malversación de fondos y peculado, tenemos el siguiente cuadro:

DELITO	SIMILITUDES	DIFERENCIAS	¿CÓMO SE RESUELVE EL CONCURSO?
Peculado	<ul style="list-style-type: none"> • El objeto del delito es el dinero o los bienes públicos. • El autor de ambos delitos debe encontrarse en una relación funcional respecto de los bienes o recursos públicos. 	<ul style="list-style-type: none"> • El funcionario público debe tener relación de disponibilidad jurídica sobre el bien o dinero público. • La finalidad que se le da a los recursos públicos es privada. 	Debido a las diferencias expuestas, y por el principio de especialidad, el problema concursal se resuelve considerándolo solo un concurso aparente entre ambos delitos ya que, cada vez que estemos ante un caso de apropiación o utilización de recursos públicos para fines privados, se habrá cometido un delito de peculado.]
Malversación	<ul style="list-style-type: none"> • En ambos delitos se puede terminar afectando definitivamente la prestación de un servicio o función público. 	<ul style="list-style-type: none"> • El funcionario debe tener una relación más estricta en el uso correcto de los bienes públicos, por estar facultado para administrarlos y destinarlos a finalidades específicas determinadas por la ley • La finalidad que se debe dar a los recursos públicos es pública . 	

Figura 1. Tipo penal de malversación de fondos y peculado, extraído de: Montoya, Y. (2015). Manual sobre de delitos contra la Administración Pública.

En el cuadro que antecede, podemos apreciar de forma explícita que una de las diferencias entre el tipo penal de malversación de fondos y peculado es el destino que le da el sujeto activo-servidor o funcionario público-a los caudales del Estado, mientras que en el peculado la finalidad que se le da es privada, entiéndase que los caudales escapan del dominio y aplicación del Estado, mientras que en la malversación, se les da un fin distinto al previamente establecido, no obstante este fin “distinto” siempre resulta siendo público, caso contrario estaríamos hablando de Peculado y no de Malversación de fondos

Así también lo establece la presente **Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 1524-98 Arequipa, del 12 de julio de 1999:**

“El delito de peculado es diferente al de malversación. El primero, sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza para sí o para otro caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le está confiado por razón de su cargo; mientras que el delito de malversación se configura cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación diferente de aquella a la que están destinados; tratándose de dos figuras delictivas distintas que sancionan la conducta ilícita penal de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones”.

DAR DESTINO DEFINITIVO DIFERENTE AL ESTABLECIDO

Al respecto tenemos a Salinas (2014), quien señala que uno del elemento objetivo del delito de malversación de fondos lo conforma la circunstancia de dar al dinero o bienes públicos destino definitivo diferente al primigeniamente señalado en leyes. El sujeto activo en lugar de aplicar o invertir el dinero o bienes públicos que administran las actividades del Estado, para las cuales estaban destinadas los utiliza, aplica o invierte en actividades estatales diferente a las señaladas.

Por su parte Donna (2002), señala que:

[...]la acción típica en este delito, consiste en dar aplicación publica diferente, de aquella a la que están destinados, al dinero o bienes de la administración pública, es decir estamos hablando de un cambio de destino que los fondos tiene fijados, sin lucro claro que la diferencia de este

delito con el delito de peculado, consiste siempre en una aplicación pública de los bienes públicos, el destino del dinero o bienes públicos puede ser: Genérico: cuando está referido a un sector amplio de la administración, por ejemplo, para el poder judicial o el poder legislativo; o específico, cuando señala expresamente el destino final de los bienes, con la compra de un bien en particular (p.266).

La aplicación distinta, entiéndase como utilización, empleo o inversión diferente a la oficial, tiene que desarrollarse dentro del ámbito de los diversos destinos oficiales o públicos. Toda vez que si el sujeto activo destina los fondos públicos (dinero o bienes) a su uso, provecho personal o de un tercero, no se estaría ante un caso de malversación, sino de peculado. Por ende, se descarta el lucro y el beneficio personal de terceros como componentes o elementos de la malversación. Estando que, ante la presencia de mencionados elementos adicionales al tipo penal, estos desnaturalizarían la estructura del mismo (malversación de fondos), lo cual ocasionaría una concurrencia con el delito de peculado (Rojas, 2009).

La jurisprudencia se ha pronunciado en varios casos al respecto. Así la ejecutoria suprema del 18 de noviembre de 1997 argumenta: “Los actos imputados a los acusados, consistentes en haber destinados los recursos del sobre canon petrolero para gastos personales, caja chica, publicidad y otros gastos corrientes, así como el traslado irregular de fondos del Tesoro Público de la partida de remuneraciones a la de bienes, acreditan la comisión del delito de malversación de fondos, así como la responsabilidad penal de los procesados”.

El jurista Fidel Vargas Rojas, producto de su amplia experiencia y conocimiento en relación a los delitos contra la administración pública, idéntico una serie de conductas frecuentes, mediante las cuales se incurre en el delito de malversación de fondos, las cuales son:

Tabla 1. Conductas frecuentes que incurren en el delito de malversación de fondos

CASOS FRECUENTES
Ordenar pagos disponiendo del dinero presupuestado para otros renglones o áreas de destino.
Depositar fondos públicos en cuentas privadas a la espera de ser utilizadas con beneficio para la administración pública .
Invertir o aplicar fondos en forma no prevista.
Gastar más de lo previsto en un determinado destino.
Traslado de fondos de una cuenta a otra diferente por destino.
Disponer fondos de una empresa estatal para refaccionar Palacio de Gobierno.

Fuente: Rojas, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos.*

TEORÍAS RELACIONADAS AL TEMA

PRINCIPIO DE MINIMA INTERVENCIÓN O NECESIDAD

Actualmente el principio de mínima intervención se configura como un garante del poder punitivo del Estado y conforma, por lo tanto, el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados de Derecho. Entiéndase que "el Derecho penal sólo a intervenir en las situaciones de ataques muy graves a los bienes jurídicos más relevantes (Milanese,2007, p.4).

Referente al principio de mínima intervención Villavicencio, A. (2016), señala que “la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse cuando no haya más remedio. por ello, el Derecho Penal solo debe permitir la intervención punitiva estatal en la vida del ciudadano en aquellos casos donde los ataques revisten gravedad para los bienes jurídicos de mayor trascendencia”.

El autor Villavicencio, A., nos brinda una concepción de la pena en relación a la los ciudadanos y los efectos que esta causa en la vida de los mismos, usando como término “mal irreversible” para referirse a la pena, toda vez que, para el autor, esta viene siendo una solución poco idónea, por las consecuencias que esta genera para con la sociedad. El autor hace referencia también a la función punitiva del Estado, manifestando que el Derecho Penal, debe limitar la intervención de esta función, solo para los casos en que sea extremadamente necesario, es decir de ultima ratio, cuando los ataques presencian gran daño, para los bienes jurídicos más imperantes y de mayor impacto social, por tanto, se podría traducir que dicha limitación es plasmada en la doctrina por el ya mencionado Principio de mínima intervención.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

[...] Solo debe recurrirse al derecho penal cuando han fallado todos los demás controles sociales, El derecho penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social (Villavicencio,2006, p. 93).

De lo advertido por Villavicencio Terrones líneas arriba, se entiende a priori que, en virtud al principio subsidiario, el Derecho Penal, cumple un rol secundario ante los conflictos, es decir de forma supletoria, reconociendo otras vías jurídicas previas.

El principio de subsidiariedad, es entonces uno de los principios fundamentales del Derecho Penal, y guarda gran relación con el carácter fragmentario del mismo, Roxin nos dice: La protección de los bienes jurídicos dentro de un Estado no es una tarea que se desempeñe exclusivamente solo por medio del Derecho Penal, sino que se requiere de la mutua cooperación de todos los mecanismos e instrumentos del ordenamiento jurídico. Inclusive el Derecho Penal, es la última de todas las alternativas a considerar al momento de buscar protección de un determinado bien-jurídico-, de manera tal que esta solo debe ser tomada en cuenta cuando el resto de mecanismos fallen (sea la administrativa, civil u otras sanciones no penales, etc.). es por esto que su intervención es denominada como “la última ratio de la política social”, y es comprendida como protección subsidiaria de bienes jurídicos (1997).

Por su parte el jurista Rojas (2013), señala que “[...]el Derecho Penal posee naturaleza subsidiaria, en tanto principio fundamental de orden dogmático que lo caracteriza y/o directriz político-criminal a tomar en cuenta por los legisladores, parte de reconocer la prioridad de otras vías distintas a la penal para la solución de conflictos de relevancia jurídica, bajo el supuesto que la vía penal puede también ser intocable de concurrir los elementos que la singularizan” (p.20).

Se entiende entonces por lo señalado por el Jurista Fidel Rojas Vargas, que, en virtud de la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal, los legisladores han de reconocer de forma prioritaria otras vías diferentes a la penal, al momento de dar solución a los conflictos, se comprende de forma explícita la exclusividad de la aplicación del Derecho Penal como mecanismo de solución. En torno a lo ya mencionado esta subsidiaridad del Derecho Penal, denota la esencia del mismo, como mecanismo ulterior.

PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD

Para determinar la fragmentariedad de la selección penal se puede partir de los siguientes fundamentos: Primero, defendiendo al bien jurídico solo contra aquellos ataques que impliquen

una especial gravedad, exigiendo además determinadas circunstancias y elementos subjetivos. Segundo, tipificando solo una parte de los que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico, Tercero, dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales. (Villavicencio, 2006, p. 94).

Como bien señala Rojas, una de las características fundamentales que rigen al Derecho Penal es su naturaleza fragmentaria, entiéndase como aquella en la que solo constituye un fragmento del todo- entiéndase por todo al ordenamiento jurídico. Siendo esta solo una “porción” o “parte” de derecho por lógica no puede llegar a otorgar protección penal al universo de bienes jurídicos existentes en la actualidad, menos aún brindar protección de todo tipo de agresión. En ese sentido de ideas, el autor manifiesta que por el principio de fragmentariedad se encuentran fuera de su alcance de intervención penal las conductas lesivas que repercuten contra la moral, así como también los ilícitos administrativos, disciplinarios, civiles, laborales, etc., inclusive los ilícitos políticos y las infracciones constitucionales que no encuentren espacios reguladores específicos en el Código Penal y leyes punitivas especiales (2013).

Por tanto, el Derecho Penal, en virtud a su naturaleza fragmentaria, es por esencia selectivo al momento de desarrollar su ámbito de aplicación, la misma que está compuesta por un núcleo fuerte-entiéndase la vida, libertad, patrimonio, humanidad, justicia, administración pública y seguridad pública-, siendo esto así, solo determinados bienes jurídicos entendidos como necesarios y cruciales para la viabilidad de un correcto sistema social y político, ingresan a la esfera de dicho ámbito de protección.

Así mismo Rojas (2013), advierte que “el Derecho Penal no es, no puede ser, un mecanismo de control omnicompreensivo, ya que a través de él solo se protegen bienes jurídicos valiosos político-criminalmente definidos y cuya lesión o puesta en peligro-vía comportamientos dolosos y excepcionalmente culposos-configura un alto grado de insoportabilidad social, que es lo que propiamente da sustento a la injerencia penal.”

En ese sentido de ideas se puede interpretar de acuerdo a lo desarrollado por el Dr. Fidel Vargas Rojas líneas arriba, **primero** que, en virtud al carácter fragmentario, el Derecho Penal

no puede abarcar el conglomerado total de los bienes jurídicos, sino solo aquellos considerados cruciales tanto para la sociedad como para el Estado, bienes jurídicos puestos entíendase en riesgo a través de conductas con un alto grado de **“insoportabilidad social”**; **segundo** el comprender de la fragmentariedad del Derecho Penal, constituye un claro limite a la potestad punitiva estatal-ius puniendi-, así como la tendencia expansiva de la esfera punitiva de la política criminal, que se ha ido dando con el pasar de los años, y que ha ido variando constantemente.

En ese sentido, y dada la situación actual, del alto nivel de corrupción o alta percepción de corrupción en nuestro país, los delitos contra la administración pública general una suerte de malestar dentro de los pobladores, empero resulta necesario conocer a ciencia cierta que delitos- contra la administración pública- son los más frecuentes, y dentro de ellos donde se encuentra la malversación de fondos, a fin de establecer de cierta forma, cuál es el margen de lesividad. Para ello tenemos la siguiente tabla:

Tabla 2. Porcentaje de casos por delitos de corrupción según la institución afectada y según los casos registrados entre noviembre del 2011 y mayo del 2012 litigados por la Procuraduría Anticorrupción

<i>Ministerios</i>		<i>Policía Nacional del Perú</i>		<i>Municipalidades Distritales</i>	
Delito de corrupción	Porcentaje	Delito de corrupción	Porcentaje	Delito de corrupción	Porcentaje
Peculado	35,2%	Cohecho Pasivo Propio	35,0%	Peculado	35,5%
Colusión	19,7%	Cohecho Activo Genérico	18,4%	Colusión	13,6%
Cohecho Pasivo Propio	10,5%	Concusión	11,5%	Enriquecimiento Ilícito	12,1%

Negociación incompatible	6,7%	Peculado	9,8%	Negociación incompatible	7,9%
Enriquecimiento Ilícito	5,0%	Colusión	6,0%	Malversación de Fondos	7,9%
Trafico de Influencias	4,4%	Enriquecimiento Ilícito	5,1%	Concusión	7,2%
Otros	18,5%	Otros	14,1%	Otros	15,8%
Total general	100%	Total general	100%	Total general	100%

Fuente: Extraído de: <https://www.minjus.gob.pe/ultimas-noticias/primer-informe-del-gestion-procuraduria-anticorrupcion/>

En el presente cuadro tenemos tres grupos institucionales Ministerios, Policía Nacional del Perú y Municipios; en el primer grupo se aprecia un alto porcentaje de Peculado-que como ya hemos desarrollado líneas arriba, guarda una clara diferencia con la malversación de fondos-, seguida por la colusión, por tanto se tiene que la malversación se presenta en un porcentaje muy reducido, entiéndase por debajo del 4.4%, esto en el primero grupo institucional; en el segundo grupo se aprecia un alto porcentaje del tipo penal cohecho pasivo, lo que manifiesta los actos cometidos por servidores público que no tienen en sus facultades la administración de caudales del Estado, sino más bien actos de sobornos, coimas, incentivos, etc. sin embargo, el tipo penal de malversación de fondos, presenta un bajo porcentaje, entiéndase por debajo de 5.1%; en el tercer grupo, se advierte un alto porcentaje del delito de Peculado, y con un 7.9% la malversación de fondos. En ese sentido podemos llegar a la premisa que dentro de estos tres grupos institucionales la notoriedad de casos llevas a nivel judicial por delitos de malversación son escasas, a diferencia del Peculado entre otros.

DERECHO COMPARADO

Con el propósito de tener un panorama más amplio respecto a este tipo penal, en relación a legislaciones internacionales, pasaremos a citar Artículos, que tipifican la malversación:

España (1973)

“C.P. España (1973), art. 397: El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación publica diferente de aquella a que estuvieren destinados, incurrirá en las penas de inhabilitación especial y multa del 5 al 100 de la cantidad distraída, si resulta daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados, sin que pueda bajar dicha multa de 100,000 pesetas, y en la suspensión, si no resultare”

España (1995)

“C.P. España (1995), art. 434: La autoridad o funcionario público que con ánimo de lucro y con grave perjuicio para la causa publica, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier administración o entidad estatal, autónoma o local u organismos dependientes de alguna de ella, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o carga publica por tiempo de tres a seis años”

Tenemos a España, se puede advertir claramente una diferencia, entre el código del 73 y el del 95, ambos regulan la malversación, sin embargo, este último, no establece como elemento de tipicidad la aplicación publica diferente, sino privada, especifica explícitamente como elemento típico del tipo penal, el ánimo de lucro por parte del funcionario, es importante también hacer mención, al margen de pena privativa de libertad y al margen de inhabilitación, que se impone por incurrir en dicho delito, téngase en cuenta que guardan proporción, es decir, los años de inhabilitación duplican los de prisión, por tanto partiendo de la premisa de que estas personas-funcionarios o servidores públicos-se deben a estar cargos, el establecer una inhabilitación mayor, resulta ser más lógico. Otro punto resaltante, viene siendo el termino al que hace referencia el legislador español, “bienes” que en similitud el peruano también utilizo para redactar nuestra norma, mientras que en otras legislaciones se hace-a criterio personal-opportunamente el uso del término “caudales o efectos públicos”.

He de advertirse que en España el julio de 2015 entra en vigencia una Ley Orgánica que modifica de forma sustancial el delito de malversación al suplantarse la descripción de las tres conductas típicas del tipo penal las cuales describe muy oportunamente el profesor español Mir (2015), las cuales serían “sustracción con ánimo de lucro de fondos públicos por parte del funcionario público o autoridad –o consentir que otro los sustraiga con el mismo ánimo–, de destino a usos ajenos a la función pública de dichos caudales públicos, pero sin intención de reincorporación patrimonial, y de aplicación privada de bienes muebles o inmuebles pertenecientes a las Administraciones Públicas con grave perjuicio para la causa pública”, estos tres supuestos anteriormente tipificados en los art. del 432 al 435, suplantados por el término de administración desleal, en el nuevo artículo 432.1.

Argentina (1922)

“C.P. de Argentina (1922), art. 260: Sera reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá, además, al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.”

El legislador peruano tiene como claro referente a la legislación argentina. De la lectura rápida del presente artículo, denota la ausencia de prisión o pena privativa de libertad como sanción para aquel funcionario que incurra en el tipo delictivo. Sin embargo, se impone en primer rango una inhabilitación, no obstante, de presentarse daño en el servicio, la legislación argentina considera pertinente establecer una multa pecuniaria, es decir con el afán de resarcir el daño causado, lo cual, a criterio personal, resultaría en la práctica más eficiente de concretarse así.

Italia (1930)

“C.P. de Italia (1930), art. 315 (texto original): el oficial público o el encargado de un servicio público que se apropia o en cualquier forma distrae en provecho propio o de un tercero dinero o cualquier cosa mueble no perteneciente a la administración pública y en cuya posesión diese

por razón de su oficio o servicio, será castigado con la reclusión de tres a ocho años y con la multa no inferior a mil liras”

Por su parte el legislador italiano, al igual que el español, no regula o tipifica como delito la aplicación pública diferente, dejando al ámbito de la aplicación penal, solo aquella distracción en provecho propio o a favor de un tercero, imponiendo una pena de 8 años, sumado a ello una multa pecuniaria.

Chile (1874)

“C.P. de Chile (1874), art 236: El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente a aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de 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 pena en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento”

Teniendo otro referente latinoamericano como Chile, podemos advertir que si sanciona la aplicación pública diferente, esto denota pues una tendencia de los países latinos por penalizar dicha conducta. Respecto a la sanción establece dos premisas, la primera de ella consta en una inhabilitación en grado “medio” de acreditarse el daño y la segunda, en una inhabilitación en grado “mínimo”, de no resultar daño.

JURISPRUDENCIA

A continuación, se procederá a desarrollar una serie de Sentencias, algunas de ellas en tablas, a efectos de conservar un orden de los datos proporcionados y más importante facilitar la comprensión y lectura de la misma:

Tabla 3: Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema N° 238-2009

Tema	Principio de intervención mínima del Derecho Penal
Sumilla	El principio de intervención mínima del Derecho Penal está integrado por el carácter fragmentario de este último y por el principio de subsidiariedad, y consiste en que la intervención del Estado sólo se justifica cuando es necesaria para el mantenimiento de su organización, por ello, sólo debe acudir al Derecho Penal cuando han fracasado todos los demás controles, pues el derecho punitivo es el último recurso ya que no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las que revisten mayor gravedad, como en el presente caso en que el delito de Peculado por extensión está relacionado a la sustracción de un alternador y un relay, que por su baja significación no pueden ser ventilados en la vía penal.
Datos	Recurso : Nulidad Número : 238-2009 Procedencia : Puno Sala : Sala Penal Permanente de la Corte Suprema Imputados : Miguel Coila Roque, Zenón Colquehuanca Churata y Hermilio Jorge Calisaya Castillo Delitos : Omisión de actos funcionales y Peculado por extensión Agraviados : Esteban Mamani Huanca y El Estado Decisión : Nula la sentencia en el extremo de la absolución por delito de Omisión de actos funcionales, y reformándola declararon extinguida la acción penal por prescripción, y no haber nulidad en el extremo de la absolución por delito de Peculado por extensión

	Fecha : 19 de marzo de 2010
<p>Extracto Relevante</p>	<p>“QUINTO: (...) del acta de internamiento del vehículo al depósito municipal y del acta de constatación de pérdidas se acredita que falta sólo un alternador y un relay (...) sin embargo, por la situación de los objetos – un alternador y un relay – es preciso indicar que se debe aplicar el principio de intervención mínima del Derecho Penal que consiste en que el Derecho Penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando dicha protección puede conseguirse por otros medios, que será preferibles en cuando sean menos lesivos para los derechos individuales; que en el caso concreto es relevante y aplicable el principio de subsidiaridad, según el cual el Derecho Penal ha de ser la última ratio, el último recurso que se debe utilizar a falta de otro menos lesivos, así como el denominado carácter fragmentario del Derecho Penal que constituye una exigencia relacionada con la anterior, es decir, significa que el Derecho Penal no ha de sancionar todas las conductas vulneradoras de los bienes jurídicos que protege, ni tampoco todos ellos son objeto de tutela, sino sólo castiga las modalidades de ataque más peligrosas para ellos – el Derecho Penal protege el bien jurídico contra ataques de especial gravedad-; que ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima del Derecho Penal, que consiste en que la intervención del Estado sólo se justifica cuando es necesaria para el mantenimiento de su organización; que por eso sólo debe acudir al Derecho Penal cuando han fracasado todos los demás controles, pues el derecho punitivo es el último recurso que ha de utilizar el Estado, en tanto en cuanto no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las que revisten mayor entidad – la potestad de castigar no puede ser ejercida por el Estado de manera ilimitada, pues se caería en el abuso y la arbitrariedad, es necesario imponerle diversos controles-; que, en el presente caso, se trata de la pérdida de dos objetos – un alternador y un relay- que por su baja significación no pueden ser ventilados en la vía penal”.</p>

Fuente: *Extraído de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3d45b6804122236381d8f154c6ece4d7/RPP+F3+-+2013-02+-+Jurisprudencia+NCPP+25-2.pdf?MOD=AJPERES>*

Comentarios:

En el caso en concreto se tiene el Recurso de Nulidad interpuesto por el Procurador Público de la Municipalidad de San Román, Juliaca, contra la Resolución absolutoria de fecha 12 de noviembre de 2008; por medio del cual se absuelve de los cargos a los imputados por la presunta comisión del delito de Omisión de Funciones y Peculado por Extensión; al respecto la Sala

Penal, manifiesta que la presente causa gira en torno a la pérdida de bienes, en específico accesorios o partes de un vehículo de propiedad E.M.H, los mismos que resultan siendo conforme al acta de internamiento del vehículo al depósito municipal y del acta de constatación de pérdidas, un “alternador y un relay”, los mismos que en el desarrollo de su lógica, la Sala manifiesta que resulta necesario la aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal, por cuanto por la naturaleza de los bienes-alternador y un relay- no resulta pertinente ni necesario la aplicación del Derecho Penal, pues existen otros mecanismos menos gravosos para dar solución a la presente causa. Resultando inaudito y en extremo poco productivo pretender llevar a la vía Penal, casos de tan escasa lesividad, al bien jurídico protegido; ello responde también al carácter subsidiario del Derecho Penal el que establece que no toda conducta lesiva debe ser sancionada por el Derecho Penal, sino solo aquellas en las que los demás mecanismos de control fallasen, entiéndase también como aquellas conductas que resultan muy lesivas para el bien jurídico.

Tabla 4: Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema N°3157-2009

Tema	Acreditación de la afectación al servicio o la función encomendada para la configuración típica del delito de Malversación de fondos
Sumilla	La configuración típica del delito de Malversación de fondos requiere la acreditación de la afectación del servicio que se brinda o de la función que ha sido encomendada, lo cual puede verificarse de las conclusiones del Informe Pericial realizado, y sobre todo, del debate pericial practicado durante el juzgamiento.
Datos	Recurso : Nulidad Número : 3157-2009 Procedencia : Puno Sala : Sala Penal Permanente de la Corte Suprema Imputados : Jose Santos Linares Aparicio Delitos : Malversación de Fondos y Omisión de denuncia Agraviados : Municipalidad Provincial de San Roman y el Estado Decisión : Haber nulidad en la sentencia condenatoria y, reformándola,

	absolvieron al encausado de la acusación fiscal formulada Fecha : 22 de setiembre de 2010
Extracto Relevante	“TERCERO: (...) el delito de malversación de fondos (...) requiere para su configuración típica que el funcionario o servidor público le de al dinero o bienes que administra una aplicación diferente de aquella a los que estaban destinados y que ello afecte el servicio o la función encomendada (...)”
Extracto Relevante	“CUARTO: (...) en autos no ha quedado acreditado que dicha conducta haya afectado el servicio o la función encomendada a la Municipalidad Provincial de San Román, ya que como se advierte del Informe Pericial (...) de los doscientos treinta mil nuevos soles asignados a la Comisión especial, ésta rindió cuentas por el importe de doscientos ocho mil seiscientos diez nuevos soles con diez céntimos, y quedó un saldo de veintiún mil trescientos ochenta y nueve nuevos soles con noventa céntimos –pendiente de dar cuenta–, monto que constituye una cuenta por cobrar a favor del municipio agraviado, tal como se corrobora del debate pericial (...) respecto del cual no se denunció ni juzgó al acusado (...)”

Fuente: *Extraído de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3d45b6804122236381d8f154c6ece4d7/RPP+F3+-+2013-02+-+Jurisprudencia+NCPP+25-2.pdf?MOD=AJPERES>*

Comentario:

Uno de los elementos necesario para que se configure el delito de malversación de fondos es que se acredite la afectación del servicio o función encomendada, entiéndase por tanto que no solo basta acreditar el uso distinto al fin previamente establecido del caudal del Estado, tal como señala la norma, sino también que este-fin- se haya visto afectado con dicha acción; el presente enunciado se relaciona a los señalado por la Sala en el Recurso de Nulidad N° 3157-2019, por medio del cual establece de forma expresa que resulta necesario acreditar la afectación. Del análisis del presente, es inevitable no destacar que, si bien el tipo penal de malversación de fondos sanciona la aplicación definitiva diferente de los caudales del Estado -bien jurídico protegido-, el mismo se encuentra sujeto a una serie de variables, como por ejemplo el que se materialice y acredite la afectación del servicio; del razonamiento se tendría que, el bien jurídico protegido es la correcta aplicación y ejercicio de la administración

pública, en específico, regirse estrictamente a lo establecido en el presupuesto fiscal, o al fin previamente establecido, caso contrario el funcionario o servidor público incurriría en el delito de malversación de fondos; lo que significa un claro peligro para la “funcionalidad” de la administración pública, pues el funcionario o servidor se vería excepto de plantear un razonamiento o criterio con relación a la “administración” de dichos caudales, debiendo ceñirse en estricto al presupuesto establecido. Es de señalar que los Códigos Penales de 1863 y 1924 en sus artículos 194 y 348 respectivamente no establecían como elemento de tipicidad la afectación del servicio, siendo entonces mediante el Código de 1991 que se incluye dicho elemento. En ese sentido de ideas, resulta inevitable llegar al razonamiento de que el legislador al ver que el tipo penal carecía de relevancia para el Derecho Penal, debido a su escasa lesividad, aunado a ello los casos llevados a instancias judiciales por malversación de fondos relacionados a valores económicos mínimos, que resultarían en aplicación del principio de intervención mínima del Derecho Penal, Principio de Fragmentariedad y Subsidiariedad, ínfimos.

Tabla N°5: Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema N° 3156-2009

Tema	Principio de intervención mínima y carácter fragmentario del Derecho Penal
Sumilla	El Derecho Penal solo debe ser usado como última opción, de tal forma que, si hay medios menos lesivos para proteger a la sociedad y a los ciudadanos, tales como el Derecho Civil o el Derecho Público, estos deben ser usados. El Derecho Penal solo debe proteger aquellos ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes.
Datos	Recurso : Nulidad Número : 3156-2009 Procedencia : Piura Sala : Sala Penal Permanente de la Corte Suprema Imputados : José Alberto Nolivós Ganoza Delitos : Peculado por extensión Agraviados : El Estado y el Fondo de Cooperación y Desarrollo - FONCODES Decisión : No haber nulidad en la sentencia que absolvió al encausado de la

	<p>la acusación fiscal.</p> <p>Fecha : 10 de octubre de 2010</p>
<p>Extracto Relevante</p>	<p>“Cuarto: Que, por tanto, la falta de entrega de la hoja de liquidación a la autoridad competente no genera por sí sola una conducta sujeta a reproche penal, pues a la par debe acreditarse el perjuicio netamente patrimonial que dicho proceder causó, sin embargo al no advertirse el mismo resulta atípico pues, en todo caso, el incumplimiento en la entrega de la hoja de liquidación y sus consecuencias negativas corresponderían dilucidarse en el proceso administrativo sancionador; que, por lo demás, el tema sujeta a controversia carece de la entidad suficiente como para ser desarrollado dentro del ámbito de un proceso penal, en atención al principio de intervención mínima o última ratio que lo rige [el derecho penal es el último recurso al que se debe acudir a falta de otros medios lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse, en ciertos casos, con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso y no debe utilizarse, e incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde sean suficientes los medios del Derecho Civil, del Derecho Público o incluso medios extrajurídicos, ha de retraerse el Derecho Penal, pues su intervención –con la dureza que sus medios implican- sería innecesaria y, por tanto, injustificable] y al carácter fragmentario del mismo [el llamado carácter fragmentario del Derecho Penal sostiene que no se trata de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas la conductas lesivas a los mismos, sino sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes], los cuales constituyen el límite formal de ius puniendi.”</p>
<p>Extracto Relevante</p>	

Fuente: *Extraído de:* <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3d45b6804122236381d8f154c6ece4d7/RPP+F3+-+2013-02+-+Jurisprudencia+NCPP+25-2.pdf?MOD=AJPERES>

Comentario:

En la presente ejecutoria hace mención a tema que se viene desarrollando dentro del presente trabajo; partamos de lo que exige el carácter fragmentario del Derecho Penal “El Derecho Penal solo debe proteger aquellos ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes”; y resulta así, el Derecho Penal resulta siendo un medio o mecanismo de solución imperfecto, extremo, el más

lesivos de todos, entiéndase por la severidad de las sanciones del mismo, en la mayoría de los casos-pena privativa de libertad-, en ese sentido de ideas resulta “lógico” aplicar este, solo en casos que realmente amerite su intervención, delitos que por naturaleza así lo exijan.

No se puede pretender comparar el ilícito penal malversación de fondos con los delitos contra la libertad sexual, la vida, la familia, la salud, pero si con los demás que conforman el catalogo contra la administración pública, donde a criterio del suscrito y de los autores citas en la presente investigación no amerita la penalidad del mismo, por ser una conducta de escasa lesividad, pudiendo ser sustanciada por el Derecho Administrativo.

Tabla N°6: Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema N°3204-2009

Tema	Configuración del delito de Malversación de fondos, duplicidad del plazo de prescripción en el delito de Malversación de fondos y, principio de congruencia en la reparación civil
Sumilla	<p>Para la configuración del delito de Malversación de fondos se exige: i) un cambio de destino de los involucrados, pero siempre en el ámbito público; ii) que el cambio de destino sea definitivo; y, iii) que se dañe el servicio o la función pública, se perjudiquen los plazos, o incrementen los costos o decrezca la calidad del servicio que presta.</p> <p>En el delito de Malversación de fondos se aplica la duplicidad del plazo de prescripción en tanto la acción delictiva recae directamente sobre el patrimonio del Estado.</p> <p>Si la parte civil no solicita una pretensión indemnizatoria propia, en atención al principio de congruencia, el Tribunal no puede imponer una reparación civil más allá de la solicitada por el Fiscal.</p>
Datos	<p>Recurso : Nulidad</p> <p>Número : 3204-2009</p> <p>Procedencia : Junín</p> <p>Sala : Sala Penal Permanente de la Corte Suprema</p> <p>Imputados : Hipólito Percy Bonilla Gavino, Maricela Tineo Escobar, Luis Marlon Ponce Córdova y Luis Enrique Salmavides Santillana</p> <p>Delitos : Malversación de Fondos</p> <p>Agraviados : El Estado y La Municipalidad Distrital del Tambo</p> <p>Decisión : I. No haber nulidad en la sentencia que absolvió a un procesado</p>

	<p>II. No haber nulidad en la sentencia en cuanto condeno a otro procesado. III. No haber nulidad en la misma sentencia en la parte que fija el monto de la reparación civil contra los acusados.</p> <p>Fecha : 25 de octubre de 2010</p>
<p>Extracto Relevante</p>	<p>“Cuarto: Que el delito de malversación de fondos, previsto en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, requiere que el funcionario o servidor público dé al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a las que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, que, por tanto, este delito 73 cuestiones de derecho penal sustantivo exige, en primer lugar, un cambio de destino – siempre dentro del ámbito público – de los involucrados; en segundo lugar, que este cambio sea definitivo, lo que se expresa en función al propio carácter de los bienes desviados; y, en tercer lugar, como resultado típico, que con dicha conducta se dañe el servicio o la función pública, se perjudiquen los plazos, o incrementen los costos o decrezca la calidad del servicio que presta.”</p> <p>“Octavo: Que en el delito de malversación de fondos la acción del agente activo recae directamente sobre el patrimonio del Estado al disponer una aplicación diferente y definitiva a la ya asignada; que tal presupuesto típico hace viable la aplicación de la duplicidad de los plazos de prescripción, tal como se encuentra regulado en la parte in fine del artículo ochenta del Código Penal.”</p> <p>“Noveno: Que si bien la Parte Civil solicita un incremento del monto por concepto de reparación civil, se advierte que no formuló una pretensión indemnizatoria propia, distinta a la solicitada por el Fiscal Superior- en su dictamen acusatorio (...), solicitó la suma de dos mil nuevos soles-, con arreglo a lo dispuesto por el artículo doscientos del Código de Procedimientos Penales – cuando la parte civil no se conforme con las cantidades fijadas por el Fiscal, podrá presentar hasta tres días antes de la audiencia, un recurso en el cual hará constar la cantidad en que aprecia los daños y perjuicios causados por el delito-; que, por tanto, atento al principio de congruencia, que proscribe un fallo ultra petita, no es posible que éste Supremo Tribunal, en un ámbito vinculado al objeto civil del proceso penal, imponga un monto superior al solicitado por el representante del Ministerio Público por concepto de reparación civil.”</p>

Comentarios:

En la presente ejecutoria los Magistrados se expresan respecto a la configuración del delito de Malversación de Fondos en la práctica.

Primero, “un cambio de destino de los involucrados, pero siempre en el ámbito público”, se exige entonces que los caudales del Estado deben tener previamente un estricto y expreso fin, para que una vez desviados estos-caudales- se configure el ilícito penal; claro está que siempre que este desvío sea direccionado a otro ámbito de la esfera pública, caso contrario estaríamos hablando de Peculado y no de Malversación-como bien se ha desarrollado a los largo del presente trabajo-, entiéndase entonces que los efectos del Estado no escapan del ámbito público, por tanto no se sanciona la apropiación para si o para un tercero de los efectos del Estado, si no la “mala administración” del funcionario y/o servidor sobre los caudales que este tiene bajo su régimen.

Segundo, “que el cambio de destino sea definitivo”, se establece entonces que dicho cambio tenga un carácter determinante, lo cual resulta confuso y ambiguo, como establecer el cambio definitivo de un bien inmueble-claro está, de propiedad del Estado-, entiéndase vehículos, propiedades, etc.; ¿cuándo y de qué forma se establece que dicho cambio tiene carácter definitivo?, es una cuestión que el legislador no ha desarrollado a fondo y con la que los juzgadores han tenido que interpretar a su criterio.

Tercero, “que se dañe el servicio o la función pública, se perjudiquen los plazos, o incrementen los costos o decrezca la calidad del servicio que presta”, como ya se hizo mención, este punto que incorporado al tipo penal, con el Código Penal de 1991, con el propósito de dar razón de ser al mismo, considerando-el legislador-dar connotación penal al mismo y a los demás delitos contra la administración pública; lo cual no ha sido suficiente a la fecha, por cuanto se aprecia en la ejecutoria N°238-2009, donde se desarrolla la imputación a un servidor público por la comisión del delito de peculado por extensión, por la pérdida de “un relay de vehículo”.

Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 3630-2001, del 23 de enero de 2003

“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”.

Ejecutoria Suprema de fecha 21 de septiembre de 2007 (Recurso de Nulidad N° 2764-2006), expedida por la segunda sala Penal Transitoria de la Corte Suprema ha señalado lo siguiente:

“Tercero: Que, en principio, debido a que en la sentencia recurrida y en el proceso penal se hace mención insistentemente al delito de Malversación de Fondos como una modalidad de Peculado, es necesario precisar, que tales conductas típicas se bien protegen el correcto funcionamiento de la administración pública, se diferencian por que la malversación consiste en una aplicación publica a bienes públicos, mientras que, el Peculado consiste en un apropiación en provecho privado del funcionario o servidor público o de terceros ajenos al Estado, s siendo una de las características más relevante, como si sucede en e l caso del Peculado, por lo que, debe aclararse que a Malversación de Fondos es una modalidad de delito contra la Administración Pública. Cuatro: Que, en tal sentido el marco jurídico protegido por el delito de Malversación de Fondos es la racional ejecución del gasto y en utilización o empleo de los dinero o bienes públicos, sustentan, sobre todo, en el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio, constituyendo presupuesto fundamental para su configuración “la aplicación definitiva” y “la afectación del servicio o función encomendada” del dinero o bien público”.

1.4 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Para Behar, D. (2008), “es el resultado de una profunda y serena reflexión realizada por el investigador después de haber revisado detalladamente la literatura correspondiente e interiorizado los principales, que le permiten formular con toda claridad y dominio el problema que se pretende resolver con la investigación”. Para el caso en concreto, es necesario hacer mención que la legislación peruana viene sufriendo constantemente modificaciones, en el ámbito penal, muchos de ellos dirigidos a otorgar mayor severidad al momento de considerar la pena, todo ello en virtud de conseguir mejores resultados dentro de la sociedad, sin embargo, dejan fuera de ello, los principios que rigen el derecho penal, tales como la razonabilidad, subsidiariedad, la mínima intervención y el carácter fragmentario.

Problema General

- ¿De qué manera la despenalización del delito de malversación de fondos en la legislación peruana se relaciona con el principio de mínima intervención del Derecho Penal?

Problema Específico

- ¿De qué manera sancionar penalmente al funcionario que da aplicación pública diferente de bienes a aquella destinada contraviene el Principio de Fragmentariedad?
- ¿De qué manera sancionar penalmente al funcionario que da aplicación pública diferente de dinero a aquella destinada vulnera el Principio de Subsidiariedad?

1.5. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

Según Behar, D. (2008) la justificación “contiene los argumentos fundamentales que sustentan la investigación a realizar, enfatizando aquellos de carácter técnico y social principalmente”. Por tanto el presente estudio de investigación es relevante porque va a solucionar un problema respecto al articulado 389 del Código Penal (titulado malversación), pues se encuentra contraviniendo los principios que limitan la función punitiva, principios que son de vital importancia, por tanto, la solución del presente problema estaría beneficiando tanto a los funcionarios o servidores públicos como a la sociedad, toda vez que estos ya no serán procesados

o perseguidos penalmente, muchas veces vulnerando su derecho a la libertad, por incurrir en una conducta que no amerita la pena como consecuencia jurídica. El presente problema viene afectando también al Estado, es imperante tener en cuenta que se hace uso de todo el aparato de justicia para la persecución de una conducta, que no genera daños irreparables para el los caudales o fondos de Estado; Es así que los mencionados principios son los que limitan el poder punitivo a fin de otorgar garantías al momento de aplicar el derecho Penal. En virtud de lo ya mencionado se busca dar solución al presente problema, que viene dándose por años dentro de nuestra legislación.

En ese sentido de ideas la justificación del presente estudio se basa en identificar el problema y poder así plantear o proponer una solución bajo la perspectiva práctica, teórica o en su defecto una metodológica, con el único propósito de generar un cambio positivo o mejorar el problema identificado.

Para lo cual se considera pertinente tener presente los tres elementos:

JUSTIFICACIÓN TEÓRICA

El presente estudio de investigación materia de lectura tiene como esencia analizar y evaluar la problemática actual relacionada a trato jurídico que se vienen dando a la figura denominada malversación dentro de nuestra legislación, toda vez que identificar como punible dicha conducta-malversación-contravendría los principios que limitan la función punitiva Estatal, es especifico el Principio de mínima intervención, subsidiariedad y fragmentariedad. A menester de ellos se contrastará el trato sé que viene dando a la Malversación en otros países-Derecho Comparado-con la finalidad de tener una concepción más amplia y clara de la realidad.

JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA

La justificación práctica de la presente investigación se centra en plantear la despenalización de la figura penal malversación de fondos dentro de nuestra legislación, con el propósito de poner fin a los problemas que esta genera como consecuencia de la regulación que viene teniendo la misma en nuestro ordenamiento jurídico, así como también sugerir que se establezcan garantías

para aquel funcionario o servidor que incurra en malversación, sea castigado administrativamente, por medio del proceso administrativo sancionador, de modo tal que el Estado haciendo uso de todas sus instituciones pueda contrarrestar dicha conducta, con el objetivo de no recurrir al Derecho Penal, toda vez que este a través de la doctrina y derecho comparado ha quedado acreditado que su intervención es de ultima ratio.

Es así que se justifica la presente investigación, al ser un problema de relevancia, jurídica y social, de modo tal se busca generar el debate en relación al presente problema y el Estado a través de sus poderes constitucionales busque la solución más eficiente, siempre respetando los principios y garantías que rigen el Derecho Penal.

JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA

La justificación metodológica del presente trabajo radica en, la utilización y aplicación de determinados métodos e instrumentos confiables, con el propósito de recopilar referencias bibliográficas, doctrina nacional e internación y entrevistas dirigidas a especialistas en el campo de los delitos contra la administración pública, a mérito de argumentar la propuesta de la despenalización de la figura penal Malversación de Fondos dentro de nuestra legislación.

1.6. OBJETIVOS

Para Behar, D. (2008), estos “representan las acciones concretas que el investigador llevará a cabo para intentar responder a las preguntas de investigación y así resolver el problema de investigación”.

OBJETIVO GENERAL

Evaluar la despenalización del delito de malversación en la legislación peruana en relación a el principio de mínima intervención del Derecho Penal.

Objetivo específico

- Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da a los bienes una aplicación pública diferente a aquella previamente destinada contraviene el Principio de Fragmentariedad.
- Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da al dinero una aplicación pública diferente a aquella previamente destinada contraviene el Principio de Subsidiariedad.

1.7. SUPUESTO JURÍDICO

Viene a ser una afirmación anticipada en relación a los objetivos y problemas planteados en la investigación, obtenida a través de la deducción de la información plasmada en el marco teórico.

- Es necesaria la despenalización del delito de malversación en la legislación peruana por contravenir el principio de mínima intervención estatal, toda vez que dar aplicación diferente a los bienes o dinero a aquella destinada, no genera daños irreparables al Estado, por ello no amerita la intervención del Derecho Penal.

SUPUESTOS JURÍDICOS ESPECIFICOS

- La regulación actual que se viene dando a la malversación de fondos en la legislación peruana, afecta el principio de mínima intervención, teniendo en cuenta que el derecho penal solo ha de aplicarse cuando el resto de mecanismos de control fallan, es decir es de ultima ratio.
- No es necesaria la aplicación del Derecho Penal para persuadir o evitar que el funcionario o servidor público invierta o utilice los fondos de forma no prevista, toda vez que existen medios de control previos a la pena, que pueden cumplir satisfactoriamente dicho propósito.

II. MÉTODO

2.1 Tipo de investigación:

El presente trabajo de investigación, es de tipo aplicada toda vez que para Behar, D. (2008), se basa en el estudio y aplicación de la investigación a problemas en específicos, así como situaciones y características concretas, dirigidas a analizar y estudiar la problemática actual.

2.2 Diseño de la investigación:

El presente trabajo de investigación tiene un enfoque cualitativo toda vez que este permite abordar y examinar fenómenos que suscitan dentro de la vida del ser humano, en su día a día y del entorno que lo rodea. Buscando analizar la manera en como estos individuos, se desarrollan y experimentan frente a los fenómenos que los aquejan, haciendo énfasis en sus puntos de vista, interpretaciones y significados

El diseño de la presente investigación, es la Teoría Fundamentada, la cual consiste en obtener información a través de la inducción, para obtener información o datos, sea entrevistando o encuestando. El propósito es desarrollar teoría basada en datos empíricos y se aplica en áreas específicas (Hernández et al., 2014).

2.3 Caracterización de los sujetos

N°	NOMBRE	PROFESION	CARGO
1	LEIDY CHERREPANO COLLANTES	ABOGADO	FISCAL ADJUNTO PROVINCIAL
2	ROMY GARCIA DONAIRES	ABOGADO	PROCURADURIA PUBLICA
3	JUAN GARCIA MATALLANA	ABOGADO	FISCAL ADJUNTO PROVINCIAL

4	RAÚL PALIAN ROJAS	ABOGADO	LITIGANTE
---	-------------------	---------	-----------

2.4 Población y muestra

Población

La población del presente trabajo de investigación está constituida por los funcionarios y servidores públicos, los fiscales provinciales especializados en delito de corrupción de funcionarios de Lima norte y centro, toda vez que estos son los encargados directamente de investigar las denuncias relacionadas a malversación de fondos

Muestra

Para Hernández et al. (2014) dentro de una investigación cualitativa, las decisiones que tome el investigador en relación al muestreo, dan indicios de las premisas de lo que conformara una base de datos creíble, confiable y válida para desarrollar el planteamiento del problema. Por lo que partiendo de dicha premisa se elegirá a los expertos con más trayectoria y experiencia que ven los delitos de malversación de fondos y de ser necesario se entrevistará a servidores públicos. Por tanto, por criterio se elegirá a los expertos, con mayor trayectoria y experiencia que ven los delitos de malversación de fondos y de ser necesario se entrevistará a servidores públicos.

2.5 Técnica de recolección de Datos

Una investigación no tiene propósito si no se aplican técnicas de recolección de datos, toda vez que estas dirigen a la verificación del problema desarrollado, las técnicas a utilizar van en relación al tipo de estudio, y cada una de estas técnicas, cuentan con herramientas, instrumentos o medios a emplear. La valides hace referencia a la calidad que el instrumento contiene, en cuanto a garantizar la efectividad de este, empero la confiabilidad manifiesta la calidad de la consistencia y coherencia de los resultados adquiridos por el instrumento (Behar, 2008).

Entrevista

Para Bernal, C. (2010), la entrevista es un método que consiste en obtener información a través de un proceso directo de comunicación entre entrevistador(es) y entrevistado(s), mediante el cual el entrevistado da respuestas a preguntas, previamente elaboradas en relación a las categorías que se busca estudiar, desarrolladas por el entrevistador.

2.6 Análisis de datos

En el presente trabajo se realizará un análisis de datos basado en la aplicación de cuatro métodos que son: deductivo, inductivo, analítico y exegético. En este análisis lo fundamental radica en que obtendremos datos, muy variados, no obstante, estos consisten en observaciones tanto del investigador como en comentarios de los participantes (Hernández et al. 2014).

2.7 Unidad de análisis

2.7.1 Malversación de Fondos:

Aquella conducta reconocida como ilícito, relacionada al mal uso de los bienes y dineros del Estado, por parte de los funcionarios públicos, al asignarle destinos no previstos o fuera de los alcances de la partida presupuestaria. (Rojas, p.263).

Categorías:

a) Uso de los Bienes y Dinero

“Es fundamental tener presente que para la configuración del delito de malversación se requiere una relación administrativa entre los bienes o dinero del Estado y el sujeto activo” (Salinas, 2014)

Sub Categorías:

Bien

“Dícese de todo aquello que tiene una medida de valor y puede ser objeto de protección jurídica” (Poder Judicial del Perú).

Dinero

“Moneda corriente” (RAE).

b) Aplicación Definitiva

“Es una suerte de filtro de tipicidad que tiene un sentido práctico de mínima intervención, pues no toda conducta denominada malversación se castiga” (Rojas, p.264).

2.7.2 Principio de Mínima intervención:

“Se configura como un garante del poder punitivo del Estado y conforma, por lo tanto, el fundamento de los ordenamientos jurídico-penales de los Estados de Derecho” (Milanese,2007, p.4).

Categorías:

a) Principio de Subsidiariedad

“Solo debe recurrirse al derecho penal cuando han fallado todos los demás controles sociales, El derecho penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones” (Villavicencio, 2006).

b) Principio de Fragmentariedad

“La fragmentariedad del Derecho Penal, se determina a partir de defender al bien jurídico solo contra aquellos ataques que impliquen gravedad, tipificar solo una parte de lo que en las demás ramas estiman como antijurídico y dejando sin castigo las acciones inmorales” (Villavicencio, 2006).

2.8 Aspecto ético

El presente trabajo de investigación mantiene en total reserva la información obtenida de los entrevistados o encuestados, siendo pertinente haber énfasis en que la misma ha sido obtenida de fuentes confiables y verídicas.

III. RESULTADOS

En este capítulo se procederá al desarrollo del procesamiento de información recogida gracias a la aplicación de técnicas e instrumentos utilizados

En primer lugar, se utilizará el análisis de 4 entrevistas realizadas a 5 profesionales, conocedores del tema, entre ellos 2 fiscales de la fiscalía especializada en delito de corrupción de funcionarios, 1 procuradora de la procuraduría pública anticorrupción y 1 abogado penalista especializado en delitos contra la Administración Pública. En segundo lugar, se utilizará el análisis de fuente normativa, donde se pasará a dilucidar el marco normativo, en relación al derecho comparado.

Hernández et al (2014) señala que “(...) los reportes cualitativos son más flexibles y lo que los diferencia es que se desarrollan mediante una forma y esquema narrativos. Asimismo, deben fundamentar las estrategias que se usaron para abordar el planteamiento, así como los datos que fueron recolectados, analizados e interpretados por el investigador” (p. 508)

3.1 Descripción de Resultados de Entrevistas

Con el propósito de tener una mayor comprensión y concepto tema, y el de los representantes del estado, entiéndase de los organismos de control interno, como son la Fiscalía y la procuraduría anticorrupción, se ha realizado 4 entrevistas: 2 de ellas de Fiscales Adjuntos provinciales sede Lima Norte y 2 abogadas de la procuraduría anticorrupción Lima Norte.

Entrevistado Juan García Matallana – Fiscal Adjunto

Entrevistada Romy García Donaires - Abogada Procuraduría

Entrevistada Lady Diana Cherrepano Collantes – Fiscal Adjunto

Entrevistado Raúl Palian Rojas - Abogado

Objetivo General

Evaluar la despenalización del delito de malversación en la legislación peruana en relación a el principio de mínima intervención del Derecho Penal

1. Señale usted ¿Cuál es la importancia del principio de mínimo intervención en relación a la función punitiva del Estado?

Para García Matallana (2017): La limita por que el Estado no puede sobrepasar este principio ya que de lo contrario dicha actuación seria considerada desproporcionada. Este principio debe ser respetado tanto al momento de la tipificación como al momento de disponer la condena, de un determinado tipo penal.

Para García Donaires (2017): es importante por cuanto propone reducir la intervención del Estado, limitando solo para los más graves en el campo punitivo, ello equiparando la lesión del bien jurídico, protegido en general el Orden jurídico. Por eso el Derecho Penal interviene mínimamente porque confía en el hombre.

Para Cherrepano (2017): Restringe la función punitiva del Estado, considero que no es de importancia porque frente a delitos de corrupción no debería aplicarse toda vez que, aunque sea ínfima el perjuicio patrimonial, no significa que el bien jurídico tutelado no se ha lesionado por lo que no podría conducirse que se trata de delitos de bagatela, lo que no sucede en los delitos comunes.

Para Palian (2017): Su importancia radica, en el límite que este establece en el ius puniendi del Estado, partiendo de la premisa de que al no establecerse un límite a mencionado poder se podría dar cabida a actos arbitrario por parte de las autoridades.

2. ¿Es necesaria la aplicación del Derecho Penal para sancionar la conducta de malversación de fondos, considerando que el jurista Fidel Rojas Vargas señala lo contrario?

Para García Matallana (2017): Si, por que la realidad ha demostrado que las autoridades, desvían dinero para actividades que resultan más rentables políticamente, no priorizando las reales finalidades y necesidades de la población

Para García Donaires (2017): Personalmente considero que sí, el Jurista no señala lo contrario, pero si refiere que es un buen sector penal comparado, se reduce por el ilícito administrativo, dado al escaso nivel de lesividad al bien jurídico, lo que si no se encuentra de acuerdo es respeto al agravante.

Para Cherrepano (2017): Considero que, si es necesario la aplicación del Derecho Penal, para sancionar la conducta de malversación de fondos, porque dicho delito no es una cuestión de temas meramente administrativos o presupuestario, sino de afectaciones de servicios públicos que se organizaron por desvíos de fondos entiéndase no como partidas publicas específicas.

Para Palian (2017): Considero que no, el legislador peruano por un tema de política criminal tiene a criminalizar las conductas con el propósito de persuadir al sujeto a no incurrir en dicha conducta, cuando los años han demostrado que esta no es siempre la solución, parar el caso en concreto se tiene un mecanismo que por orden constitucional corresponde regular esta conducta, entiéndase un funcionario que incurre en malversación bien a ser un mal administrador, por tanto considero que es la instancia administrativa la llamada a sustanciar mencionada conducta.

3. Para el Jurista Fidel Rojas Vargas, los funcionarios o servidores que incurran en malversación deberían ser sancionados solo por la esfera administrativa. Explique usted ¿Porque hasta el día de hoy no se aplica la tesis planteada por el Jurista?

Para García Matallana (2017): Porque lo administrativo no funciona de forma eficaz, como debería. Además, nuestro país es informal, y sus instituciones no son sólidas.

Para García Donaires (2017): No es la tesis planteada por el jurista, pero si es de varios sectores a nivel de Derecho comparado

Para Cherrepano (2017): Considero que no es recibido lo planteado por el jurista Fidel Rojas Vargas porque no solo se afecta el patrimonio del Estado que pueda ser resarcido en la esfera administrativa sino también se afecta el correcto funcionamiento de la administración pública por lo que sancionar vía la esfera administrativa no sería eficaz.

Para Palian (2017): Remitiéndome a mi respuesta anterior, es más por un tema de política criminal, por parte del legislador peruano, existe la tendencia a llevar todo al Derecho Penal, dejando de lado los mecanismos previos de solución.

4. Teniendo en cuenta que en España (Código Penal español 1995) no se sanciona penalmente al funcionario que da a los caudales que administra una aplicación publica diferente a la ya establecida ¿Es pertinente la despenalización del tipo penal malversación de fondos en nuestra legislación, toda vez que esta se encuentra contraviniendo el principio de mínima intervención?

Para García Matallana (2017): Considero que es una sociedad distinta, nuestras instituciones no funcionan correctamente y los funcionarios políticos buscan siempre ventajas políticas.

Para García Donaires (2017): No estoy de acuerdo con despenalizar el delito de malversación de fondos por que afecta el bien jurídico del normal y correcta administración pública.

Para Cherrepano (2017): Considero que tampoco debe despenalizar toda vez que la realidad en España es diferente al del Perú, la vida política y conciencia es más desarrollada de otro nivel, en cuanto a la cultura y valores, a diferencia del Perú que como país sub desarrollado la vida política es aun precaria en valores y principios.

Para Palian (2017): No solo porque España, o el legislador español no sancione a los funcionarios por incurrir en dicha conducta el Estado peruano debería hacerlo, considero que la despenalización es pertinente en virtud de la invocación del principio de mínima intervención, es importante tener presente que la despenalización debe darse solo para la conducta simple el tipo penal, mas no para la agravante.

Objetivo Especifico 1

Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da a los bienes una aplicación pública diferente a aquella previamente destinada contraviene el Principio de Fragmentariedad.

5. ¿En qué consiste la acción de dar a los bienes una aplicación pública diferente a aquella que esta previamente destinada por parte de los funcionarios o servidores públicos?

Para García Matallana (2017): Puntualmente en cambiar el destino de los bienes, es decir para otra partida presupuestaria, en la practica el tema de la aplicación de bienes, entiéndase muebles y no muebles resulta difícil de suscitarse debido a la fungibilidad de los mismos.

Para García Donaires (2017): Concretamente es desviar, dar otra utilidad al dinero o bienes que han sido destinados a un fin concreto.

Para Cherrepano (2017): Consiste en que bienes q ue tiene predeterminado un destino para cumplir con un fin u objeto público, se destina a otra finalidad publica, que no estaba prevista, priorizando ilícitamente el cumplimiento de otras metas que no estaban previstas.

Para Palian (2017): Consiste en darle un fin publico diferente al bien, al ya establecido en el presupuesto, ilustrando puntualmente se podría configurar con la gasolina, cuando un cuerpo policial cuenta con este bien para abastecer exclusivamente vehículos de salvataje, sin embargo lo utilizan para abastecer motos de patrullaje.

6. ¿De qué manera se ve perjudicado el Estado cuando un funcionario o servidor público da a los bienes que este administras una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada?

Para García Matallana (2017): Se puede dañar la funcionalidad publica al dar mayor presupuesto a finalidades menos rentable potencialmente para el Estado y la función pública.

Para García Donaires (2017): Perjudica afectando o lesionando el bien jurídico especifico que es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos.

Para Cherrepano (2017): Se ve perjudicado en el incumplimiento de sus fines para los cuales estaban previstos por lo que se afecta gravemente el servicio.

Para Palian (2017): A diferencia del peculado, este perjuicio generado a partir de la malversación, va entorno al no respetarse los fines para los cuales determinados bienes públicos fueron destinados, vulnerando explícitamente la legalidad presupuestal.

7. ¿Sancionar penalmente al funcionario que da a los bienes una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada contraviene el carácter fragmentario y por tanto principio de mínima intervención del Derecho Penal?

Para García Matallana (2017): No, si es una conducta que perjudica al desarrollo institucional de la sociedad. Se debe tener en cuenta más que si se debe despenalizar, es si una pena privativa de libertad establecida para este delito es proporcional.

Para García Donaires (2017): No, los delitos en la administración pública son especiales, permitir la aplicación de la mínima intervención en este tipo de delitos, generaría afectación a la sociedad.

Para Cherrepano (2017): Considero que, si lesionaría ambos principios como el carácter fragmentario y del principio de mínima intervención del Derecho Penal, porque el desvío de fondos, no va más allá del tema presupuestario o partidas presupuestarias.

Para Palian (2017): Considero que no existe una vulneración, mas sin embargo el sancionar esta conducta vía penal, no es necesario, teniendo en cuenta que el funcionario que incurre en malversación desvía los bienes del Estado a otro servicio siempre público, entiéndase, este no escapa del dominio de la esfera administrativa.

Objetivo Especifico 2

Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da al dinero una aplicación pública diferente a aquella previamente destinada contraviene el Principio de Subsidiariedad.

8. ¿En qué consiste la acción de dar al dinero una aplicación pública diferente a aquella que esta previamente destinada por parte de los funcionarios o servidores públicos?

Para García Matallana (2017): Consiste en dar al dinero “público” un destino el cual no estaba primigeniamente establecido, entiéndase así partidas presupuestarias, sea invirtiendo más en lo que no se estableció, entre otras acciones.

Para García Donaires (2017): El funcionario público que se ciñe al gasto público, si tiene previsto realizar gastos específicos debe cumplirlas, desviarlas afectaría a los objetivos comunes de la institución.

Para Cherrepano (2017): Consiste en que para los fines distintos se desvíe dinero dando una aplicación distinta afectando el servicio público.

Para Palian (2017): Explícitamente consiste en distraer el dinero público destinado para un determinado fin, hacia otro, configurándose en la práctica presupuestando más de lo establecido para la compra de un bien o el contrato de un servicio, del-presupuesto- que se estableció de forma primigenia.

9. ¿Cómo se ve perjudicado el Estado cuando un funcionario o servidor público da al dinero que este administra una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada?
Explique usted

Para García Matallana (2017): Al igual que en la pregunta antes planteada, se perjudica porque, los gastos de las instituciones no se realizan conforme a las necesidades prioritaria que debe tener la institución.

Para García Donaires (2017): El Estado está organizado y cada institución tiene funciones propias por lo mismo desviare dinero afecta bienes jurídicos concretos conforme se a detallado.

Para Cherrepano (2017): Se perjudica al Estado cuando se afecta el servicio encomendado para lo cual estaba previsto toda vez que no se dio cumplimiento a sus fines.

Para Palian (2017): El perjuicio va en función del principio de legalidad presupuestaria; el perjuicio consiste en que se vulnera el principio distraendo los caudales establecidos para una partida presupuestaria a otra, no obstante este perjuicio es institucional, algo que en principio debería ser regulado por el ámbito administrativo.

10. ¿Sancionar penalmente al funcionario que da al dinero que este administra una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada vulnera el principio de subsidiaridad y por ende el de mínima intervención del Derecho Penal?

Para García Matallana (2017): No, porque los otros medios de control no son lo suficientemente satisfactoria. A demás la malversación de fondos en algunas acciones afecta a la población más vulnerable, porque la inversión que está dirigida a ellos esta desviada a actuar más rentable políticamente y utilizando para su campaña

Para García Donaires (2017): No, por cuanto los delitos contra la administración pública, se entiende son especiales, en tanto la sola aplicación del principio de mínima intervención,

generaría una afectación a la sociedad. No obstante, es de considerarse cuan efectiva es la pena privativa de libertad para este caso concreto.

Para Cherrepano (2017): Considero que si vulnera ambos Derechos y principios por que la aplicación publica diferente no va más allá de partidas presupuestarias, sino del incumplimiento de fines lo que afecta el servicio público.

Para Palian (2017): Considero que no existe una vulneración, sin embargo, en invocación del principio de subsidiariedad, no sería necesario sancionar penalmente al funcionario o servidor público, así mismo es importante tener en cuenta que si hay un grado de lesividad no obstante este es mínimo por tantos no se es imprescindible el Derecho Penal, para sustanciar la malversación de fondos.

3.2 Descripción de resultados: Técnica de Análisis normativo

La aplicación de la técnica de análisis normativo en la presente investigación fue contrastada con uno de los objetivos específicos propuestos:

Objetivo Especifico 1

Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da a los bienes una aplicación pública diferente a aquella previamente destinada contraviene el Principio de Fragmentariedad.

Norma: Código Penal Español

Número de Artículo(s): Capitulo VII, Arts. 432 al 435

Fecha de expedición: 1995

1.- ¿Se sanciona la conducta del funcionario de dar una aplicación pública diferente a la ya establecida de los bienes que administra?

Dentro del aglomerado de Artículos en los que el Código Penal Español (1995), hace uso para regular la malversación de fondos, no se hace mención a la conducta en la que un funcionario

diese a los caudales del Estado una aplicación pública diferente a aquella que estuviese destinada, no obstante, es importante hacer mención que, en el Código Penal Español de 1973, en su Art. 397, si se sancionaba al funcionario que daba una aplicación pública distinta de los caudales que este tenía bajo su administración, estableciendo como pena una inhabilitación especial y una multa, la misma que varía dependiendo las consecuencias originadas por la malversación, es imperante recalcar que dentro del presente artículo, pese a que se sancionaba la aplicación pública diferente, esta sanción no repercute más allá de una inhabilitación y una multa, dejando de lado la pena privativa de libertad o alguna otra de mayor severidad, lo que permite entender de forma explícita que, pese a que en el Código Penal de 1973 se sancionaba la conducta, esta sanción no acarrea privación de libertad. En ese sentido de ideas la versión más reciente del Catálogo penal español (1995), y sus modificatorias, retiran la conducta en la cual el funcionario dispone dar a los efectos públicos una aplicación pública distinta a la previamente establecida, se entiende que ello en virtud del principio de mínima intervención, considerando que la misma no amerita la aplicación de Derecho Penal, sino la del Derecho Administrativo.

2.- ¿El legislador toma como referente el principio de mínima intervención para establecer los parámetros del tipo penal y la pena del mismo?

Como se hizo mención en la respuesta a la pregunta anterior, pese a que en el catálogo de tipos penales del Código Español de 1973, si se sanciona la conducta mediante la cual un funcionario da a los caudales que este administra una aplicación pública diferente a la previamente establecida, esta sanción era mínima, estableciendo inhabilitación la misma que denota en la esfera del derecho administrativo, sin embargo en la versión más reciente del Código Penal español, se despenaliza dicha conducta, desligando así la aplicación pública diferente de la ya establecida como conducta malversadora, de relevancia para el Derecho Penal, como se entiende ello en mérito al principio de mínima intervención del Derecho Penal.

Norma: Código Penal Peruano

Número de Artículo(s): Art. 389

Fecha de expedición: 1991

1.- ¿Se sanciona la conducta del funcionario de dar una aplicación pública diferente a la ya establecida de los bienes que administra?

La legislación peruana partiendo desde los códigos penales de 1861 y 1924, sancionaron la conducta de malversación, describiéndola como aquella en la que el funcionario da a los caudales que este administra una aplicación pública distinta a la previamente establecida, la misma que fueron un acopio de la legislación española. En la actualidad el código penal de 1991, se desliga de la corriente española, la misma que se manifiesta en la sanción al tipo penal de malversación, estableciendo pena privativa de libertad como pena. Pese a que se advierte modificaciones al tipo penal con el pasar del tiempo, todas ellas con el propósito de establecer mayores parámetros o filtros a fin de limitar el alcance del tipo penal, a efectos de caer en casos de bagatela, y de forma indirecta en virtud del principio de mínima intervención.

2.- ¿El legislador toma como referente el principio de mínima intervención para establecer los parámetros del tipo penal y la pena del mismo?

Como ya se hizo mención, desde la promulgación del catálogo penal de 1991, se fueron dando modificatorias al tipo penal, a efectos de minimizar su alcance y establecer filtros, una de ellas es la de “aplicación definitiva”, sin embargo ello en la actualidad no garantiza el cumplimiento del principio de mínima intervención, lo cual manifiesta por parte del legislador un interés de delegar al Derecho Penal la sustanciación del tipo penal materia de estudio, dejando de lado la esencia del mencionado principio, estableciendo una sanción para una conducta que no acarrea graves daños al patrimonio del Estado, para lo cual sería idónea la aplicación de mecanismos previos de control social, tal como lo manifiesta el jurista Rojas.

IV. DISCUSIÓN

En el capítulo se contrastará la información resultante de los instrumentos aplicados, de los trabajos previos y de las teorías relacionadas al tema, a efectos de lograr un análisis eficiente. Por tanto, para proceder con el análisis se tomará como referencia los resultados de las técnicas de entrevista y los resultados de la fuente documental de normas, con el fin de desarrollar el objetivo General del presente trabajo de investigación que es **Evaluar la despenalización del delito de malversación en la legislación peruana en relación a el principio de mínima intervención del Derecho Penal.**

Hasta este punto tenemos que el claro propósito del objetivo planteado es de ver la viabilidad o no de la despenalización en virtud del cumplimiento del principio de mínima intervención del Derecho Penal, y los principios que se subsumen en el mismo, tales como el de subsidiariedad y fragmentariedad.

Del análisis propio del presente trabajo, notamos que nuestro Estado y legisladores, ven como única opción palpable para evitar o reducir la criminalidad en general, el aumento de las penas, o la creación de nuevo e innovadores tipos penales, lo que se resume, en otras palabras, el legislador peruano recurre siempre al Código Penal, como medio de solución a los problemas del sistema de justicia peruano, ante la escasa eficiencia de los otros mecanismos de control social, cuando hasta el día de hoy, con la realidad que se vive en nuestro país, se advierte que la raíz de este mal, que aqueja no radica en el Código Penal, sino por el contrario el sistema de justicia, en función a todas sus instituciones.

Para el caso en concreto relacionado al tipo penal de malversación de fondos, conducta que se encuentra dentro del catálogo de delitos contra la administración pública o mencionados también como un delito de corrupción de funcionarios; tenemos entonces un tipo penal que salvaguarda el cumplimiento y la estabilidad de la aplicación de los fondos públicos en virtud del principio de legalidad presupuestaria, la misma que según nuestra carta magna corresponde a la Contraloría de la Republica, velar por su fiel cumplimiento, entiéndase entonces esta como un organismo de control interno.

En ese sentido de ideas, y de acuerdo al principio de mínima intervención y de subsidiariedad, el Derecho Penal es el último de todos los mecanismos a recurrir, entiéndase luego de haber fallado todos los mecanismos previos- Derecho Civil, Administrativo, etc.-, bajo este criterio entonces, ¿Por qué existiendo en nuestro sistema justicia, un procedimiento administrativo sancionador, no se llevan los casos de malversación previamente por esta vía?, todo se reduce a que el legislador considera esta conducta-malversación-como gravosa, sumado a ello el hecho que la vía administrativa es un mecanismo ineficaz y deficiente, por tanto, es por ello que el legislador recurre al Derecho Penal para sancionar mencionada conducta; lo cual resulta totalmente poco productivo, intérpretese ello, como generar el movimiento de todo el aparato judicial para sancionar a un funcionario con una pena en su mayoría con una pena suspendida de libertad y una inhabilitación, la misma que podría ser también obtenida vía administrativa; cuando dicha conducta no genera un “mal irreversible” para la sociedad; por tanto el aumento de los años de pena privativa para los delitos que son cometidos con mas frecuencia, o penalizar conductas que se consideran “lesivas”, no produce efectos positivos, ni siquiera cercanos a ser favorables para la sociedad.

De lo manifestado por el Dr. Rojas y Reátegui, se entiende que el tipo penal de malversación de fondos, se subsume a un ilícito administrativo, estamos pues ante una conducta similar a la del peculado, pero mucho menos gravosa, una conducta que puede ser por sus características y elementos, sustanciada por el Derecho Administrativo, vía un proceso administrativo sancionador, el mismo que otorgaría resultados en plazos muchos más cortos que los obtenidos en un proceso judicial, es importante tener en cuenta que, lo planteado por el Jurista Rojas, no es dejar impune la malversación, sino por el contrario regular esta conducta con el mecanismo idóneo, sin la necesidad de recurrir al Derecho Penal.

Tenemos como precedente a ello a Chanjan (2014), en su trabajo titulado “La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso” en el cual concluye que la aplicación o uso indebido de caudales del Estado que no se resuman en “apropiación”, carecen de relevancia para el tipo penal, los mismo que deberían ser sancionadas vía administrativa.

Por su parte García Matallana (2017), García (2017) y Cherrepano (2017) concuerdan en no estar de acuerdo con la despenalización del tipo, empero es importante señalar que, el primero sustenta la misma en base a que las instituciones encargadas de la vigilancia del actuar de los funcionarios-contraloría-entiéndase por mecanismo previos, advirtiéndole que esta no funciona eficazmente, lo cual demuestra que los operadores de justicia-Fiscal-también es consciente de las deficiencias de los mecanismos de solución extrapenales, y que el legislador coge esto como fundamento, para penalizar esta conducta; sin embargo, Palian (2017) considera que si es pertinente la despenalización, comprendiendo la malversación como una mala administración por parte del funcionario peruano, por tanto el indicado a sustanciar mencionada conducta sería la esfera administrativa, empero advierte que la despenalización no sería pertinente para la agravante de la conducta en mención; bajo ese criterio estaríamos ante un ilícito administrativo, siendo su actuar un hecho de falta de fidelidad e integridad lo cual se subsume en una falta de carácter administrativa.

En Chile:

Relevante también tener presente el trabajo de investigación de Reyes (2009) titulado “Delitos funcionarios que consisten en la falta de probidad”, en la cual concluye advirtiéndole que respecto al tipo penal malversación de fondos, se debe tener en cuenta que la distracción de caudales es siempre para destinos o fines públicos, y que debido a la poca lesividad del tipo penal, es pertinente pronunciarse a favor de la despenalización.

Es imperante también tener en cuenta que, del análisis normativo, -hecho al Código Penal español- se desprende que el legislador español no establece esta conducta-aplicación publica diferente-como delito, a partir de su Código Penal de 1995 (el de 1973 si estipulaba como delito dicha conducta), ello en virtud de su escaso grado de lesividad, al ámbito patrimonial del mismo. No obstante, por parte del legislador peruano-análisis normativo- se advierte en contraste con la española, una tendencia a criminalizar la conducta con el fin de persuadir a los funcionarios a no incurrir en ella; hecho que hasta la actualidad no guarda mucha coherencia con lo que se da en la práctica teniendo en cuenta los fallos condenatorios que se obtienen luego de años de proceso judicial, en la que se establece en su mayoría de casos, una pena suspendida, y como máximo referente de sanción una inhabilitación, la misma puede ser planteada vía administrativa, tal como se mostró en el grafico N° 1.

Respecto a ello la Contraloría General de la República (2017) señala que:

“La Contraloría General tiene facultades para sancionar administrativamente a los funcionarios y servidores públicos que cometan faltas graves o muy graves sin considerar el vínculo laboral, contractual, estatuario, administrativo o civil del infractor y del régimen bajo el cual se encuentre, de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 29622 y su Reglamento.”

Con el propósito de dar un mayor entendimiento respecto al Proceso Administrativo Sancionador (PAS), se considera pertinente mostrar el siguiente mapa:

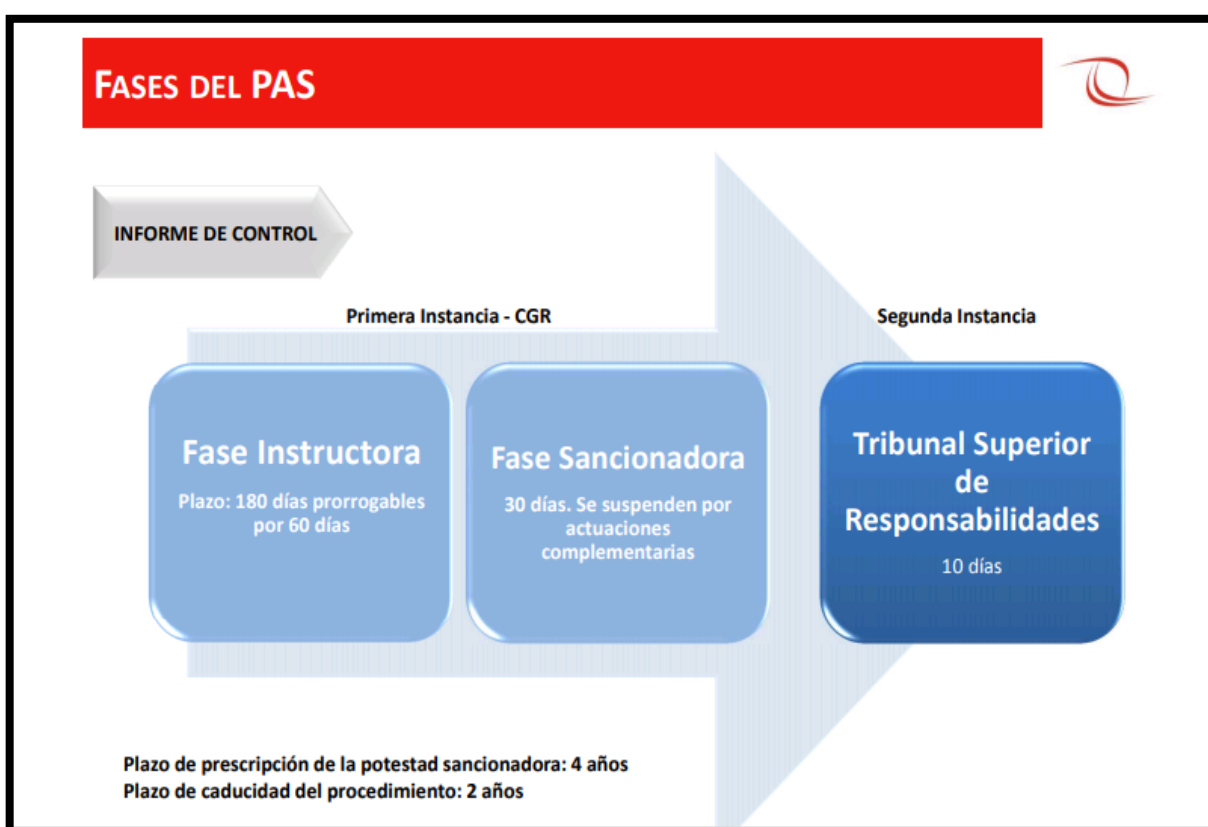


Figura 2. Fases del PAS. Extraído de: <http://www.contraloria.gob.pe>

Se puede advertir que este proceso consta de dos instancias, la primera de ellas siendo la Fase Instructora, en la que se dedica tiempo exclusivamente para investigar y recabar información del caso en concreto: la segunda, la Fase Sancionadora, consiste interponer la sanción mediante una Resolución, en virtud de todo lo investigados en la primera Fase, he de

advertirse que las autoridades encargadas de imponer esta sanción, son distintas a las que llevaron a cabo la investigación; por último se tiene la segunda instancia, derivándose el caso al Tribunal Superior de Responsabilidades; es importante resaltar ambas instancias de forma conjunta no sumas más de 9 meses de duración, tomando en cuenta incluso la prórroga de la primera instancia, un gran margen de diferencia con el proceso judicial, por el cual se sustancia la malversación.

De las sanciones interpuestas mediante este proceso (PAS) se tiene lo siguiente:



Figura 3. Infracciones y sanciones. Extraído de: <http://www.contraloria.gob.pe>

Se aprecia entonces que las sanciones giran en torno a Faltas Graves y Muy Graves, la primera de ellas estableciendo una suspensión de 30 a 360 días y una inhabilitación no menor de uno ni mayor de dos años; la segunda establece como sanción solo la inhabilitación, sin embargo esta puede ser no menor de dos ni mayor de cinco años.

Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da a los bienes una aplicación pública diferente a aquella previamente destinada contraviene el Principio de Fragmentariedad

Al respecto el guatemalteco Castillo (2006) en su trabajo titulado “Despenalización del delito de malversación de fondos públicos”; considera que sancionar penalmente al funcionario que incurre en malversación si vulnera el Principio de Fragmentariedad, ya que el tipo penal de malversación no cumple con las exigencias del Derecho Penal garantista y moderno, así mismo dado las acciones que configuran el tipo penal y que los caudales no escapan del dominio del estado, en criterio del autor, esto ocasiona un trato denigrante por parte del sistema legislativo, en contra de los funcionarios, al procesarse penalmente vulnerándose así principios de mínima intervención, fragmentariedad y subsidiariedad.

De los entrevistados tenemos que García (2017) señala que al sancionar penalmente al funcionario si es necesario para regular la conducta de malversación; por su parte García Matallana (2017) considera que no vulnera el principio de subsidiariedad o fragmentariedad, pero exhorta al legislador, a tener en cuenta que la pena privativa de libertad no es proporcional para este delito en concreto, entiéndase por la escasa lesividad. Así mismo Cherrepano (2017) manifiesta que, si se genera una vulneración a los citados principios, al sancionar al funcionario por esta conducta-malversación- en razón a que la misma no pasa de una desviación de los caudales dentro del dominio del Estado, sin embargo, ante la clara presión mediática y de la población, y por un tema de política criminal por parte del legislador esta conducta es desarrollada como un tipo penal. Por su parte Palian (2017), advierte que no es necesario sancionar penalmente al funcionario, debido al bajo grado de lesividad que esta conducta revierte en contra la sociedad y los caudales del Estado, teniendo en cuenta que esta conducta-puede ser sustanciada por la esfera administrativa.

Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da al dinero una aplicación pública diferente a aquella previamente destinada contraviene el Principio de Subsidiariedad.

Para García Matallana (2017) y García (2017), no se estaría contraviniendo con el principio de subsidiariedad, al sancionar vía Penal al funcionario que comete malversación, no obstante, a ello García (2017), señala que debe tenerse a evaluación si la pena privativa de libertad que se establece es proporcional, en el sentido de su necesidad como sanción, para el caso del tipo penal materia de análisis.

Por su parte Cherrepano (2017), considera que, si estaría contraviniendo los citados principios en razón a la sanción penal establecida al funcionario que incurre en dicha conducta, partiendo de la pena privativa de libertad que se, teniendo en cuenta que estamos frente a una conducta que comprende una aplicación “pública” diferente, mas no una desviación con el fin de obtener un beneficio privado por parte del funcionario. Así mismo Palian (2017) considera que no existe una vulneración del principio subsidiario propiamente dicho, sin embargo, en invocación de este, no es necesaria la aplicación del Derecho Penal, para sustanciar mencionada conducta, teniendo en cuenta que el grado de lesividad es mínima, y que existen no solo delitos contra la administración mas gravosos, si no también delitos de corrupción que debido su gran margen de insoportabilidad social, es vital, la aplicación del Derecho Penal.

Es meritorio hacer mención a Flores (2015), quien en su trabajo de investigación titulado “Despenalización del Tipo Penal Malversación de fondos en la legislación peruana”, manifiesta que el tipo penal malversación en nuestra legislación en concreto, no estaría acorde al Derecho Penal garantistas, a razón de que un Estado por esencia actúa en virtud del respeto hacia los Derecho Fundamentales de sus ciudadanos, en tanto se debe establecer primordialmente como criterio la primacía de la libertad y sobre todo exhorta a la aplicación de medios previos al Derecho Penal, ello pues en virtud del carácter fragmentario del Derecho Penal, teniendo en cuenta que esta conducta genera un escaso grado de lesividad.

V. CONCLUSIONES

Primero: Establecer pena privativa de libertad como sanción al funcionario o servidor público, que incurre en el tipo penal de malversación de los fondos-en su modalidad simple-resulta desproporcional, considerando el escaso nivel de lesividad por parte de dicha conducta hacia el bien jurídico protegido y a los caudales del Estado.

Segundo: Es viable la despenalización de la malversación de fondos tipificado en el Artículo 389 de nuestro Código Penal-primer párrafo-, para ser sustanciada como un ilícito meramente administrativo, partiendo de que dicha conducta no es relevante para el Derecho Penal, conforme a lo estrictamente establecido por el Principio de mínima intervención Penal; más aun por el escaso grado de lesividad de la conducta, ello en razón de que los caudales públicos distraídos no escapan del dominio del Estado.

Tercero: No es resulta productivo para el sistema de justicia procesar penalmente al funcionario que incurre en malversación, en específico para casos en los que los montos desviados son mínimos, ello en merito a la inversión de tiempo y dinero (economía procesal) que involucra llevar un proceso judicial a lo largo de todas sus instancias, buscando castigar una conducta, que genera una escasa lesividad al Estado, aun mas cuando se podría resultados similares o talvez mejores por medio de mecanismos de solución extrapenales; o en su defecto, resultaría viable establecer una reforma en el artículo 389 del Código Penal Peruano-primer párrafo-.estableciendo una cuantía mínima, a fin de que mencionada conducta sea sustanciada por el Derecho Penal, caso contrario-al no cubrir la cuantía-, sea sustanciada como un ilícito administrativo.

VI. RECOMENDACIONES

Primero: Exhortar al legislador que a través de nuevas políticas de Estado y sociales promueva el fortalecimiento y eficacia de los las instituciones y organismos de control interno extrapenales, evitando de esta manera recurrir de forma cotidiana a criminalizar conductas y estipular nuevos tipos penales, existiendo constitucionalmente instituciones que en merito a su función podrían aportar a la lucha contra la corrupción.

Segundo: Mejorar el sistema de fiscalización de la Contraloría General de la Republica, ejerciendo una labor más exhaustiva, en virtud de sus funciones establecidas constitucionalmente, en específico del Art. 82 y 199 de nuestra Carta Magna, de esta manera ejecutar una supervisión constante, del cumplimiento de la legalidad presupuestaria, por parte de los distintos gobiernos e instituciones del Estado.

Tercero: Es necesario también hacer énfasis en el proceso administrativo sancionador, ya que por medio de este podría sustanciarse la conducta de malversación, en un lapso mucho menor al cual ofrece el sistema judicial, por tanto, resulta necesario que el legislador, promueva políticas de fortalecimiento y eficacia de los mecanismos de solución extrapenales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Biografías Metodológicas

Bejar, D. (2008). *Introducción a la Metodología de la investigación*. Primera edición. Editorial: Shalom.

Bernal, C. (2010). *Metodología de la investigación*. Tercera edición. Colombia: Pearson Educación.

Hernández et al. (2014). *Metodología de la investigación científica*. Sexta edición. México: Mcgraw-Hill / Interamericana Editores, S.A.

Monje, C. (2011). *Metodología de la investigación cuantitativa y cualitativa: Guía didáctica*. Colombia: Universidad Sur colombiana.

Biografías Temática

Abanto M. (2003) *Los delitos contra la administración pública en el código penal*. Segunda edición. Lima – Palestra

Brunoni, N.(2009) “*Malversación y peculado: análisis comparativo entre las legislaciones española y brasileña*”

Bramont, L. (2015). “El concepto de funcionario público en el Derecho Penal y la problemática del funcionario de hecho” en los delitos contra la administración pública”.

Castillo, J. (2006). “*Despenalización del delito de malversación de fondos públicos*”.

Chanjan, R. (2014) “*La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso*”.

- Contraloría General de la República (2017). *Portal web*: <http://www.contraloria.gob.pe>
- Creus, C. (1996). *“Derecho Penal. Parte Especial”*. Tomo 1. Buenos Aires: Astrea.
- Donna, E. (2002). *Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires.
- Espinoza, J. y otros (2013). *La jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*. Recuperado de:
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3d45b6804122236381d8f154c6ece4d7/RPP+F3+-+2013-02+-+Jurisprudencia+NCP+25-2.pdf?MOD=AJPERES>
- Fernández, J. (2016). *Grandes Temas Constitucionales. Derecho Administrativo. Primera Edición*. Mexico: Secretaria de Cultura.
- Flores, H (2015). *“Despenalización del Tipo Penal Malversación de fondos en la legislación peruana”*. Lima
- Frisancho, M. (2011). *Delitos contra la administración pública. Cuarta edición*. Perú: Fecat.
- Limaico, M. (2015) *“El cumplimiento del principio de mínima intervención penal en el juzgamiento del delito de hurto y sus efectos jurídicos”*.
- Milanese, P. (2007). *El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención de mínima intervención. Derecho Penal online*. Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_33.pdf o <http://www.derechopenalonline.com>
- Molina, C. (2000). *Delitos contra la Administración Pública. Tercera edición*. Bogotá: Editorial LEYER
- Montoya, Y. (2015). *Manual sobre de delitos contra la Administración Pública. Primera edición*: Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Reátegui, J. (2016). *Tratado de Derecho penal parte especial. Primera edición. Perú: Editora y distribuidora ediciones legales E.I.R.L.*

Reyes, J. (2009). “*Delitos funcionarios que consisten en la falta de probidad*”.

Rojas, F. (2009). *Delitos contra la administración pública. Perú: Editorial jurídica Grijley E.I.R.L.*

Rojas, F. (2013). *Estudios fundamentales de la parte general y especial. Perú: Gaceta jurídica S.A.*

Rojas, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Lima – Nomos & Thesis EIRL.*

Roxin, C. (1994). *Derecho Penal: Parte General. Tomo 1. Múnich.*

Salinas, R. (2014). *Delitos contra la administración Pública. Lima-Perú: Editorial Iustitia S.A.C.*

Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal parte general. Primera edición. Perú: Editorial jurídica Grijley E.I.R.L.*

Fuentes Normativas

Constitución Política del Perú

Código Procesal Penal Peruano

Código Penal Peruano

Código Penal de la Nación Argentina

Código Penal Español

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA PARA ELABORACIÓN DE INFORME DE TESIS

NOMBRE DEL ESTUDIANTE: SALVATIERRA JULCA, MARIO SERGIO ROBERT

FACULTAD/ESCUELA: ESCUELA PROFESIONAL DE DECHO

TÍTULO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN	Despenalización del delito de malversación de fondos en la legislación peruana en relación al principio de mínima intervención del Derecho Penal.
PROBLEMA	¿De qué manera la despenalización del delito de malversación de fondos en la legislación peruana se relaciona con el principio de mínima intervención del Derecho Penal?
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	<ul style="list-style-type: none">• ¿De qué manera sancionar penalmente al funcionario que da aplicación pública diferente de bienes a aquella destinada contraviene el Principio de Fragmentariedad?• ¿De qué manera sancionar penalmente al funcionario que da aplicación pública diferente de dinero a aquella destinada vulnera el Principio de Subsidiaridad?
OBJETIVO GENERAL	Evaluar la despenalización del delito de malversación en la legislación peruana en relación a el principio de mínima intervención del Derecho Penal
	•Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da a los bienes una aplicación pública diferente a aquella

<p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p>	<p>previamente destinada contraviene el Principio de Fragmentariedad.</p> <p>•Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da al dinero una aplicación pública diferente a aquella previamente destinada contraviene el Principio de Subsidiariedad.</p>
<p>SUPUESTO</p>	<p>Es necesaria la despenalización del delito de malversación en la legislación peruana por contravenir el principio de mínima intervención estatal, toda vez que dar aplicación diferente a los bienes o dinero a aquella destinada, no genera daños irreparables al Estado, por ello no amerita la intervención del Derecho Penal.</p>
<p>SUPUESTOS ESPECÍFICOS</p>	<p>La regulación actual que se viene dando a la malversación de fondos en la legislación peruana, afecta el principio de mínima intervención, teniendo en cuenta que el derecho penal solo ha de aplicarse cuando el resto de mecanismos de control fallan, es decir es de ultima ratio.</p> <p>No es necesaria la aplicación del Derecho Penal para persuadir o evitar que el funcionario o servidor público invierta o utilice los fondos de forma no prevista, toda vez que existen medios de control previos a la pena, que pueden cumplir satisfactoriamente dicho propósito.</p>
<p>CATEGORIAS</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Malversación de Fondos 2. Principio de mínima intervención

GUIA DE ENTREVISTA

Título: Despenalización del delito de malversación fondos en la legislación peruana en relación al principio de mínima intervención del derecho penal

Entrevistado:

Cargo/profesión/grado académico:

Institución:

OBJETIVO GENERAL

Evaluar la despenalización del delito de malversación en la legislación peruana en relación a el principio de mínima intervención del Derecho Penal

Preguntas:

Señale usted ¿Cuál es la importancia del principio de mínimo intervención en relación a la función punitiva del Estado?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

¿Es necesaria la aplicación del Derecho Penal para sancionar la conducta de malversación de fondos, considerando que el jurista Fidel Rojas Vargas señala lo contrario?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

Para el Jurista Fidel Rojas Vargas, los funcionarios o servidores que incurran en malversación deberían ser sancionados solo por la esfera administrativa. Explique usted ¿Porque hasta el día de hoy no se aplica la tesis planteada por el Jurista?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Teniendo en cuenta que en España (Código Penal español 1995) no se sanciona penalmente al funcionario que da a los caudales que administra una aplicación publica diferente a la ya establecida ¿Es pertinente la despenalización del tipo penal malversación de fondos en nuestra legislación, toda vez que esta se encuentra contraviniendo el principio de mínima intervención?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

OBJETIVO ESPECIFICO 1

Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da a los bienes una aplicación pública diferente a aquella previamente destinada contraviene el Principio de Fragmentariedad.

Preguntas:

1. ¿En qué consiste la acción de dar a los bienes una aplicación pública diferente a aquella que esta previamente destinada por parte de los funcionarios o servidores públicos?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

2. ¿De qué manera se ve perjudicado el Estado cuando un funcionario o servidor público da a los bienes que este administras una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

3. ¿Sancionar penalmente al funcionario que da a los bienes una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada contraviene el carácter fragmentario y por tanto principio de mínima intervención del Derecho Penal?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

OBJETIVO ESPECIFICO 2

Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da al dinero una aplicación pública diferente a aquella previamente destinada contraviene el Principio de Subsidiariedad.

.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....

4. ¿Cómo se ve perjudicado el Estado cuando un funcionario o servidor público da al dinero que este administra una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada? Explique usted

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

5. ¿Sancionar penalmente al funcionario que da al dinero que este administra una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada vulnera el principio de subsidiaridad y por ende el de mínima intervención del Derecho Penal?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

GUÍA DE ANÁLISIS NORMATIVO

Objetivo específico 1

Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da a los bienes una aplicación pública diferente a aquella previamente destinada contraviene el

Título de la Norma:

Número de Artículo(s):

Fecha de expedición:

MALVERSACIÓN DE FONDOS

1.- ¿Se sanciona la conducta del funcionario de dar una aplicación pública diferente a la ya establecida de los bienes que administra?

2.- ¿El legislador toma como referente el principio de fragmentariedad para establecer los parámetros del tipo penal y la sanción del mismo?

GUIA DE ENTREVISTA

Título: Despenalización del delito de malversación fondos en la legislación peruana en relación al principio de mínima intervención del derecho penal

Entrevistado: *Dr. Raúl Palomares Rojas*

Cargo/profesión/grado académico: *Abogado Independiente*

Institución:

OBJETIVO GENERAL

Evaluar la despenalización del delito de malversación en la legislación peruana en relación a el principio de mínima intervención del Derecho Penal

Preguntas:

1. Señale usted ¿Cuál es la importancia del principio de mínimo intervención en relación a la función punitiva del Estado?

Su importancia radica en que el límite no debe estar en el interés punitivo del Estado, partiendo de la premisa de que al no establecerse un límite o mecanismo poder se pueden dar cabida a actos arbitrarios por parte de los actores.

2. ¿Es necesaria la aplicación del Derecho Penal para sancionar la conducta de malversación de fondos, considerando que el jurista Fidel Rojas Vargas señala lo contrario?

Considero que no, el legislador peruano por un tema de política criminal tiende a criminalizar los conductos con el propósito de persuadir el sujeto a cumplir con dicha actividad, cuando los casos han demostrado que esto no es siempre la solución, por el uso en caso se tiene una alternativa a nivel por orden constitucional puede regular este conducto.

Entiéndese un funcionario que incurre en malversación viene a ser un mal administrador y por tanto considero que es la institución administrativa a instancias de la cual se castiga

- 3. Para el Jurista Fidel Rojas Vargas, los funcionarios o servidores que incurran en malversación deberían ser sancionados solo por la esfera administrativa. Explique usted ¿Porque hasta el día de hoy no se aplica la tesis planteada por el Jurista?

Remitirémosle a mi respuesta anterior, es más por un tema de política criminal por parte del legislador peruano, existe la tendencia a llevar todo al Derecho Penal, dejando de lado los mecanismos propios a éste.

- 4. Teniendo en cuenta que en España (Código Penal español 1995) no se sanciona penalmente al funcionario que da a los caudales que administra una aplicación pública diferente a la ya establecida ¿Es pertinente la despenalización del tipo penal malversación de fondos en nuestra legislación, toda vez que esta se encuentra contraviniendo el principio de mínima intervención?

No solo por España, sino a los países que no incurrir en dicha conducta al Estado peruano debería tenerlo, considero que la despenalización es pertinente en virtud de la inobservancia del Principio de mínima intervención, es importante tener presente que la despenalización debe darse solo para la conducta simple, más no para la agravada de la misma.

OBJETIVO ESPECIFICO 1

Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da a los bienes una aplicación pública diferente a aquella previamente destinada contraviene el Principio de Fragmentariedad.

Preguntas:

- 5. ¿En qué consiste la acción de dar a los bienes una aplicación pública diferente a aquella que esta previamente destinada por parte de los funcionarios o servidores públicos?

Consiste en darle un uso público diferente al bien, al ya establecido en presupuesto, entendiendo que también se puede configurar con la gestión, cuando a un cuerpo policial sucede con este

bien para abastecer vehículos de salvataje, sin embargo lo utilizo para abastecer motos de patrullaje.

6. ¿De qué manera se ve perjudicado el Estado cuando un funcionario o servidor público da a los bienes que este administra una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada?

A discreción del delito de peculado, este percibe generalmente a partir de la adquisición, va contra el no respetar las pautas para los cuales determinadas bienes públicos fueron destinados, vulnerando explícitamente la legalidad presupuestal.

7. ¿Sancionar penalmente al funcionario que da a los bienes una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada contraviene el carácter fragmentario y por tanto principio de mínima intervención del Derecho Penal?

Considero que no existe un perjuicio, sin embargo el sancionar este conducto vía penal no es necesario, teniendo en cuenta que el funcionario que incurre en transacción de los bienes del Estado a otro servicio público, entendiendo este no escape del ámbito de la esfera administrativa.

OBJETIVO ESPECIFICO 2

Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da al dinero una aplicación pública diferente a aquella previamente destinada contraviene el Principio de Subsidiariedad.

8. ¿En qué consiste la acción de dar al dinero una aplicación pública diferente a aquella que esta previamente destinada por parte de los funcionarios o servidores públicos?

Explotarmente consiste en destinar el dinero público destinado para un determinado fin, para otro, como muestra en la práctica, propuesto más de lo establecido por la compra de un bien o el contrato de un servicio, del que se establece de forma permanente.

9. ¿Cómo se ve perjudicado el Estado cuando un funcionario o servidor público da al dinero que este administra una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada?

Explique usted

El perjuicio va en función del principio de legalidad presupuestaria, el perjuicio consiste en vulnerar ese mismo principio, desviando los recursos establecidos para una partida presupuestaria a otra, se obstenta este perjuicio es institucional, dado que en principio debía ser resuelto por el ámbito administrativo.

10. ¿Sancionar penalmente al funcionario que da al dinero que este administra una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada vulnera el principio de subsidiaridad y por ende el de mínima intervención del Derecho Penal?

Considero que existe una subsistencia, sin embargo en invocación del principio de subsidiaridad, no sería necesario sancionar penalmente al funcionario o servidor público, así mismo es importante tener en cuenta que si hay un grado de lesividad no obstante este es mínimo por tanto no es el imponible del Derecho Penal, para evitar ~~esta~~ la mediación de factos.

GUIA DE ENTREVISTA

Título: Despenalización del delito de malversación fondos en la legislación peruana en relación al principio de mínima intervención del derecho penal

Entrevistado: *Sedy Diana Cherrupomo Collantes*

Cargo/profesión/grado académico: *Fiscal Anticorrupción*

Institución: *Ministerio Público*

OBJETIVO GENERAL

Evaluar la despenalización del delito de malversación en la legislación peruana en relación a el principio de mínima intervención del Derecho Penal

Preguntas:

1. Señale usted ¿Cuál es la importancia del principio de mínimo intervención en relación a la función punitiva del Estado?

Restringe la función punitiva del Estado, considero que no es importancia porque frente a delitos corrupción no debería aplicarse toda vez que aunque sea ínfima el perjuicio patrimonial no significa que el bien jurídico tutelado no se ha lesionado por lo que no podría concluirse que se trata de delitos de bagatela, lo que no sucede en los delitos comunes.

2. ¿Es necesaria la aplicación del Derecho Penal para sancionar la conducta de malversación de fondos, considerando que el jurista Fidel Rojas Vargas señala lo contrario?

Considero que no es necesario la aplicación del Derecho Penal para sancionar la conducta de malversación de fondos porque dicho delito no es una cuestión de temas meramente administrativos o presupuestarios, sino de afectación de servicios públicos que se originaron por desvío de fondos entendiendo no como partidas públicas específicas.

3. Para el Jurista Fidel Rojas Vargas, los funcionarios o servidores que incurran en malversación deberían ser sancionados solo por la esfera administrativa. Explique usted ¿Porque hasta el día de hoy no se aplica la tesis planteada por el Jurista?

Considero que no se recibe lo planteado por el jurista Fidel Rojas Vargas porque no sólo se afecta el patrimonio del Estado que puede ser resarcido en la esfera administrativa, sino también se afecta el correcto funcionamiento de la administración pública por lo que sanciones sólo en esfera administrativa no sería eficaz.

4. Teniendo en cuenta que en España (Código Penal español 1995) no se sanciona penalmente al funcionario que da a los caudales que administra una aplicación pública diferente a la ya establecida ¿Es pertinente la despenalización del tipo penal malversación de fondos en nuestra legislación, toda vez que esta se encuentra contraviniendo el principio de mínima intervención?

Considero que tampoco se debe despenalizar toda vez que la realidad en España es diferente al del Perú la vida política y económica es más desarrollada de otro nivel en cuanto a la cultura y valores, a diferencia del Perú que como país sub desarrollado la vida política es aún precaria en valores y principios.

OBJETIVO ESPECIFICO 1

Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da a los bienes una aplicación pública diferente a aquella previamente destinada contraviene el Principio de Fragmentariedad.

Preguntas:

5. ¿En qué consiste la acción de dar a los bienes una aplicación pública diferente a aquella que esta previamente destinada por parte de los funcionarios o servidores públicos?

consiste en que bienes que tiene pre-determinados un destino para cumplir con un fin u objeto público, se le destina a otra finalidad pública que no esta prevista.



..... perjudicando directamente el cumplimiento de otros metas que
no estaban previstas.
.....
.....
.....

6. ¿De qué manera se ve perjudicado el Estado cuando un funcionario o servidor público da a los bienes que este administra una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada?

..... De se perjudica en el incumplimiento de sus fines
..... para los cuales estaban previstas por lo que se afecta
..... gravemente el servicio.
.....
.....
.....

7. ¿Sancionar penalmente al funcionario que da a los bienes una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada contraviene el carácter fragmentario y por tanto principio de mínima intervención del Derecho Penal?

..... Considero que si lesionaría ambos principios como el
..... carácter fragmentario y del principio de mínima intervención
..... del D.º Penal porque el destino de fondos no más
..... está en el tema presupuestario o partidas presupuestarias.
.....
.....

OBJETIVO ESPECIFICO 2

Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da al dinero una aplicación pública diferente a aquella previamente destinada contraviene el Principio de Subsidiariedad.



8. ¿En qué consiste la acción de dar al dinero una aplicación pública diferente a aquella que esta previamente destinada por parte de los funcionarios o servidores públicos?

Consiste en que para los fines distintos se desgracia de dinero dándole una aplicación distinta afectando al servicio público.

9. ¿Cómo se ve perjudicado el Estado cuando un funcionario o servidor público da al dinero que este administra una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada? Explique usted

Se perjudica al Estado cuando se afecta el servicio encomendado para lo cual estaba previsto todo lo que no se dio cumplimiento a sus fines.

10. ¿Sancionar penalmente al funcionario que da al dinero que este administra una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada vulnera el principio de subsidiaridad y por ende el de mínima intervención del Derecho Penal?

Considero que si vulnera ambos derechos y principios porque la aplicación pública difiere no más allá de partidas presupuestarias sino de incumplimiento de fines lo que afecta al servicio público.

LEIDY DIANA CHERREPEÑO COLLANTES
FISCAL ADJUNTA PROVINCIAL
FISCALÍA PROVINCIAL CORPORATIVA
Especializada en Delitos de Corrupción
de Funcionarios de Línea Noctiva
Primer Piso

GUIA DE ENTREVISTA

Título: Despenalización del delito de malversación fondos en la legislación peruana en relación al principio de mínima intervención del derecho penal

Entrevistado: JUAN GARCIA MATAICANA

Cargo/profesión/grado académico: F.A.P.(T) (Abogado) / Bachiller

Institución: M.P.

OBJETIVO GENERAL

Evaluar la despenalización del delito de malversación en la legislación peruana en relación a el principio de mínima intervención del Derecho Penal

Preguntas:

1. Señale usted ¿Cuál es la importancia del principio de mínimo intervención en relación a la función punitiva del Estado?

La limite, porque el estado no puede sobrepasar este principio ya que de lo contrario toda actividad seria considerada desproporcionada. Este principio debe ser respetado tanto al momento de la tipificación como al momento de disponer la condena

2. ¿Es necesaria la aplicación del Derecho Penal para sancionar la conducta de malversación de fondos, considerando que el jurista Fidel Rojas Vargas señala lo contrario?

Si, por que la realidad ha demostrado que la autoridades desvien el Dinero, por actividades que resulten más rentables politicamente, no priorizando las necesidades fiscalidad y necesidades de la población

3. Para el Jurista Fidel Rojas Vargas, los funcionarios o servidores que incurran en malversación deberían ser sancionados solo por la esfera administrativa. Explique usted ¿Porque hasta el día de hoy no se aplica la tesis planteada por el Jurista?

Porque los delitos punitivos no prevén, como debería. Además, existen penas de prisión y de multa, pero no son suficientes.

4. Teniendo en cuenta que en España (Código Penal español 1995) no se sanciona penalmente al funcionario que da a los caudales que administra una aplicación pública diferente a la ya establecida ¿Es pertinente la despenalización del tipo penal malversación de fondos en nuestra legislación, toda vez que esta se encuentra contraviniendo el principio de mínima intervención?

España es una sociedad de derecho, en nuestra legislación no sancionan a los funcionarios por malversación de fondos, pero los funcionarios públicos buscan hacer su trabajo.

OBJETIVO ESPECIFICO 1

Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da a los bienes una aplicación pública diferente a aquella previamente destinada contraviene el Principio de Fragmentariedad.

Preguntas:

5. ¿En qué consiste la acción de dar a los bienes una aplicación pública diferente a aquella que esta previamente destinada por parte de los funcionarios o servidores públicos?

Principalmente en cambiar el destino, es decir para otra parte presupuestaria, en la práctica el tema de la aplicación de "Bienes", entendiéndose

muebles y no muebles resulta difícil de sustrase

6. ¿De qué manera se ve perjudicado el Estado cuando un funcionario o servidor público da a los bienes que este administra una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada?

Se puede tener los bienes públicos al ser mayor propuesto a fin de ser más rentable políticamente

7. ¿Sancionar penalmente al funcionario que da a los bienes una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada contraviene el carácter fragmentario y por tanto principio de mínima intervención del Derecho Penal?

Si es una conducta que perjudica el desarrollo institucional de la sociedad. Se debe tener en cuenta más que si se debe sancionar, es si una parte privativa de libertad es proporcional para este delito, establecido en el tipo penal.

OBJETIVO ESPECIFICO 2

Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da al dinero una aplicación pública diferente a aquella previamente destinada contraviene el Principio de Subsidiariedad.



8. ¿En qué consiste la acción de dar al dinero una aplicación pública diferente a aquella que esta previamente destinada por parte de los funcionarios o servidores públicos?

Consiste en dar al dinero "público" un destino el cual no está previamente establecido, emitiendo así partidas presupuestarias sea invirtiendo más de lo que se estableció, entre otras acciones.

9. ¿Cómo se ve perjudicado el Estado cuando un funcionario o servidor público da al dinero que este administra una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada?

Explique usted

Igual público. Se pagará por que, los gastos de la institución no se reflejan conforme a las necesidades y prioridades que debe tener la institución.

10. ¿Sancionar penalmente al funcionario que da al dinero que este administra una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada vulnera el principio de subsidiaridad y por ende el de mínima intervención del Derecho Penal?

Usted, por que los otros modos de control son lo suficientemente satisfactorios. Además la nulificación en algunas cosas afecta a los pobladores más vulnerables por que la inversión que está dirigida a ellos está desviados a otros más rentable políticamente y utilizando para su corporación.

JUAN GERARDO GARCIA MATALLANA
FISCAL ADJUNTO TITULAR
Primer Despacho Fiscalía Prov. Corporativa
Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
Distrito Fiscal de Lima Norte

GUIA DE ENTREVISTA

Título: Despenalización del delito de malversación fondos en la legislación peruana en relación al principio de mínima intervención del derecho penal

Entrevistado: Romy García Danaires

Cargo/profesión/grado académico: Abogado, Jefe de Oficina.

Institución: Procuraduría Descentralizada en Delitos de Corrupción - Lima Norte.

OBJETIVO GENERAL

Evaluar la despenalización del delito de malversación en la legislación peruana en relación a el principio de mínima intervención del Derecho Penal

Preguntas:

1. Señale usted ¿Cuál es la importancia del principio de mínimo intervención en relación a la función punitiva del Estado?

Es importante por cuanto por apremio reducir la intervención del Estado, limitando solo para los más graves en el campo punitivo, esto equiparando la lesión del bien jurídico, protegido en general el Orden jurídico. Por eso el D° Penal interviene mínimamente porque confía en el hombre.

2. ¿Es necesaria la aplicación del Derecho Penal para sancionar la conducta de malversación de fondos, considerando que el jurista Fidel Rojas Vargas señala lo contrario?

Personalmente considero que sí. El jurista no señala lo contrario pero sí refiere que en un buen sector penal comparado, se reduce por un lado esta Admonstrativo, dado al escaso nivel de lesividad al bien jurídico, lo que si no se encuen

tra de acuerdo es respecto al agravante

3. Para el Jurista Fidel Rojas Vargas, los funcionarios o servidores que incurran en malversación deberían ser sancionados solo por la esfera administrativa. Explique usted ¿Porque hasta el día de hoy no se aplica la tesis planteada por el Jurista?

No es la tesis planteada por el jurista pero si es de varias secciones a nivel de Derecho Campesino.

4. Teniendo en cuenta que en España (Código Penal español 1995) no se sanciona penalmente al funcionario que da a los caudales que administra una aplicación pública diferente a la ya establecida ¿Es pertinente la despenalización del tipo penal malversación de fondos en nuestra legislación, toda vez que esta se encuentra contraviniendo el principio de mínima intervención?

No estoy de acuerdo con despenalizar el delito de Malversación de fondos porque afecta el bien jurídico del normal y correcto Adm.istración Pública

OBJETIVO ESPECIFICO 1

Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da a los bienes una aplicación pública diferente a aquella previamente destinada contraviene el Principio de Fragmentariedad.

Preguntas:

5. ¿En qué consiste la acción de dar a los bienes una aplicación pública diferente a aquella que esta previamente destinada por parte de los funcionarios o servidores públicos?

Característica es desviar, dar otra utilidad al dinero o bienes que han sido des-

tenados a un fin concreto.

6. ¿De qué manera se ve perjudicado el Estado cuando un funcionario o servidor público da a los bienes que este administra una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada?

Perjudica afectando o lesionando el bien jurídico específico que es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos.

7. ¿Sancionar penalmente al funcionario que da a los bienes una aplicación pública diferente a aquella que estaba previamente destinada contraviene el carácter fragmentario y por tanto principio de mínima intervención del Derecho Penal?

No, los delitos en la Administración Pública son especiales, permitir la aplicación de una norma intervenció en este tipo de delitos, garantiza afectación a la sociedad.

OBJETIVO ESPECIFICO 2

Determinar si sancionar penalmente al funcionario que da al dinero una aplicación pública diferente a aquella previamente destinada contraviene el Principio de Subsidiariedad.



 UCV UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO	ACTA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS	Código : F06-PP-PR-02.02 Versión : 07 Fecha : 15-01-2017 Página : 1 de 1
--	---	---

Yo, **José Jorge Rodríguez Figueroa**, docente de la Facultad de Derecho y Escuela Profesional de Derecho de la Universidad César Vallejo - Lima Norte, revisor (a) de la tesis titulada

"DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN FONDOS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL", del estudiante **MARIO SERGIO ROBERT SALVATIERRA JULCA**, constato que la investigación tiene un índice de similitud de **23%** verificable en el reporte de originalidad del programa Turnitin.

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad César Vallejo.

Lima, 06 de marzo de 2019



 Firma
José Jorge Rodríguez Figueroa
 DNI: 10729462

Elaboró	Dirección de Investigación	Revisó	Representante de la Dirección / Vicerrectorado de Investigación y Calidad	Aprobó	Rectorado
---------	----------------------------	--------	---	--------	-----------



FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN FONDOS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL.

DESARROLLO DE INVESTIGACIÓN

AUTOR

MARIO SERGIO ROBERT SALVATIERRA JULCA

ASESOR

DR. JAIME ELIDER CHAVEZ SANCHEZ

Resumen de coincidencias

23 %

<		>
1	myshines	3 % >
2	docside us	2 % >
3	DocuSign	2 % >
4	www.docu.com	2 % >
5	documentos	1 % >
6	documentos	1 % >
7	Documentos de la entrega de la tesis	1 % >
8	myshines	1 % >
9	myshines	1 % >
10	Entregado a Proffesor	1 % >





UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

AUTORIZACIÓN DE LA VERSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

CONSTE POR EL PRESENTE EL VISTO BUENO QUE OTORGA EL ENCARGADO DE INVESTIGACIÓN DE
JOSE JORGE RODRIGUEZ FIGUEROA

A LA VERSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN QUE PRESENTA:

MARIO SERGIO ROBERT, SALVATIERRA JULCA

INFORME TÍTULADO:


“DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN FONDOS EN LA
LEGISLACIÓN PERUANA EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE MÍNIMA
INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL”

PARA OBTENER EL TÍTULO O GRADO DE: ABOGADO (A)

SUSTENTADO EN FECHA: 14 DICIEMBRE DE 2017

NOTA O MENCIÓN: 14





FIRMA DEL ENCARGADO DE INVESTIGACIÓN