



**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN,
PARA A OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL
REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM**

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI.
Resolución del Consejo Directivo de SUNEDU N° 033-2016-SUNEDU/CD

1. Datos del Autor:

Apellidos y Nombres: ROSARIO HARO SANIYA LINA

Código de alumno: 2013.2451.0.AC

Teléfono: 985670010

Correo electrónico: saniyarpsario@gmail.com

DNI o Extranjería: 44798483

2. Modalidad de trabajo de investigación:

Trabajo de investigación

Trabajo académico

Trabajo de suficiencia profesional

Tesis

3. Título profesional o grado académico:

Bachiller

Título

Segunda especialidad

Licenciado

Magister

Doctor

4. Título del trabajo de investigación:

DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

5. Facultad de:

6. Escuela, Carrera o Programa: Maestría en Derecho con Mención en Ciencias Penales

7. Asesor:

Apellidos y Nombres: ROBLES BLÁCIDO ELMER

Teléfono: 944422084

Correo electrónico: elmer_rb_31@hotmail.com

DNI o Extranjería: 31674266

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Firma:

D.N.I.:

FECHA:



UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

**DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE
FONDOS DEL CÓDIGO PENAL PERUANO**

Tesis para optar el grado de maestro
en Derecho
Mención en Ciencias Penales

SANIYA LINA ROSARIO HARO

Asesor: **Dr. ELMER ROBLES BLÁCIDO**

Huaraz – Ancash – Perú

2019

Nº de Registro: T0666

MIEMBROS DEL JURADO

Magister Florentino Obregón Obregón

Presidente

Magister Armando Coral Rodríguez

Secretario

Doctor Elmer Robles Blácido

Vocal

ASESOR

Doctor Elmer Robles Blácido

AGRADECIMIENTO

- Mis agradecimientos a todas aquellas personas que de un modo u otro han contribuido a que este trabajo sea una realidad, con especial mención a mis padres.
- A mis docentes de la Escuela de Postgrado, por la enseñanza impartida dejando una mezcla de experiencias y profesionalismo.

DEDICATORIA

A Dios, a mis padres Luis y Felicitas, y a mis hermanos, por brindarme su apoyo incondicional con el único fin de verme superando día a día profesionalmente.

ÍNDICE

	Página
Resumen	vii
Abstract	vii
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1. Objetivos	4
1.2. Hipótesis	5
1.3. Variables	5
II. MARCO TEÓRICO	7
2.1. Antecedentes	7
2.2. Bases Teóricas	9
2.3. Definición de términos	43
III. METODOLOGÍA	47
3.1 Tipo y diseño de la Investigación	47
3.2 Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico	50
- Población	50
- Muestra	50
3.3 Instrumentos de recolección de la información	51
3.4 Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información	53
IV. RESULTADOS	56
V. DISCUSIÓN	100
VI. CONCLUSIONES	120
VII. RECOMENDACIONES	122
VIII. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA	124
ANEXOS	

RESUMEN

El delito de Malversación de Fondos, delito tipificado en nuestro ordenamiento penal sancionado con pena privativa de libertad, inhabilitación y multa, cuando un funcionario público desvía los caudales a otro destino, dentro de la esfera pública, es un mal que limita el actuar racionalmente y con discrecionalidad a nuestras autoridades.

El objetivo de la presente investigación fue despenalizar del delito de Malversación de Fondos del Código Penal Peruano en base a la explicación de los fundamentos doctrinales constitucionales y penales que justifican la misma, así como al análisis de la jurisprudencia y encuesta realizada a los magistrados y abogados de la jurisdicción de la provincia de Huaraz.

Investigación de tipo jurídico dogmático teórico-normativo, haciendo uso de los métodos Dogmático, Hermenéutico, Exegético, Dialéctica y Argumentación jurídica; y, empleándose la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron las fichas Textuales y de Resumen, además de la encuesta para conocer la apreciación de los magistrados y abogados.

Palabras claves: Malversar, despenalizar, pena, funcionario público, función pública, delito, derecho moderno

ABSTRACT

The crime of Embezzlement, offense under our criminal law punishable with imprisonment, and a fine, when a public official flows diverted to another destination within the public sphere, is an evil that limits the act rationally and with discretion to our authorities.

The objective of this research was to decriminalize the crime of Embezzlement of Peruvian Criminal Code based on the explanation of constitutional and criminal justifying the same doctrinal foundations and analysis of case law and survey of judges and lawyers the jurisdiction of the Province of Huaraz.

Research normative theoretical dogmatic legal, making use of the Dogmatic methods, Hermeneutic, Exegetical, Dialectic and legal argumentation; and, using the Technical Documentation, whose instruments were the textual and summary besides the survey to the appreciation of judges and lawyers chips.

Key words: Misappropriating, decriminalize, grief, public official, public service, crime, modern law

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento penal, el delito de Malversación de Fondos, se encuentra en el Capítulo II Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, en el que no es un delito de grave impacto social, que ocasione daños irreparables, ya que solo se da a los caudales una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados y que su sanción penal es de pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, inhabilitación y multa, a diferencia de los demás delitos contenidos en dicho Capítulo. Además, un Derecho Penal Moderno debe asentarse sobre una política criminal garantista y efectivamente respetuosa de los Derechos Fundamentales de la persona, aquello sólo es posible a partir de un Derecho Penal Mínimo. El Derecho Penal debe de orientarse a un mínimo de intervención en la relación Estado – ciudadano, se aspira a un mínimo de dosis aflictivo: reducción de penas excesivas por penas menos gravosas. Tanto el fin de la pena como de la medida de seguridad deben de encuadrarse dentro de un rol de un Estado Social y democrático de Derecho y no en un mero análisis de su base material y óptico.

La Administración pública en un Estado Democrático de Derecho está debidamente organizada por leyes, reglamentos y directivas que deben ser observadas y cumplidas por los funcionarios o servidores en el desempeño de sus labores y actividades al interior de la administración. El quebrantamiento de aquellas normas, sin duda, acarrea responsabilidad administrativa, civil o dependiendo de la magnitud – hasta penal – por parte del sujeto público. No

cualquier conducta de quebrantamiento de aquellas normas constituye hecho punible.

El tipo administrativo disciplinario se concreta a salvaguardar, desde una perspectiva formal, el correcto cumplimiento de los deberes funcionariales, sin que se pueda interpretar u otorgar un alcance a sus disposiciones como equivalentes o sustitutivas de los tipos penales.

Las penas privativas de libertad estigmatizan y desocializan. No solo sirven para encerrar al recluso en un espacio determinado, sino también para aislarlo socialmente. Se reconoce que la pena, por su carácter aflictivo y coercitivo, es en todo caso un mal, que no cabe encubrir con finalidades filantrópicas de tipo reeducativo o resocializador y, de hecho, en último término aflictivo. Y que en nuestra sociedad, en la mayoría de los casos al hacerse público que un empleado o funcionario público, ha sido denunciado y se ha iniciado persecución penal en su contra por la presunta comisión del delito de malversación de fondos públicos, aún cuando goce del derecho de antejuicio (persecución a este delito que además genera una sobrecarga procesal en los despachos fiscales, juzgados y salas de nuestro país) el gran conglomerado humano reunido en la comunidad de que se trate, como sucede en el caso de las municipalidades del país, la población comienza a especular, señalar y a condenar de antemano las acciones de las autoridades, provoca una censura, una condena, una huella que muchas veces es vergonzosa para las personas y que muy difícilmente se logren borrar, huella que

les seguirá por siempre, aun cuando el antejuicio sea declarado sin lugar, o en el proceso penal hayan sido absueltos.

Y que un Estado de Derecho se fortalece cuando los miembros de las instituciones estatales actúan respetando los derechos y garantías fundamentales y cuando el aparato estatal está construido sobre los pilares de la ética, la transparencia y el principio de legalidad. Y, en este proceso de fortalecimiento y de gobernabilidad democrática, el sistema de justicia juega un papel importante, por tanto, el derecho penal moderno no responde a la persecución penal del delito de malversación de fondos como política criminal del Estado; y, que el derecho penal debe ser la última instancia a la que se sometan los conflictos sociales (Derecho Penal Mínimo) para su solución y de este sentido, con esta investigación, se propone extraer del ordenamiento penal nacional el delito de malversación de fondos y allanar el interés, tanto de las personas relacionadas al área de derecho penal, de los legisladores y de toda la sociedad en su conjunto, para que juntos analicemos las ventajas y desventajas que conlleva actualmente tener tipificado este delito, así como, de despenalizarlo.

Partiendo de lo antes señalado, he tratado de adecuar el presente trabajo al esquema de la Escuela de Post Grado, para lo cual se inicia con la presente introducción, para luego seguir el desarrollo del marco teórico, después pasar a los métodos y materiales, con la presentación de los resultados y terminar con la discusión.

Cabe precisar que al inicio de mi trabajo plantee lo siguiente:

Problema general:

¿Cuáles son los fundamentos doctrinales constitucionales y penales que justifican la despenalización del delito de Malversación de Fondos del Código Penal Peruano?

Problemas específicos:

A. ¿Si el delito de Malversación de Fondos incluido en el Código Penal Peruano, responde a las exigencias actuales de un Derecho Penal Moderno?

B. ¿Cuál es el tratamiento jurídico penal del delito de Malversación de Fondos en el derecho penal comparado?

1.1. Objetivos

Objetivo general

Explicar los fundamentos doctrinales constitucionales y penales que justifican la despenalización del delito de Malversación de Fondos del Código Penal Peruano.

Objetivos específicos

A. Explicar si el delito de Malversación de Fondos incluido en el Código Penal Peruano, responde a las exigencias actuales de un Derecho Penal Moderno.

B. Describir el tratamiento jurídico penal del delito de Malversación de Fondos en el derecho penal comparado.

1.2. Hipótesis

Hipótesis general

La Teoría de los Derechos Fundamentales, del Derecho Penal Mínimo y de la Pena, son los fundamentos doctrinales, constitucionales y penales que justifican la despenalización del delito de Malversación de Fondos del Código Penal Peruano.

Hipótesis específicos

- A.** El delito de Malversación de Fondos, no responde a las exigencias actuales de un Derecho Penal Moderno debido a que transgrede principios de un Estado Social y Democrático de Derecho.
- B.** En el derecho comparado no existe uniformidad en cuanto a la tipificación del delito de Malversación de Fondos, sin embargo, un sector mayoritario se inclina por una pena de multa atendiendo a la poca lesividad del bien jurídico.

De las hipótesis planteadas, se dedujo las siguientes variables:

1.3. Variables

Variable Independiente:

El Derecho Penal Moderno

Indicadores:

- Doctrina

Variable dependiente:

Despenalización del delito de Malversación de Fondos

Indicadores:

- Jurisprudencia
- Derecho comparado
- Código Penal

Dejo constancia de que como en todo trabajo, existen deficiencias y limitaciones. Y que la deficiencia más resaltante, encontrada en el desarrollo del presente trabajo, es la falta de mayor conocimiento en cuanto al desarrollo de un trabajo cualitativo; es decir, de un trabajo dogmático; sin embargo, he tratado de superar este impase, sin duda con la seguridad también que aún existen vacíos y dudas.

Finalmente, también estoy segura que existen algunas omisiones o errores en el presente trabajo. Y que la experiencia, el ojo avizor de los miembros del jurado evaluador, así como los lectores sabrán encontrar, pero también comprender las limitaciones que tiene todo conocimiento. Mi compromiso sí es firme. Tendré que superar, pues lo hasta aquí avanzado y escrito, no es sino una muestra de mis limitaciones que requieren ser atendidos y corregidos en tiempo y momento justo.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

- a) **A nivel local.** - Después de la búsqueda o revisión de las tesis para optar el grado de maestro en la Escuela de Post Grado de la UNASAM, no se ha encontrado trabajos similares.

Adicionalmente, realicé la búsqueda en las bibliotecas de las Escuelas de Pre y Post Grado (Maestría y Doctorado) de las Universidades Privadas (San Pedro, ULADECH, César Vallejo y ALAS Peruanas) no encontrando mi propósito, por lo que la presente investigación, merece su estudio e investigación.

- b) **A nivel nacional.** - He podido verificar las tesis de las Escuelas de Pre y Post Grado (Maestría y Doctorado) de algunas universidades del país (búsqueda en la plataforma virtual de cybertesis y en la Asamblea Nacional de Rectores), en busca de igual o similar información, sin embargo, tampoco ha sido posible encontrar trabajos similares, por lo tanto, el presente trabajo es relevante.

- c) **A nivel Internacional.-**

Autor : José Inés Castillo Martínez

Título : “Despenalización del Delito de Malversación de Fondos Públicos”

Universidad : Universidad de San Carlos de Guatemala Facultad
de Ciencias Jurídicas y Sociales

Lugar y Año : Guatemala, marzo de 2006.

La Tesis fue Presentada a la Honorable Junta Directiva de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala a fin de conferirse el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Las conclusiones más relevantes a que haya llegado el autor y las mismas que tienen relación con el presente trabajo, son: 1) El delito de Malversación de Fondos Públicos, ya no responde a las exigencias actuales de un Derecho Penal Moderno y Garantista, que sirve de fundamento para la constitución de las bases de un Estado Democrático y de Derecho, 2) El impedimento legal de optar al ejercicio de cargos públicos, que obligadamente deberá soportar el funcionario o empleado público, cuando es mediante el proceso penal correspondiente, encontrado culpable del delito de malversación, viola el principio de igualdad que regula el Artículo 4o. de la Constitución Política de la República de Guatemala, 3) Las diligencias de antejuicio que aún y cuando son sólo un procedimiento para comprobar si procede o no la facultad de iniciar proceso penal, estigmatiza al funcionario, toda vez que la opinión pública, lo toma como prueba de culpabilidad, 4) La Contraloría General de Cuentas, quien por mandato constitucional tiene la facultad de Fiscalizar todos los presupuestos del Estado, incluidos los de las municipalidades y por ende es la Institución que denuncia los casos de malversación de fondos.

Este trabajo guarda relación con el tema a investigar porque permite parcialmente a deslindar los argumentos que conllevan a plantear la despenalización del delito de malversación de fondos, así como adquirir los conceptos descritos.

Dejo constancia que se puede encontrar artículos y comentarios sobre la “*descriminalización*” del delito de malversación de fondos.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. Delito de Malversación de Fondos

Malversar, conforme la Real Academia Española, significa “Apropiarse o destinar los caudales públicos a un uso ajeno a su función”¹.

“Consiste en darle al dinero o bienes que administra una persona, una aplicación distinta a aquella a los que estaban destinados, afectando el servicio o la función encomendada”.²

Como precisa Rojas Vargas, el delito de malversación de fondos tutela la regularidad y buena marcha de la administración pública, “El objeto específico de la tutela penal es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos. En suma, se trata

¹ Real Academia Española, en su Vigésima segunda edición, www.rae.es visitada el 20/10/2014

² CONSTRUYENDO CIUDADANÍA FORJAMOS UN PAÍS SIN CORRUPCIÓN (2012) Conceptualizando la corrupción un aporte desde PSF. Lima. Pág. 09

de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio”³.

Consecuentemente, este delito persigue evitar todo comportamiento orientado a perjudicar una determinada función o servicio público a través de la disminución de las partidas contables o fondos respectivos.

La malversación se relaciona con la idea de empleo indebido de los fondos públicos, mala inversión, mal empleo. Técnicamente tiene una acepción más restringida, la de dar a los fondos públicos un destino también público pero diferente del que tenía asignado por la ley o la autoridad competente.

“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” (Exp.3630-2001.Ejecutoria Suprema emitida el 23 de enero de 2003)⁴.

³ ROJAS VARGAS, Fidel (1999) Delitos contra la administración pública. Grijley. Lima. Pág. 286-287.

⁴ RODRIGUEZ VASQUEZ, Julio Alberto y OTROS (2014) Compendio Jurisprudencial sistematizado Prevención de la corrupción y justicia penal. Gráfica DELVI. Lima. Pág. 105

La normativa en nuestro Código Penal:

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

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

A. Tipicidad Objetiva

a) Sujeto activo

Según Rojas Vargas “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”⁵.

Y Nolasco Valenzuela “(...) exige que el sujeto activo reúna dos cualidades concretas. En primer lugar, a de ser un funcionario o servidor público. En segundo lugar, ha de tener a su cargo, por razón de sus funciones, la administración del dinero o bienes que se malversan, esto es, el manejo y disposiciones del dinero y bienes para aplicarlos a

⁵ ROJAS VARGAS, Fidel (2007) Delitos Contra La Administración Pública. Grijley. Lima. Pág. 550.

los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos”⁶.

Por tanto, el delito de malversación de fondos requiere a un sujeto con una relación funcional del dinero o los bienes en función a la posesión en administración y que implique la posibilidad de aplicación de los mismos a los fines oficiales.

b) Sujeto pasivo

El Estado

c) Tipicidad Subjetiva

Abanto Vasquez “(...) de la estructura del artículo 389° se concluye que no es necesaria la concurrencia de algún elemento subjetivo adicional al dolo”⁷.

La comisión del delito de malversación de fondos solo se puede cometer mediante la modalidad dolosa. En efecto el dolo debe comprender el conocimiento de que el sujeto es un funcionario o servidor público debe conocer que lo que está administrando son dineros o bienes, debe conocer que a dicho dinero o bienes se le da una

⁶ NOLASCO VALENZUELA Jose y AYALA MIRANDA Erika (2013) Delitos contra la Administración Pública Tomo I. Lima. Pág. 609.

⁷ ABANTO VAZQUEZ Manuel (2003) Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano 2° edición. Palestra. Lima. Pág. 387

aplicación definitiva de aquello a lo que estaba destinado. Tal como manifiesta Rojas Vargas, “son dos los componentes del tipo penal”⁸:

- **La administración de dinero o bienes: Relación funcional**

Rojas Vargas refiere “La ley penal no requiere de percepción o custodia, tan sólo de administración, y ello supone que el sujeto activo; además de poseer los fondos tiene facultades legales de disposición de los mismos, de conformidad con los planes trazados por la administración pública”⁹.

En tal sentido, refiere Salinas Siccha, “(...) administrar no implica que el sujeto deba siempre detentar la posesión directa del dinero 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 el dinero o bienes debido a sus funciones, pudiendo disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego”¹⁰.

Quien malversa fondos del estado (dinero y bienes) sólo puede ser el funcionario o servidor vinculado funcionalmente con dichos fondos;

⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. Pág. 551.

⁹ Ibídem. Pág.552

¹⁰SALINAS SICCHA, Ramiro (2011) Delitos contra la Administración Pública 2° edición. GRILEY. Lima. Pág. 109

dicha vinculación es de carácter legal, no exclusivamente en función al cargo, puede ser también por delegación de funciones o por mandato de autoridad competente.

El sujeto activo debe poseer en administración el dinero y/o los bienes (muebles e inmuebles) públicos de procedencia estatal o particular.

- **Dar aplicación definitiva diferente a la destinada: Actos de malversación**

James Reátegui, considera: “los bienes o el dinero que administra el funcionario o servidor público, debe darle una aplicación de carácter definitiva diferente de aquellos a los que están destinados. El tipo penal es clarísimo en esta parte: tiene que darse una aplicación definitiva, y puede darse mediante una decisión personal de funcionario, o mediante una decisión colegiada, mediante votaciones, todo ello amparando normalmente en documentos, por ser éste el régimen normal dentro de la administración. Caso contrario, si existe una aplicación momentánea o de carácter temporal de los bienes o dinero, el delito no se tipifica por inexistencia de lesividad al objeto protegido”¹¹.

La aplicación diferente, es decir, la utilización, empleo o inversión distinta, tiene que circunscribirse al ámbito de los diversos destinos oficiales o públicos.

¹¹REÁTEGUI SANCHEZ, James (2014) Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración pública. Jurista Editores. Lima. Págs. 434 – 435

d) Consumación y tentativa

Salinas Siccha, considera que “El delito de malversación de fondos públicos es un delito de comisión instantánea y de resultado. Se perfecciona en el mismo momento que el funcionario con conocimiento y voluntad da al dinero o bienes públicos que administra una aplicación definitiva diferente a la previamente establecida, originando con ello en forma automática un perjuicio al servicio o función encomendada”¹²

Y Rojas Vargas, refiere que “El delito se consuma instantáneamente al producirse o verificarse la aplicación o empleo definitivo de los bienes en destinos distintos a los previstos. No es suficiente la orden, el giro de cheques o la provisión de bienes, mientras estos no se destinen, ejecuten o apliquen materialmente”¹³.

El delito de malversación es un delito de resultado de doble naturaleza, de acción omitiendo un deber de función. El delito se consuma al producirse o verificarse la aplicación o empleo definitivo de los bienes en destinos distintos a los previstos.

e) Participación

Al respecto Muñoz Conde, expresa que el delito de malversación de fondos “Es un delito especial, ya que como hemos visto autor en

¹²SALINAS SICCHA, Ramiro (2014) Delitos contra la Administración Pública 3^{era} edición. GRILEY. Lima. Pág. 402 – 403

¹³Rojas Vargas, Fidel. Ob. Cit. Pág. 392

sentido estricto solo puede serlo el que ostenta las cualidades personales exigidas en el tipo: la de funcionario público o asimilado”¹⁴

Otros funcionarios o servidores pueden participar como cómplices del autor de malversación o a nivel de instigación.

f) Circunstancias agravantes

Se encuentra regulada en la segunda parte del artículo 389° del código penal:

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

La circunstancia agravante nos dice James Reátegui: “La circunstancia agravante radica no en el mayor *disvalor* de la acción del sujeto activo, sino en el mayor *disvalor* de resultado, porque se trata de una aplicación definitiva al dinero o los bienes, pero no cualquier dinero o viene, sino aquellos que pertenezcan a programas de apoyo social, de desarrollo o asistencia; igualmente se exige como resultado típico la acreditación de la afectación del servicio o la función encomendada”¹⁵

¹⁴MUÑOZ CONDE, Francisco (1991) Derecho Penal Parte Especial 8va edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. Págs. 781-782

¹⁵ REÁTEGUI SANCHEZ James. Ob. Cit. Pág. 441

Específicamente, Salinas Siccha menciona que: “Fines existenciales o de desarrollo son aquellas campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada (en salud, educación, alimento, abrigo, etc), ya sea mediante la asignación de recursos que hace el Estado con las donaciones de organismos nacionales e internacionales. La expresión programas de apoyo social hace alusión a programas de carácter más permanente y con asignación presupuestaria para paliar las carencias socioeconómicas en la población mayormente de menos recursos”¹⁶,

g) Penalidad

La penalidad del delito de malversación de fondos, en nuestra legislación, es con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

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

¹⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. Cit. Pág. 390

2.2.2. El Derecho Penal Moderno

2.2.2.1. La concepción del Derecho Punitivo en el Estado de Derecho

El Estado democrático de Derecho se instituye en la Constitución de 1993, en los artículos 3 y 44, de forma estadual, que según García Toma “designa a un modelo de comunidad política en la que se han integrado las experiencias del Estado de Derecho con el aporte de las expresiones políticas más importantes del Estado democrático y del Estado social”¹⁷.

Refiere Ansuátegui Roig que: “El objetivo principal del Estado social de derecho es la obtención del bienestar general aun cuando para tal función recurra a medidas como intervenciones en la actividad privada, expropiaciones por razón de utilidad social y planificación económica, resulta inevitable para promover y desarrollar el mercado en su nueva dimensión internacional, para desplegar las reivindicaciones económicas, sociales y culturales que determinaron el reconocimiento constitucional y el perfeccionamiento en la formulación de los límites en el ejercicio de los derechos fundamentales”¹⁸

En el caso de las constituciones peruanas de 1979 y 1993, la declaración de que la persona es el fin supremo de la sociedad y el Estado, afirmación que pudiera parecer a primera vista un homenaje a la retórica, pero que

¹⁷GARCIA TOMA, Victor (2008) Los Derechos Fundamentales en el Perú. Jurista Editores. Lima. Pág. 328

¹⁸ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (2007) La conexión conceptual entre el estado de derecho y los derechos fundamentales. Grijley. Lima. Pág.17

encierra toda una filosofía, porque consagra un amplio catálogo de derechos expresos, que no excluye los demás que la constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno (derechos implícitos, artículo 4 de la Constitución de 1979, y artículo 3 de la Constitución de 1979).

Y Oros Carrasco, “El concepto de Estado social y democrático de Derecho es consustancial a la teoría contemporánea del Estado, que el Tribunal Constitucional ha tratado refiriéndose a ella con denominaciones diferentes, entre ellas, Estado constitucional de Derecho, Estado democrático de Derecho, Estado de Derecho, Estado social y democrático de Derecho. El Estado social y democrático no solo declara, sino garantiza las libertades políticas. No puede haber sujeción del ser humano dentro de la democracia, porque esta es el gobierno de los iguales, y no puede haber iguales si unos se imponen sobre otros¹⁹.”

La democracia garantiza la aplicación de cada uno de los derechos fundamentales, porque dentro, ella la persona tiene derechos frente a los demás y frente al poder. “No hay democracia sin consideraciones sociales, especialmente los derechos sociales y económicos, la economía social de mercado y el bien común. Estos no pueden entenderse, en consecuencia, solo como derechos programáticos, es decir, como aspiraciones. La

¹⁹ OROS CARRASCO, Rodolfo. Ob. Cit. Pág. 72

democracia es un orden social, político, económico y personal de ciudadanos con conciencia y opinión. Si no es así, entonces la democracia se caricaturiza y tiende a desnaturalizarse. Por ello, debe haber libertad de información y de expresión, todos deben poder expresar sus ideas y confrontarlas con las de los demás para concertar las decisiones sociales de importancia. La democracia es un sistema civilizado que pone las razones y argumentos para implantar una convivencia humana basada en las ideas y las mayorías. Por eso son necesarias las personas informadas y participantes. Este aspecto de la democracia sustenta al Estado de Derecho y a la organización jurídica de la sociedad”²⁰.

“De lo expuesto podemos concluir que el derecho a castigar se puede fundar en la concepción política imperante. En nuestro país, debido a la concepción del Estado social y democrático de Derecho, es respetuosa de la dignidad humana, los derechos fundamentales y del Derecho penal mínimo y garantista²¹.

El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesario para proteger a la sociedad. Ello implica límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Por último, la

²⁰ *Ibíd.* Pág. 74

²¹ *Ibíd.* Pág. 75

concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de límites que se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad, racionalidad, humanidad y de merecimiento y necesidad de la pena.

2.2.2.2. Las Normas Rectoras del Título Preliminar del Código Penal

El Código Penal peruano inicia su contenido normativo con la regulación de un Título Preliminar en el que se ordenan concentran y expresan los principios políticos y jurídicos que presiden la actividad legislativa y la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico penal peruano.

Castillo Córdova, manifiesta que: “El Título Preliminar pretende regular una serie de pautas rectoras, principios políticos, constitucionales y penales que desde una perspectiva histórica, cultural e ideológica deben orientar la actividad legislativa y la praxis judicial penal. Su relevancia y origen no son exclusivamente jurídico-penales. Son más bien principios que tienen una procedencia constitucional y, en algunos casos, verdaderos axiomas políticos (v. gr. principio de legalidad) que buscan garantizar la libertad de los ciudadanos, consagrar los lineamientos básicos de imputación que deben tomarse en cuenta en todos los niveles del sistema penal (v. gr. principio de responsabilidad por el hecho propio) o determinar las bases sobre las

que se construye el sistema de las consecuencias jurídicas del delito (v. gr. principio de proporcionalidad o principio de prohibición de exceso)”²².

2.2.3. Principios Penales

2.2.3.1. Principio de mínima intervención (última ratio del derecho penal): El principio de intervención mínima está basado en último término en el reconocimiento de un cierto déficit de legitimación del Derecho Penal, que se originaría en la interacción entre la gravedad de las sanciones susceptibles de imponerse a los ciudadanos a través de este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida.

Como lo considera Sanz Mulas: “El derecho penal considerando su característica de última y extrema ratio y la gravedad de sus consecuencias, debe utilizarse sólo cuando la tutela buscada no se alcance de modo suficiente con la utilización de medidas organizativas, también jurídicas, pero no represivas, tales como las laborales, las civiles, las administrativas”²³.

2.2.3.2. Principio de Lesividad: Código Penal Artículo IV “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”

²²CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2004) Título Preliminar Parte General principios generales del Código Penal. Gaceta Jurídica. Lima. Pág 21

²³SANZ MULAS, Nieves (2000) Alternativas a la pena para privativa de la libertad. Editorial Colex. Madrid. Pág. 162

2.2.3.3. Principio de Proporcionalidad de las sanciones: Código

Penal Artículo IV: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”.

Una exigencia constitucional, derivada del principio de dignidad Humana es que debe existir correlación entre el bien jurídico protegido en el delito y el jurídico que se va a privar al autor de un ilícito penal, forma de sanción o pena. Sin duda, un criterio de proporcionalidad exige que se tenga como criterio el valor del bien jurídico protegido, así como las necesidades de eficacia penal.

Oros Carrasco considera que: “la proporcionalidad implica un equilibrio valorativo entre el delito y la pena, la cual consiste en una ponderación o medida fijada por el legislador (proporcionalidad abstracta) y en la valoración que el juez realiza en el caso concreto (proporcionalidad concreta). Para derecho penal la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva (pena medida de seguridad). (...) En el Derecho penal contemporáneo, este principio aparece consagrado, como un principio autónomo, pero suele comprender otros principios con los que tiene conexión”²⁴.

El principio de proporcionalidad se interesa por determinar los criterios objetivos relevantes para la configuración de una pena justa, mientras que

²⁴ OROS CARRASCO. Rodolfo. Ob.Cit. Pág. 256

la prohibición de exceso solo se preocupa de excluir una sanción que por drástica sea inútil, vale decir, precisar el marco penal tanto en su límite máximo y mínimo, solo pretende colocar una barrera de contención para que no se rebase el límite máximo de la pena.

Desde el punto de vista general, sostiene Flavio García: “Con base en el principio de proporcionalidad que viene desde la Declaración de los Derechos y deberes del Hombre y del Ciudadano de 1975, deben señalarse penas estrictamente necesarias y proporcionales al delito. Las medidas represivas adoptadas para conjurar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico deben ser proporcionales, a la gravedad del delito cometido, el contenido de injusto, al mal causado y a la mayor o menor responsabilidad del autor”²⁵.

2.2.4. Principios Constitucionales

2.2.4.1. Proporcionalidad

“Las medidas cautelares solo podrán ser establecidas por la ley. Tendrán carácter excepcional y su aplicación, en relación con el imputado, debe ser proporcional a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse”. (Art. 10° CPP)

Gonzáles Cuellar define el principio de proporcionalidad desde dos perspectivas:

²⁵ Citado en OROS CARRASCO Rodolfo, Ob. Cit. Pág.257

- a) En sentido amplio, entendido como la prohibición de exceso. Contiene los principios de idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto. La pena o medida de seguridad debe obedecer a criterios de razonabilidad, idoneidad y necesidad, atendiendo a fines de intervención estatal (que debe ser mínima) y a la gravedad del delito (para la pena) o a la necesidad de perseguir los hechos imputados (para la medida de seguridad).

- b) En sentido estricto, se sitúa dentro del marco más restringido del poder punitivo estatal. Reclama la limitación de la gravedad de la sanción en la medida del mal causado, sobre la base de la adecuación de la pena al fin que esta debe cumplir²⁶.

Por tanto existe una doble proporcionalidad, debe existir proporcionalidad entre los derechos del imputado y el derecho del Estado a perseguir penalmente; y, por otro lado, la medida debe ser proporcional a la pena que pueda imponerse.

Por ello, señala Araya Vega, que “La proporcionalidad debe medirse entre el medio elegido y la finalidad perseguida. El medio debe representar una limitación menor, es decir, no podrá ser de tal magnitud que implique vaciar de su contenido mínimo esencial al derecho o la libertad en cuestión. Este principio se basa en el

²⁶GONZALES CUELLAR Serrano, Nicolás (1990) Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal. Colex. Madrid. Pág. 56

equilibrio entre la medida objeto de control y la finalidad perseguida. Debe regirse por la necesidad de la medida objeto de control, que persiga una finalidad de relevancia constitucional.

Componiéndose de tres elementos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto a la idoneidad, se refiere a si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (garantía de orden público sin peligro para las personas y los bienes.) La necesidad alude a la índole o magnitud de la limitación que, por ese medio, debe soportar un derecho o libertad; de esta manera, entre una variedad de medios posibles, el elegido debe ser aquel que represente una limitación menor. Es utilizable solo si no existe otra medida más moderada para la conseguir con igual eficacia tal propósito. La proporcionalidad en sentido estricto consiste en la ponderación o equilibrio que debe realizarse entre los beneficios o ventajas para el interés general y los perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

(...) Pero, además, la proporcionalidad debe imperar al imponerse la sanción penal. La proporcionalidad es la conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí. De esta forma, se trata de un equilibrio entre el derecho de castigar del Estado y los derechos de las personas, de modo que ambas partes queden en igualdad de condiciones. Según el Derecho penal

democrático, es la medida extrema como mecanismo de control social, y solo debe aplicarse en casos graves y respetando las garantías y libertades del ser humano”²⁷.

El principio de proporcionalidad es la regla de conducta que obliga a los jueces penales a mantener un balance equitativo entre el *ius puniendi* estatal y los derechos de las personas.

2.2.4.2. Razonabilidad

“La doctrina propone examinar: a) *razonabilidad ponderativa*, un tipo de valoración jurídica a la cual se concurre cuando, ante la existencia de un determinado antecedente (ej. ingreso), se exige una determinada prestación (ej. tributo). En este supuesto debe establecerse si es equivalente o proporcionada; b) *la razonabilidad de igualdad* un tipo de valoración jurídica que parte de que, ante iguales antecedentes, debe haber iguales consecuencias, sin excepciones arbitrarias; e) *razonabilidad en el fin*, donde se valora si el objetivo por alcanzar no ofende los fines previstos en la Constitución”²⁸.

Dentro de este mismo análisis, no basta afirmar que un medio sea razonablemente adecuado a un fin; es necesario, además, verificar la

²⁷QUIROZ SALAZAR, William F. y ARAYA VEGA Alfredo G. (2014) La Prisión Preventiva desde la perspectiva constitucional, dogmática y del control de convencionalidad. Ideas solución Editorial. Lima. Pág.63-64

²⁸ Ibíd. Pág. 65

índole y el tamaño de la limitación que, por ese medio, debe soportar un derecho personal. Entonces, si al mismo fin se puede llegar buscando otro medio que produzca una limitación menos gravosa a los derechos personales, el medio escogido no es razonable.

2.2.4.3. Legales

También Araya Vega manifiesta que: “(...) Asimismo, como se ha mencionado, deben poseer un carácter excepcional en su aplicación, además de ser proporcionales, racionales, razonables y necesarias. De igual modo, deben ser ordenadas por una autoridad competente, quien debe brindar control y vigilancia a su imposición, mediante una resolución debidamente fundada, tanto en su decreto como en el término de su permanencia, y sobre la base de las normas procesales que las regulen²⁹.

2.2.5. Teoría de los Derechos Fundamentales

Refiere Alexy Robert que: “En América Latina a partir de la década de los ochenta, después de casi dos décadas de dictaduras militares, se produjo un masivo retorno de las democracias representativas, lo que supuso el restablecimiento renovado del constitucionalismo latinoamericano. Este proceso se llevó adelante mediante reformas totales o parciales de las constituciones, que se caracterizaron

²⁹ Ibíd. Pág.66

básicamente por la incorporación de la protección de los derechos fundamentales”³⁰.

Y desde entonces, este cambio en los diferentes países latinoamericanos ha significado una gran transformación, la racionalización del poder, el reconocimiento de un catálogo de derechos humanos ampliándolos a los de carácter socioeconómico, la incorporación de los tratados internacionales como derecho nacional, el establecimiento de la jurisdicción constitucional de la libertad mediante el control concentrado o difuso, entre otros.

En la actualidad, considera Marcial Rubio que “Los derechos fundamentales son el conjunto de derechos y libertades que, por ser inherentes al ser humano, se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico constitucional y positivo. Son así, los derechos humanos positivados en la Constitución”³¹.

Así como para Nogueira Alcalá dice que: “Los derechos fundamentales, son el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la libertad, la igualdad la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos,

³⁰ALEXY, Robert (1993) Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. Pág. 123

³¹RUBIO CORREA, Marcial y OTROS (2010) Los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la pontificia universidad Católica del Perú. Lima. Pág. 19

considerados tanto en su aspecto individual como comunitario en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando verdadero subsistema”³².

Entonces la interpretación de los derechos fundamentales constituye uno de los temas centrales del moderno Derecho público. Las normas constitucionales son previsiones dotadas de un alto grado de abstracción. No solo porque la Constitución define el marco general de convivencia sino porque sus mandatos han de ser lo suficientemente flexibles para permitir opciones distintas de poder.

2.2.6. Teoría del Derecho Penal Mínimo

El derecho penal mínimo se configura como idea fundamental en el seno de la teoría garantista. Los resultados del Derecho penal mínimo serían dos, como refiere Carbonell Mateu, teniendo en cuenta la diversa doctrina existente sobre ello:

“En primer lugar se debe decir que el Derecho penal está destinado a proteger los bienes jurídicos más importantes (que podrían ser identificados con los derechos fundamentales y las libertades

³²NOGUEIRA ALCALA, Humberto (2009) La Interpretación constitucional de los derechos humanos. Ediciones legales. Lima. Págs. 28-29

públicas), que son esencialmente los de convivencia, lo que es igual a decir que no toda tutela de los intereses de los ciudadanos debe dejarse al campo de actuación del Derecho penal, ya que algunos deben ser asumidos por el propio Estado, como por ejemplo la política social³³.

Y, consecuencia de este freno no es sólo una importante separación del Derecho y la Moral, también lo es la idea del principio de intervención mínima o *ultima ratio*, que puede ser visto como generador del llamado carácter subsidiario o secundario del Derecho penal, que sólo deberá ser utilizado ante la insuficiencia de otras ramas del ordenamiento.

En resumidas cuentas las consecuencias del Derecho penal son, siguiendo a Roxin, “que las conminaciones penales se justifican sólo, y siempre, por la necesidad de protección, preventivo-general y subsidiaria, de bienes jurídicos y prestaciones”³⁴.

Teniendo en cuenta estas consecuencias no es erróneo señalar que el Derecho penal mínimo es el Derecho de la Constitución, tal y como se puede observar en el desarrollo actual de la jurisprudencia. Es por ello que se puede afirmar que el Derecho penal visto desde esta concepción converge junto a otros elementos para conformar un

³³CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1999) Derecho penal: concepto y principios constitucionales. Tirant lo Blanch. Valencia. Pág. 203

³⁴ROXIN, Claus (1998) Problemas básicos del Derecho penal. Editorial REUS. Madrid. Pág. 9

auténtico Estado de Derecho, justificándose su existencia al satisfacer las garantías penales y procesales de los ciudadanos.

El derecho penal mínimo es la denominación de las concepciones que promueven la máxima reducción de la intervención penal, la mayor ampliación o extensión de los límites de los derechos y garantías.

A partir de todo lo manifestado, el garantismo propone un modelo de Derecho penal autolimitado en virtud de tres ideas fundamentales. Su humanización, basada en la tajante consideración de la pena como un mal, y que consecuentemente obliga a restablecer la seguridad jurídica respecto a ella, a valorar el tratamiento como un derecho disponible del delincuente, y a perfeccionar el sistema de penas; su configuración como un Derecho penal mínimo; y su desconexión de las exigencias éticas, que lleva a que sus contenidos se prevean en función de las necesidades sociales históricamente condicionadas de mantenimiento del orden social y de las vigentes concepciones sociales de los bienes a proteger y el sistema de responsabilidad a respetar.

Garantizar significa, para Gascón Abellán. “Afianzar, asegurar, proteger, defender, tutelar algo; y, cuando en la cultura jurídica se habla de garantismo, ese “algo” que se tutela son derechos o bienes individuales. Podría decirse pues, como primera aproximación, que un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los

derechos de los individuos frente a su eventual agresión por parte de otros individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas”³⁵.

De tal modo que L. Ferrajoli utiliza la expresión “garantismo” bajo tres acepciones: “en la primera designa un **modelo normativo de Derecho** (el modelo del Estado de Derecho); en la segunda, el garantismo es una **teoría jurídica** (la del “iuspositivismo crítico” como opuesta al iuspositivismo dogmático); y en la tercera, el garantismo es una **filosofía política** (la que funda el Estado en el reconocimiento y la protección de los derechos)”³⁶

El garantismo constituye una completa filosofía de derecho que incluye tesis metodológicas, conceptuales y axiológicas, a fin de constituir un derecho constitucional.

2.2.7. La Teoría de la Pena

Doctrinariamente la pena es la consecuencia jurídica que se deriva de la realización de un delito, esto es, de una acción típica, antijurídica, culpable y punible, impuesta tras un debido proceso por los órganos

³⁵GASCÓN ABELLÁN Marina (2001) Teoría General del Garantismo a propósito de la obra de L.Ferrajoli “Derecho y Razón” Universidad de Castilla. Valencia. Pág. 195

³⁶FERRAJOLI, Luigi (1995) Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal traducido Trotta. Madrid. Pág. 851

jurisdiccionales. La pena importa dolor y usualmente consiste en la privación de un derecho fundamental.

La pena es la más grave de las sanciones establecidas dentro del ordenamiento jurídico. La distinción de la pena con respecto a otras sanciones semejantes del ordenamiento jurídico estriba en que tiene como presupuesto necesario la comisión de un delito y que debe ser impuesta por jueces independientes en un juicio conforme las reglas del derecho procesal penal. La pena se distingue además por su absoluta independencia: pues, puede ser impuesta junto con otras sanciones. Esta simultaneidad no constituye una infracción del principio *ne bis in idem*. Y que es importante resaltar que la pena, a diferencia de otras sanciones contempladas por el ordenamiento jurídico, afecta a los bienes más importantes de un individuo: su vida, su libertad y su patrimonio.

En esa tesitura, y dentro del marco de nuestra dogmática, Eugenio Raúl Zaffaroni tiene dicho que “Los tipos penales exigen afectaciones de bienes jurídicos y las penas en caso que corresponda su aplicación deben reflejar el disvalor jurídico de dicha conducta típica. Consecuentemente deben guardar cierta proporción con la magnitud de afectación del bien. Cuando ésta, que protege la norma penal, es muy nimia y además de muy poca entidad o insignificancia la aplicación de una pena, quiebra ésta proporcionalidad necesaria,

revelándose con ello que el tipo no ha querido abarcar esas conductas con afectaciones insignificantes. De no ser así, resultaría lesionada la disposición constitucional que prohíbe las penas crueles, lo que no es sinónimo de piadosa, sino de racional, es decir, adecuada a la magnitud del injusto”³⁷.

De ese modo la pena es un mal que genera un alto coste social debido a los efectos estigmatizantes y deteriorantes que provoca sobre la persona que la padece. Estos efectos tan negativos no pueden ser soslayados por el legislador al momento de establecer una pena, puesto que el autor del delito no deja de ser sujeto de protección del Estado. De ello surge la necesidad de preservar al máximo la intangibilidad de otros derechos que le corresponden al condenado a lo largo del período de ejecución penitenciaria.

La pena por ello debe ser una manifestación del principio de **intervención mínima** y los tipos de penas deben estar orientados a la satisfacción de fines sociales, pero, sin instrumentalizar al individuo en beneficio de la sociedad.

Todos los tipos penales, según la gravedad del delito, el modo y la forma de cometerlos, así como de ciertas circunstancias o particularidades, tantos personales del que los comete, en el caso de

³⁷ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1999) Manual de Derecho Penal 2º edición. Editorial Ediar. Buenos Aires. Pág 494

los delincuentes reincidentes o habituales, o los medios para cometerlo, tomando en cuenta esos elementos, así se gradúan las penas.

En la doctrina según la modalidad de tipificación del delito, de malversación como ya se vio, las penas devienen desde la prisión, el arresto, la multa, la suspensión e inhabilitación del ejercicio de los cargos públicos.

Refiriéndonos al delito Polaino Navarrete, refiere que: “El delito es un concepto edificado en tres niveles o categorías, a saber: Tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Como tal, el delito es un “ente” o “haz de conceptos jurídicos que constituye el objeto de estudio de la dogmática”³⁸.

Y, Caro Jhon considera que: “La dogmática es lo propio del pensamiento sistemático, de tal manera que hacer dogmática es valorar, interpretar, argumentar y decidir la solución de un caso siguiendo un orden lógico preestablecido de categorías donde cada una de ellas presupone a la anterior: no es posible estudiar la culpabilidad si antes no se ha declarado que la conducta es antijurídica. Asimismo, sólo es posible analizar la antijuricidad porque la conducta ha sido declarada previamente típica. Pero si la conducta

³⁸POLAINO NAVARRETE, Miguel (2004) Derecho Penal Modernas Bases Dogmáticas. Grijley. Lima. Pág. 61

no ha alcanzado el nivel de la tipicidad, ya no hace falta continuar con el estudio ni de la antijuricidad ni de la culpabilidad³⁹.

2.2.8. Fases Negativas del Delito

Fidel Rojas, refiere tres fases negativas del delito, tales como:

a) Atipicidad

El error de tipo invencible y vencible sobre la naturaleza de los fondos hace atípica la figura penal. Las autorizaciones formalizadas de los desplazamientos de dinero otorgadas por funcionario competente, dentro de los criterios de legalidad y los principios de actuación de la administración pública le quitan tipicidad al hecho.

b) Causas de justificación

Generalmente se presentan aquí situaciones de estado de necesidad justificante que obligan al funcionario o servidor a disponer hacia fin distinto, el servidor público podrá invocar situaciones de obediencia jerárquica o autorización de la jerarquía pertinente.

c) Causas de exculpación

El error invencible de prohibición permite, asimismo, atacar la afirmación del delito. Situación que suele presentarse con frecuencia

³⁹CARO JHON, José Antonio (2014) Manual teórico-práctico de teoría del delito. ARA Editores. Lima. Págs. 26-27

ante el fárrago de disposiciones no siempre claras o precisas del gasto público y de los cometidos de las partidas presupuestales⁴⁰.

2.2.8.1. Eximentes de responsabilidad penal

El Título II, capítulo III del Código Penal, artículos 20 al 22, regulan lo que en nuestra legislación se denominan causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal, siendo estas en su orden las causas de inimputabilidad, causas de justificación y las causas de inculpabilidad y el estado de necesidad. Refiere Mata Vela “Estas eximentes de responsabilidad penal, llamados elementos negativos del delito, en la doctrina, su efecto es que tienden a destruir la configuración técnica jurídica del mismo, y como consecuencia tienden a eliminar la responsabilidad penal de sujeto activo”⁴¹.

Siendo por tanto el legítimo ejercicio de un derecho como una causa de inimputabilidad, a la obediencia debida, como una causa de inculpabilidad, y el estado de necesidad como una causa de justificación, independientemente, que cuando se den los elementos consumativos del delito de malversación, pueda hacerse un análisis, valoración y aplicación al caso concreto.

Nuestro Código Penal, regula:

⁴⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. Cit. Pág. 559-560.

⁴¹DE MATA VELA, José Francisco y DE LEÓN VELASCO Héctor Anibal (1997) Derecho penal II. Parte Especial 9º edición. Editorial Llerena. Guatemala. Pág. 825

- **El estado de necesidad:** Artículo 20 numeral 4 y 5: “El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y

b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro”

“El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica”

Que la absolución, considera Rodríguez Vázquez “se sustenta en la invocación del tipo negativo o causa de justificación prevista en el artículo 20, inciso 4, del Código Penal: estado de necesidad justificante. Es cierto que es posible alegar en delitos contra la Administración Pública el estado de necesidad justificante para

proteger bienes jurídicos de mayor valor, pero la interpretación de sus alcances – por su excepcionalidad, más aun tratándose de agentes públicos – deber ser, en esta materia, restrictivamente contemplado; y, por sus presupuestos, probados acabadamente. La simple alegación de falencia de liquidez de la Municipalidad no es suficiente. Debe comprobarse con medios idóneos. Es importante exponer que probados por la parte acusadora los hechos constitutivos del tipo penal – como están en el sublite – corresponde a la parte acusada probar los hechos impositivos, extintivos o excluyentes de responsabilidad». (R. N. 4009-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 23 de enero de 2013)⁴²

- **Legítimo ejercicio de un derecho:** Artículo 20 numeral 8: “El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

- **Obediencia debida:** Artículo 20 numeral 9: “El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones”.

2.2.9. Aspectos Presupuestarios y Administrativos

2.2.9.1. Presupuesto Público: “Es un instrumento de gestión del Estado para el logro de resultados a favor de la población, a través de la prestación de servicios y logro de metas de cobertura con equidad,

⁴²RODRIGUEZ VASQUEZ, Julio Alberto y OTROS (2014) Compendio Jurisprudencial sistematizado Prevención de la corrupción y justicia penal. Gráfica DELVI. Lima. Pág. 108

eficacia y eficiencia por las Entidades Públicas. Establece los límites de gastos durante el año fiscal, por cada una de las Entidades del Sector Público y los ingresos que los financian, acorde con la disponibilidad de los Fondos Públicos, a fin de mantener el equilibrio fiscal”⁴³.

La Ley de Presupuesto del Sector Público, se establece para cada año fiscal⁴⁴, mediante el cual se aprueba el Presupuesto Anual de Gastos y se considera, entre otros, para el Control del gasto público, que los titulares de las entidades públicas, el jefe de la Oficina de Presupuesto y el jefe de la Oficina de Administración, o los que hagan sus veces en el pliego presupuestario, son responsables de la debida aplicación de lo dispuesto en dicha Ley, en el marco del principio de legalidad, recogido en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Y que La Contraloría General de la República verifica el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley y las demás disposiciones vinculadas al gasto público en concordancia con el artículo 82 de la Constitución Política del Perú. Asimismo y bajo responsabilidad, para el gasto ejecutado mediante el presupuesto por resultados, debe verificar su cumplimiento bajo esta estrategia.

⁴³ <https://mef.gob.pe> visitada el día 20/10/2014

⁴⁴ Actualmente Ley N° 30114 “Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014”

2.2.9.2. Sistema Nacional de Presupuesto Público: Es el conjunto de órganos, normas y procedimientos que conducen el proceso presupuestario de todas las entidades del Sector Público en todas sus fases; está integrado por la Dirección General del Presupuesto Público, dependiente del Viceministerio de Hacienda, y por las Unidades Ejecutoras a través de las oficinas o dependencias en las cuales se conducen los procesos relacionados con el Sistema, a nivel de todas las entidades y organismos del Sector Público que administran fondos públicos.

2.2.9.3. Contraloría General de la República: “Órgano Superior del Sistema Nacional de Control. **Supervisa** la **legalidad** de la ejecución del **Presupuesto del Estado peruano**, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. Escuela Nacional de Control con programas de capacitación. Servicio de Atención de Denuncias. Garantía de una Gestión Pública Transparente”⁴⁵.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República Ley N° 27785, señala que el ente rector del Sistema está dotado de autonomía administrativa, funcional, económica y financiera, que tiene por misión dirigir y supervisar con eficiencia y eficacia el control gubernamental, orientando su

⁴⁵ <http://www.contraloria.gob.pe/> visitada el día 20/10/2014

accionar al fortalecimiento y transparencia de la gestión de las entidades, la promoción de valores y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como contribuir con los Poderes del Estado en la toma de decisiones y con la ciudadanía para su adecuada participación en el control social.

2.3. Definición de términos

- **Malversación:** Destinar los fondos públicos, colectivos o ajenos a gastos diferentes a aquellos a los que estaban destinados./ Uso indebido del erario público./ Mal uso de los fondos públicos⁴⁶.

- **Función Pública,** es el conjunto de la Administración pública; la actividad de los funcionarios públicos; o bien toda la actividad que realiza el Estado⁴⁷.

- **Funcionario Público,** es el agente más importante de la estructura jurídica estatal de un país que ocupa determinados estatus institucionales y tiene asignados específicos roles que debe desempeñar y con relación a los cuales responde tanto positiva o negativamente.⁴⁸

⁴⁶ ROJAS VARGAS, Fidel (1999). Ob. Cit. Pág.42

⁴⁷ FLORES POLO, Pedro (2002). “Diccionario Jurídico Fundamental”, Editorial Grijley, Lima. Pág.13

⁴⁸ *Ibíd.* Pág. 39.

- **Constitución.-** La Constitución es el conjunto de normas fundamentales para la organización del Estado, que regulan el funcionamiento de los órganos del poder público, y que establecen los principios básicos para el ejercicio de los derechos y la garantía de las libertades dentro del Estado⁴⁹.

- **Estado Constitucional de derecho.-** Es un sistema normativo complejo en el que leyes están subordinadas no sólo a normas formales sobre su producción sino también a normas sustanciales, esto es, a los derechos fundamentales establecidos en la constitución. Por eso, las condiciones de validez de las normas son también sustanciales, con el resultado de que mientras el respeto del procedimiento formal es suficiente para asegurar su existencia o vigencia, la validez de las mismas exige coherencia con los principios constitucionales⁵⁰.

- **Derechos Humanos.-** Son un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional⁵¹.

⁴⁹ OSORIO, Manuel (1981). “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Editorial Heliasta, Buenos Aires. Pág.10

⁵⁰ *Ibid.* Pág.15

⁵¹ Ver: Así mismo y http://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/palabras_letra.asp. visitado el día 10/03/2014

- **Delito.-** Es una acción típica, antijurídica, imputable, culpable, sometida a una sanción penal, y a veces a condiciones objetivas de punibilidad. Supone una conducta infraccional del Derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley. / El delito, en sentido dogmático, es definido como una conducta, acción u omisión típica (descrita por la ley), antijurídica (contraria a Derecho) y culpable a la que corresponde una sanción denominada pena. con condiciones objetivas de punibilidad. Supone una conducta infraccional del Derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley. En sentido legal, los códigos penales y la doctrina definen al “delito” como toda aquella conducta (acción u omisión) contraria al ordenamiento jurídico del país donde se produce⁵².

- **Garantismo.-** Es una corriente jurídica que parte del reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos y de su efectiva protección y tutela en el diseño constitucional del Estado⁵³.

- **Pena.-** Sanción prevista por la ley para los delitos graves. / La pena se plantea como un concepto formal del derecho, en tal sentido, la pena es la sanción jurídica aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva. Es un “mal” que debe imponerse al culpable o responsable de la

⁵²QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (1996) Curso de Derecho Penal – Parte General. CEDECS Editorial. Barcelona. Pág.123.

⁵³ Íbid.Pág.144

comisión de un delito. Es una figura previamente creada por el legislador, en forma escrita y estricta, al amparo del “principio de legalidad”, donde toda persona debe ser castigada si el hecho está previsto en la ley como delito con anterioridad a la comisión del mismo. Este principio, es el pilar del Derecho Penal, representado por el apotegma latino: *nullum crime, nulla poena sine lege*.⁵⁴

- **Principio.-** Fundamento, aseveración fundamental que permite el desarrollo de un razonamiento o estudio científico⁵⁵.

⁵⁴ FLORES POLO, Pedro. Ob.Cit. Pág.30

⁵⁵ OSORIO, Manuel. Ob.Cit.. Pág.10

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de la Investigación

El tipo de investigación que se llevó a cabo fue el jurídico dogmático teórico-normativo⁵⁶, debido a que el análisis y datos empleados son teóricos, tomados de la doctrina relacionados al problema de investigación, fue en base a la doctrina penal y constitucional contemporánea, la que permitió elaborar las bases teóricas para justificar el problema de investigación y realizar la discusión. Sin embargo a fin de tener mayor objetividad en la investigación se tomó la opinión de los magistrados y abogados para conocer su apreciación al respecto, sin que ello implique la desnaturalización del tipo de investigación a emplear.

El tipo de diseño que usé para alcanzar los objetivos de esta investigación correspondió a la investigación No Experimental⁵⁷. Debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente.

Bajo este enfoque No Experimental, el diseño general que consideré apropiado para esta investigación fue la Transversal o Transeccional⁵⁸, ya que los datos fueron recolectados en un solo momento o tiempo único,

⁵⁶ SOLIS ESPINOZA, Alejandro (1991) Metodología de la Investigación Jurídico Social. Editorial Edigraf. Lima. Págs. 54 y ss.

⁵⁷ ROBLES TREJO, Luis y otros (2012) Fundamentos de la investigación científica y jurídica. Editorial Fecatt. Lima. Pág.34

⁵⁸ HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). Metodología de la investigación. Editorial McGrawHill. Mexico. Pág.151

buscando describir las variables del estudio y analizar su incidencia e interrelación.

Se empleó el diseño específico descriptivo-explicativo-comparativo-propositivo, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro un determinado contexto, explicando el comportamiento de las variables de estudio y comparando con otros ordenamientos jurídicos, para la proposición.

Métodos de Investigación

Los métodos que se utilizó en la presente investigación fueron:

Dogmático.- Este método en la investigación jurídica se desarrolla generalmente sobre el derecho positivo y lo conceptualmente construido, esto es, el derecho. Según este método, el derecho debe ser interpretado en función de los conceptos que forman redes teóricas en el sistema que lo integra y en razón a que no se hallan desconectadas entre si, sino forman un sistema normativo cerrado, unitario y autosuficiente estableciendo entre ellas relaciones lógico-normativos que le dan coherencia y jerarquía interna. Encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente

estructuradas y proponerlas para su utilización. Este método se empelara en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas⁵⁹.

Hermenéutico.- Porque se trata de interpretar los textos legales, así como las ideas expuestas por el legislador y el doctrinario del área materia de investigación.

Exegético.- Este método constituye el estudio lineal de las normas tal como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo⁶⁰. Entonces permitirá el estudio y análisis de la legislación vigente con respecto al tema en análisis e investigación.

Dialéctico.- Con este método se realizará la confrontación y discusión de las teorías y principios.

Argumentación jurídica.- Porque se tratará de demostrar cómo y cuál es el proceso de argumentación (justificación interna y externa) a fin de proponer la despenalización del delito de Malversación de fondos. Tal como lo concibe Castillo Alva⁶¹ que aquellas características de la racionalidad que denota coherencia y estructura lógica de los pensamientos, por la cual a

⁵⁹ZELAYARAN DURAND, Mauro (2000) Metodología de la Investigación jurídica. Ediciones jurídicas. Lima. Págs. 65 y ss.

⁶⁰ RAMOS NÚÑEZ Carlos (2005) Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento. Gaceta Jurídica. Lima. Pág. 101

⁶¹CASTILLO ALVA Jose Luis, LUJAN TÚPEZ Manuel y ZAVALETA RODRIGUEZ Roger (2004) Razonamiento Judicial: Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales Gaceta Jurídica. Lima. Pág. 148

partir de conocimientos previos, se provoca otros nuevos, utilizando la técnica denominada argumentativa.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

3.2.1. Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron las fichas Textuales y de Resumen y la Técnica del Análisis documental, con su instrumento la Ficha de análisis. Además de la encuesta para conocer la apreciación de los magistrados y abogados.

3.2.2. Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el Método de la Argumentación Jurídica. Asimismo para la obtención de información de la presente investigación se hizo a través del enfoque cualitativo lo que permitió recoger información, opiniones y valoraciones sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no persigue la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados aportados de la jurisprudencia, doctrina y el derecho comparado.

3.2.3. Contexto. - El lugar donde se desarrolló la investigación fue en la ciudad de Huaraz.

No existió una delimitación de la muestra de estudio, debido a la naturaleza de la investigación, porque los alcances son a nivel

nacional, además porque no se recogieron datos empíricos para su tratamiento, por ello no se emplearon técnicas de análisis estadístico.

3.2.4. Unidad de Análisis o informantes.

La unidad de análisis en la presente investigación estuvo conformada por:

- Contenido de la doctrina, jurisprudencia y normatividad.
- Opinión de los magistrados y abogados.

La estructura de la unidad de análisis está conformada por:

- **Unidad temática:** consiste en el tema del contenido que se va a analizar.
- **Categorización del tema:** esta es una de las partes esenciales de la metodología, ya que establece y especifica las categorías dentro del análisis.
- **Unidades de registro:** en esta etapa se delimitan y dan curso al análisis de categorías. Aquí se cuentan las apariciones de las referencias, las que estarán delimitadas según los objetivos.

3.3. Instrumentos de recolección de la información

El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la Técnica documental, empleándose como su instrumento las fichas, especialmente las literales y de resumen, en base al cual recogeremos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.

También se aplicó la ficha de análisis de contenido para poder realizar la doctrina y jurisprudencias sobre nuestro problema de estudio y poder determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento que tiene la institución objeto de la presente investigación, para lo cual se delimitó áreas para la recopilación de información que reflejen la situación actual de discusión.

Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.

Para conocer la opinión de los magistrados y abogados sobre el problema de estudio se aplicó la técnica de la encuesta, cuyo instrumento fue el cuestionario, elaborado en base a preguntas cerradas.

Finalmente para la validación de las hipótesis, se formuló en la ejecución del proyecto, el diseño del Trabajo Operacional, que tiene como objetivos; trabajar con la información vertida por la muestra en el trabajo de campo a fin de procesar esta información con técnicas de investigación apropiadas para esta investigación teórica, que permitan dar confiabilidad y validez a los datos y la información a efecto de validar la hipótesis, siguiendo el método de la argumentación, a fin de justificar tanto en el plano interno como externo los planteamientos de la investigación.

Fuentes

Las fuentes fueron: bibliográficas (doctrina), la legislación nacional y extranjera y la jurisprudencia nacional.

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

Se empleó la técnica del **análisis cualitativo**⁶², toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno.

Cuyos pasos a seguir fueron:

- a) Selección de la comunicación que será estudiada;
- b) Selección de las categorías que se utilizarán;
- c) Selección de las unidades de análisis, y
- d) Selección del sistema de recuento o de medida e interpretación

3.4.1. Criterios

Los criterios a seguir en el presente proceso de investigación fue el siguiente:

- a) Identificación del lugar donde se buscará la información.
- b) Identificación y registro de las fuentes de información.

⁶² BRIONES, Guillermo (1986) Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales. Editorial Trillas. México. Pág. 43.

- c) Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- d) Sistematización de la información.
- e) Análisis y evaluación de la información.

3.4.2. Análisis de datos.

Los datos obtenidos con los instrumentos fueron evaluados en base a la teoría de la argumentación jurídica, toda vez que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar. La habilidad para presentar buenos argumentos a fin de justificar una postura, discusión de la doctrina y jurisprudencia.

Así como la elaboración, análisis e interpretación de cuadros de distribución porcentual y de gráficos estadísticos para la representación, resaltando los datos más importantes.

Los datos que se obtengan con los instrumentos antes indicados servirán para **validar la hipótesis**⁶³ en base la teoría de la

⁶³ROBLES TREJO, Luis (2014). Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica. Editorial Ffecaat. Lima. Pág.58 y ARANZAMENDI, Lino (2011) Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho. Editorial Jurídica Grijley. Lima. Pág. 112-117. “Las investigaciones jurídicas-teóricas, se particulariza, porque tienen como punto de partida un determinado marco teórico y permanece en él. Su

argumentación jurídica⁶⁴, debido a que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que desde cualquier perspectiva la actividad de todo jurista cuando aplica el Derecho consiste fundamentalmente en argumentar, justificar el derecho. Por lo que, la habilidad para presentar buenos argumentos a fin de justificar una postura; el fin básico de la teoría de la argumentación jurídica no es la de mostrarles cosas nuevas a los juristas, sino el de justificar los planteamientos o enunciados. Y la aceptación o rechazo del presente dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo.

En ese sentido, Ramos Núñez, establece que: “Las hipótesis no son verdaderas o falsas”, sino bien o mal formuladas. La prueba de la hipótesis será posible solo si ella ha sido formulada correctamente. De allí derivará validez. En realidad, no podemos probar que una hipótesis es verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en nuestro estudio. Para decirlo en otros términos, no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis –como creen muchos-, sino que se aporta evidencia a favor o en contra de la hipótesis. Cuanto más intenso haya sido el trabajo de investigación, mayor será la solidez de nuestra comprobación.”⁶⁵

finalidad consiste en formular nuevas teorías, modificar, cuestionar, refutar o validar las existentes, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico”

⁶⁴GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso (2005) La argumentación en el derecho, Editorial Palestra. Lima. Pág. 49

⁶⁵ RAMOS NUÑEZ, Carlos. Ob. Cit., p. 129.

IV. RESULTADOS

4.1. Resultados empíricos

La unidad de análisis muestral en la presente investigación estuvo constituida por documentales, como la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad nacional y comparada, con relación al Estado Social y democrático de Derecho y al delito de malversación; y, 100 operadores jurídicos entre Magistrados (jueces 25 y fiscales 25) y abogados (50) de la jurisdicción de la provincia de Huaraz, los abogados hábiles adscritos al Ilustre Colegio de Abogados de Ancash.

Es necesario precisar que, siendo una investigación dogmática, donde no se requiere trabajar con datos empíricos, toda vez que el objeto de investigación está centrado en una institución jurídica, y lo que se busca es estudiarlo a la luz de las fuentes formales del derecho, se vio por conveniente incluir esta parte de trabajo empírico para poder demostrar la ocurrencia del problema en la realidad, sin que ello significa desnaturalizar el tipo de investigación que se ha realizado. En ese sentido, se determinó que la unidad de análisis también lo constituyen los magistrados y abogados, a quienes se les tomó una encuesta, elaborada en base a las variables e indicadores del presente trabajo. A continuación, se presentan los datos obtenidos en el trabajo de campo, los mismos que fueron sistematizados en base a la estadística descriptiva simple y representada a través de los cuadros y gráficos estadísticos.

4.1.1. Resultados de la encuesta aplicada a los Magistrados

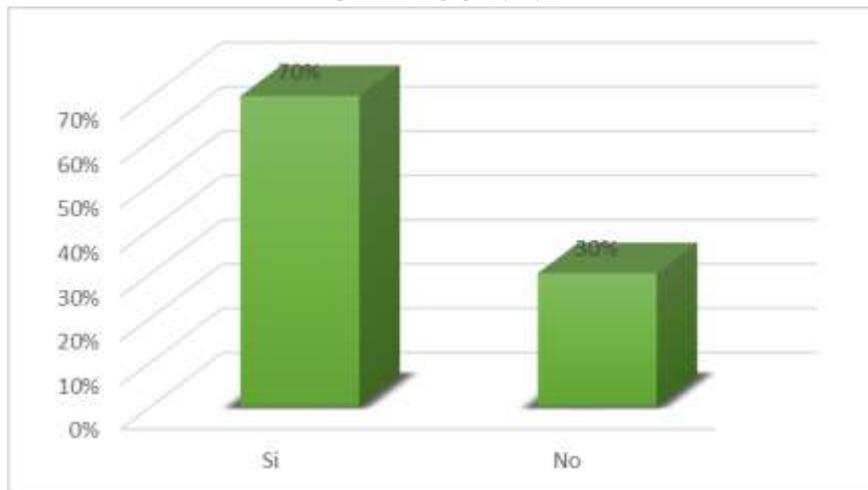
1. *¿Considera usted que el delito de malversación de fondos no es un delito de grave impacto social, que ocasione daños irreparables, ya que solo se da a los caudales una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados, sin que estos salgan de la esfera pública?*

CUADRO N° 01

RESPUESTAS	f	%
Sí	70	70%
No	30	30%
TOTAL	100	100

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 01



Interpretación:

El 70% de los encuestados considera que el delito de malversación de fondos no es un delito de grave impacto social, que ocasione daños irreparables, ya que solo se da a los caudales una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados, sin que estos salgan de la esfera pública y el 30% no lo considera, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 01.

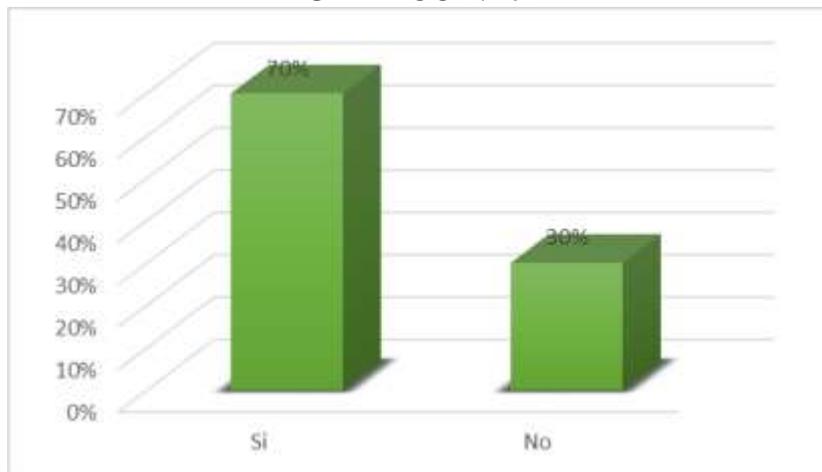
2. *¿Considera usted que el funcionario público tiene razones y justificaciones para dar a los caudales una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados?*

CUADRO N° 02

RESPUESTAS	f	%
Sí	70	70%
No	30	30%
TOTAL	100	100

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 02



Interpretación:

El cuadro y gráfico nos muestra que el 70% de los encuestados, considera que el funcionario público tiene razones y justificaciones para dar a los caudales una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados; mientras que el 30% no lo considera.

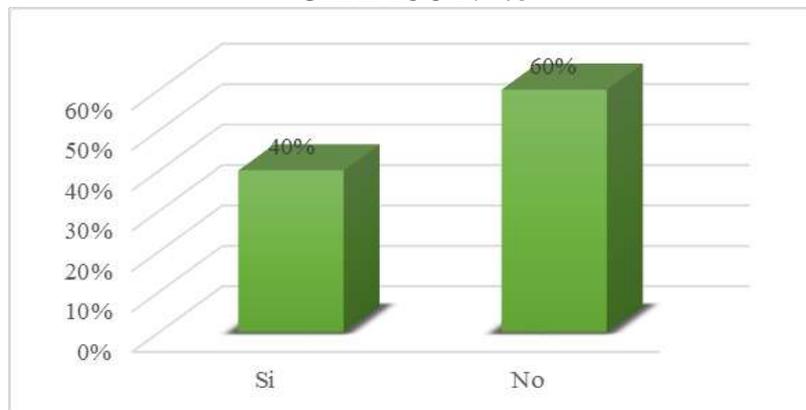
3. *¿Considera usted que el funcionario público se beneficia con la aplicación diferente de los caudales a que estuvieron destinados?*

CUADRO N° 03

RESPUESTAS	f	%
Sí	40	40%
No	60	60%
TOTAL	100	100

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 03



Interpretación:

Frente a la pregunta planteada, el 60% de los encuestados manifiestan que el funcionario público no se beneficia con la aplicación diferente de los caudales a que estuvieron destinados, y el 40% responde que sí, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 03.

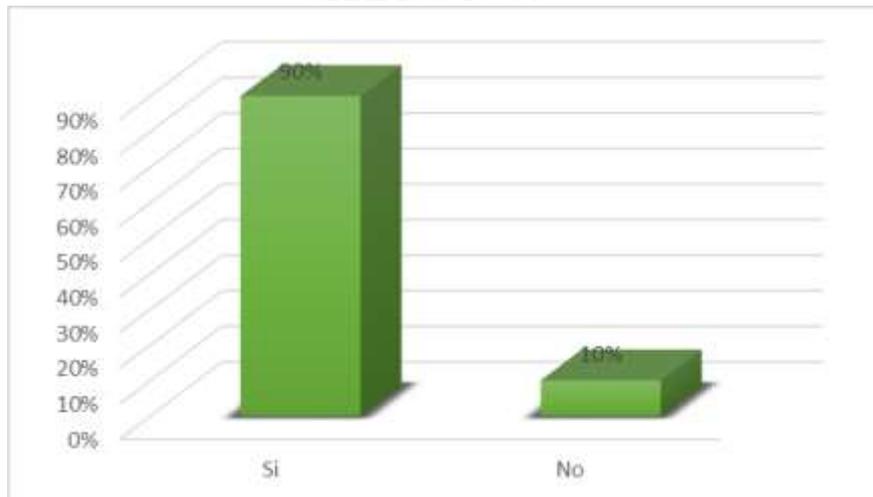
4. *¿Actualmente existen procesos por la comisión del delito de malversación de fondos en los despachos fiscales, juzgados y salas de nuestro país?*

CUADRO N° 04

RESPUESTAS	f	%
Si	90	90%
No	10	10%
TOTAL	100	100

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 04



Interpretación:

Como podemos observar, el cuadro y gráfico nos muestran que la mayoría de los encuestados, es decir el 90%, tienen conocimiento que existen procesos por la comisión del delito de malversación de fondos en los despachos fiscales, juzgados y salas de nuestro país; mientras que el 10%, señalan que no.

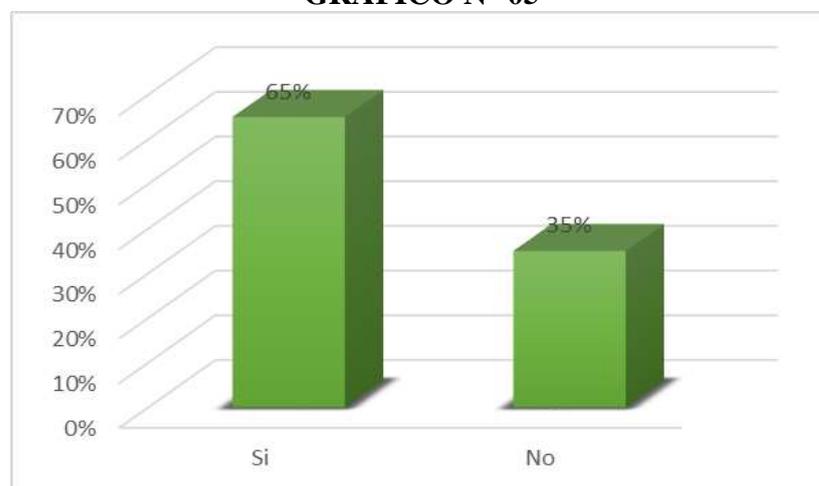
5. *¿Considera usted que la penalización del delito de malversación de fondos vulnera derechos fundamentales (libertad, honor, entre otros)?*

CUADRO N° 05

RESPUESTAS	f	%
Sí	65	65%
No	35	35%
TOTAL	100	100

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 05



Interpretación:

El 65% de los encuestados afirma estar de acuerdo, y el 35% responde estar en desacuerdo frente a la pregunta planteada, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 05.

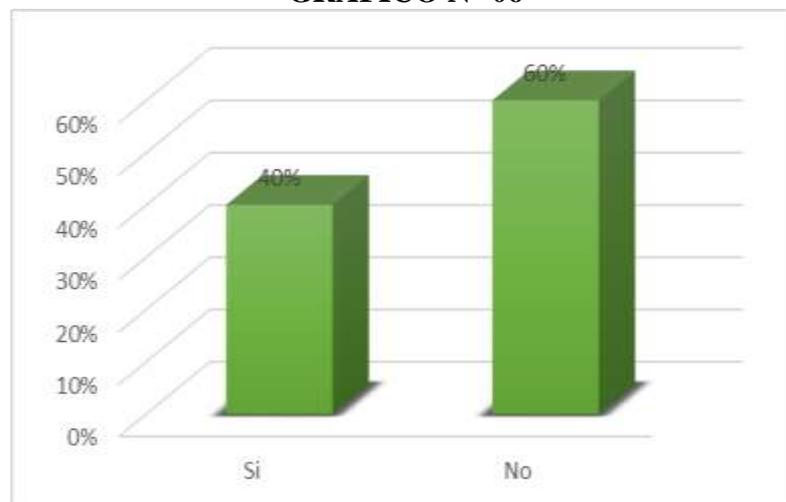
6. *¿Considera que la penalización del delito de malversación de fondos es compatible con el Derecho Penal Moderno y los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho?*

CUADRO N° 06

RESPUESTAS	f	%
Sí	40	40%
No	60	60%
TOTAL	100	100

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 06



Interpretación:

El 60% de los encuestados da una respuesta negativa, sólo el 40% responde positivamente frente a la pregunta planteada, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 06.

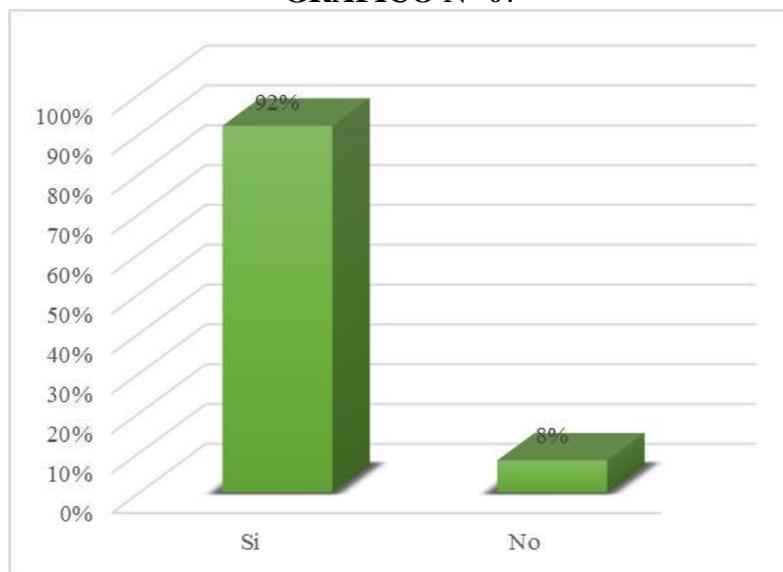
7. *¿Considera usted que el derecho penal debe de penalizar sólo delitos de grave impacto social, que ocasionen daños irreparables?*

CUADRO N° 07

RESPUESTAS	f	%
Sí	92	92%
No	8	8%
TOTAL	100	100

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 07



Interpretación:

A la pregunta, el 92% de los encuestados considera que el derecho penal debe de penalizar sólo delitos de grave impacto social, que ocasionen daños irreparables, y sólo el 8% responde negativamente, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 07.

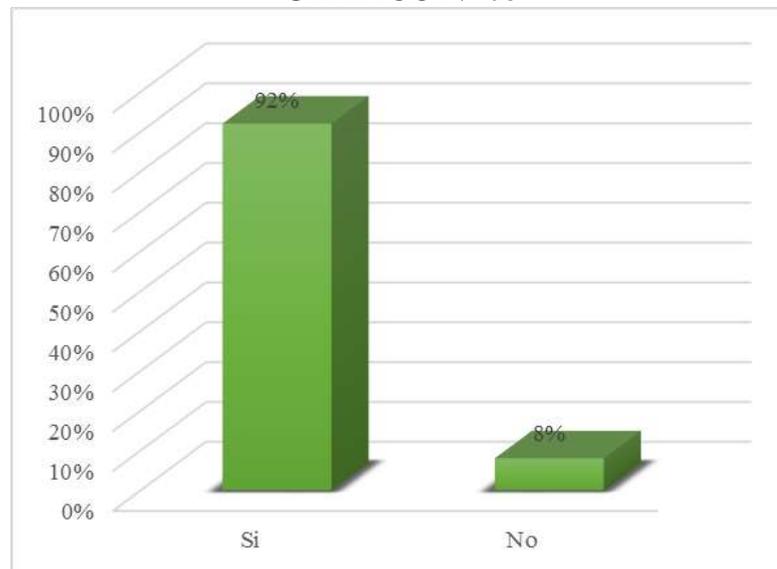
8. *¿Considera que la sanción de un acto e incumplimiento de un deber, debe guardar cierta proporción con la magnitud de afectación del bien?*

CUADRO N° 08

RESPUESTAS	f	%
Sí	92	92%
No	8	8%
TOTAL	100	100

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 08



Interpretación:

Asimismo el Cuadro y Gráfico N° 08 nos muestra que el 92% de los encuestados, consideran que la sanción de un acto e incumplimiento de un deber, debe guardar cierta proporción con la magnitud de afectación del bien y que el 8% consideran que no.

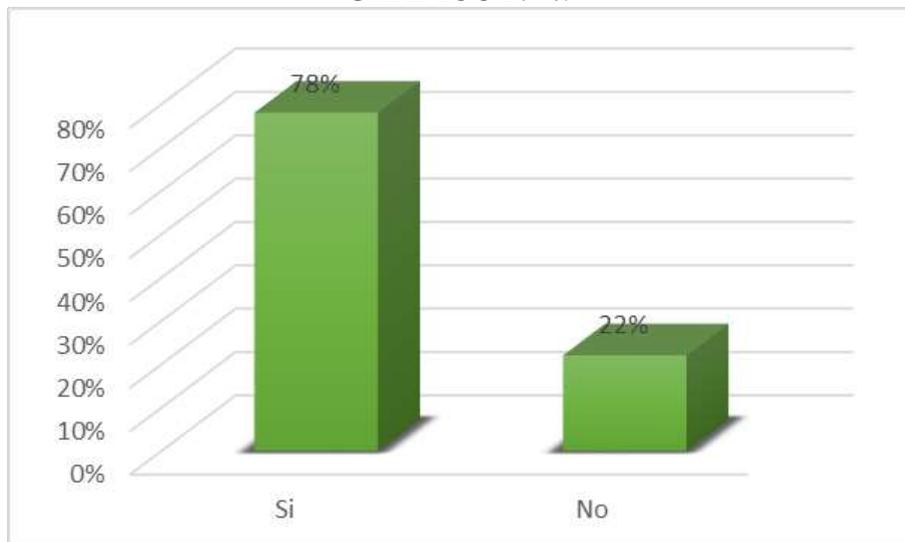
9. ¿Está de acuerdo con la despenalización del delito de malversación de fondos?

CUADRO N° 09

RESPUESTAS	f	%
Sí	78	78%
No	22	22%
TOTAL	100	100

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 09



Interpretación:

El 78% de los encuestados afirma estar de acuerdo y el 22% responde estar en desacuerdo frente a la pregunta planteada, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 09.

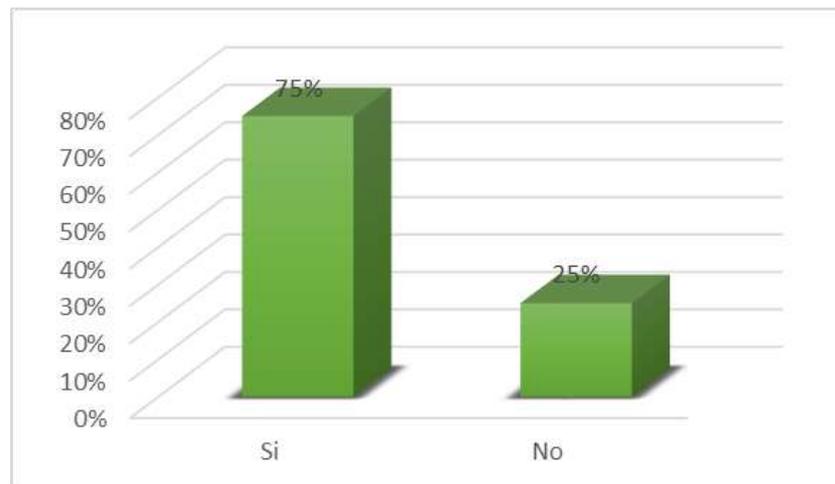
10. *¿Considera que la despenalización del delito de malversación de fondos, tiene justificación en el Derecho comparado, debido a que un sector mayoritario se inclina por una pena de multa atendiendo a la poca lesividad del bien jurídico?*

CUADRO N°10

RESPUESTAS	f	%
Sí	75	75%
No	25	25%
TOTAL	100	100%

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 10



Interpretación:

Y como podemos observar, el cuadro y gráfico nos muestra que la mayoría de los encuestados, es decir el 75% dan una respuesta afirmativa y sólo el 25% dan una respuesta negativa frente a la pregunta planteada.

4.1.2. Resultados de la encuesta aplicada a los Abogados Litigantes

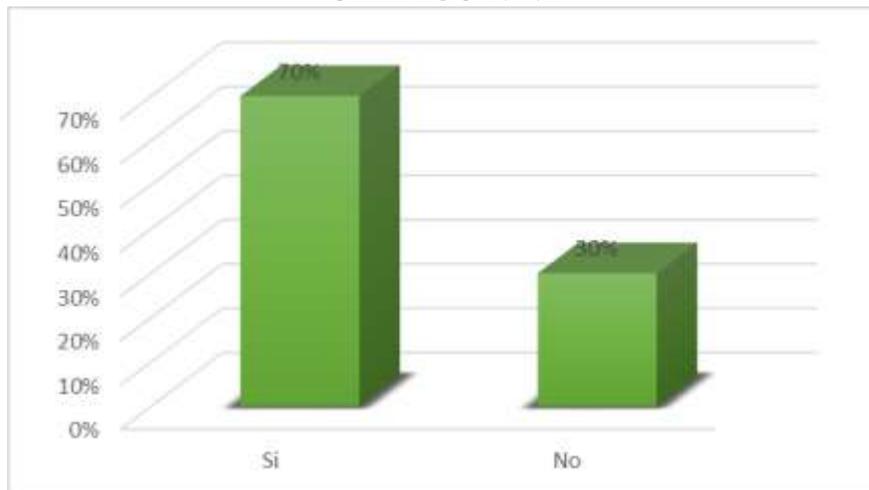
1. *¿Considera usted que el delito de malversación de fondos no es un delito de grave impacto social, que ocasione daños irreparables, ya que solo se da a los caudales una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados, sin que estos salgan de la esfera pública?*

CUADRO N° 01

RESPUESTAS	f	%
Sí	70	70%
No	30	30%
TOTAL	100	100

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 01



Interpretación:

El 70% de los encuestados considera que el delito de malversación de fondos no es un delito de grave impacto social, que ocasione daños irreparables, ya que solo se da a los caudales una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados, sin que estos salgan de la esfera pública y el 30% no lo considera, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 01.

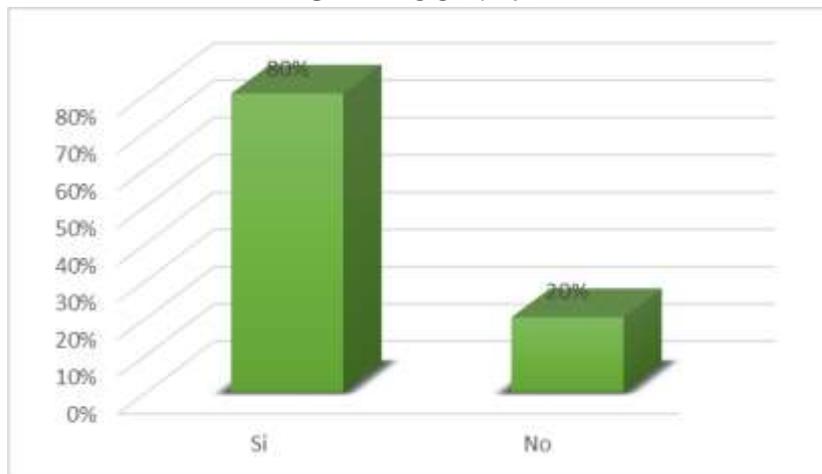
2. *¿Considera usted que el funcionario público tiene razones y justificaciones para dar a los caudales una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados?*

CUADRO N° 02

RESPUESTAS	f	%
Sí	80	80%
No	20	20%
TOTAL	100	100

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 02



Interpretación:

El cuadro y gráfico nos muestra que el 80% de los encuestados, considera que el funcionario público tiene razones y justificaciones para dar a los caudales una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados; mientras que el 20% no lo considera.

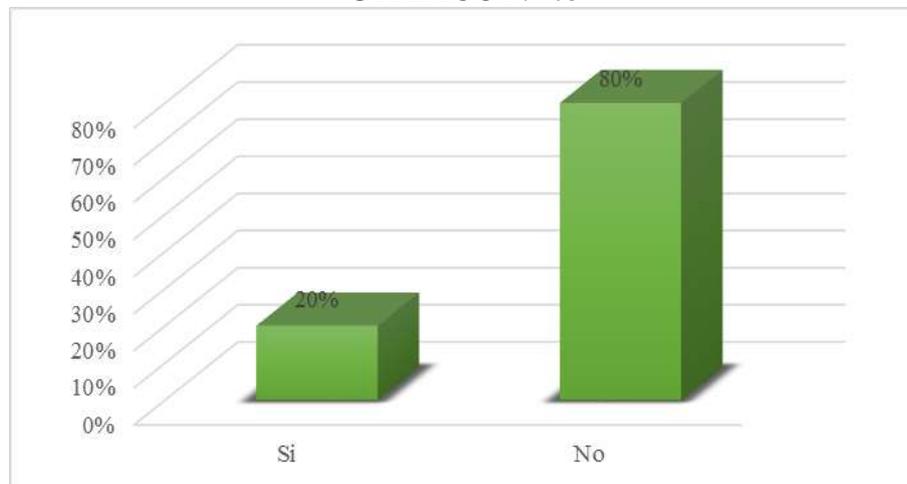
3. *¿Considera usted que el funcionario público se beneficia con la aplicación diferente de los caudales a que estuvieron destinados?*

CUADRO N° 03

RESPUESTAS	f	%
Sí	20	20%
No	80	80%
TOTAL	100	100

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 03



Interpretación:

Frente a la pregunta planteada, el 80% de los encuestados manifiestan que el funcionario público no se beneficia con la aplicación diferente de los caudales a que estuvieron destinados, y solo el 20% responde que sí, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 03.

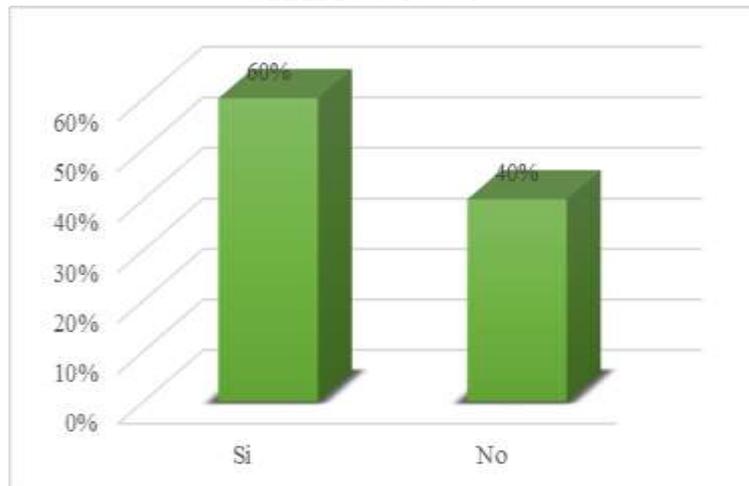
4. *¿Actualmente existen procesos por la comisión del delito de malversación de fondos en los despachos fiscales, juzgados y salas de nuestro país?*

CUADRO N° 04

RESPUESTAS	f	%
Si	60	60%
No	40	40%
TOTAL	100	100

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 04



Interpretación:

El cuadro y gráfico nos muestran que el 60%, tienen conocimiento que existen procesos por la comisión del delito de malversación de fondos en los despachos fiscales, juzgados y salas de nuestro país; mientras que el 40%, desconocen.

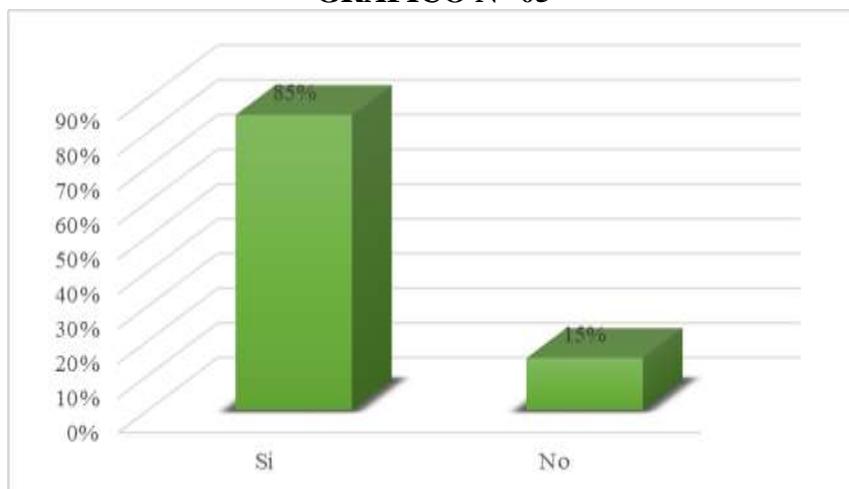
5. *¿Considera usted que la penalización del delito de malversación de fondos vulnera derechos fundamentales (libertad, honor, entre otros)?*

CUADRO N° 05

RESPUESTAS	f	%
Sí	85	85%
No	15	15%
TOTAL	100	100

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 05



Interpretación:

Frente a la pregunta, se obtuvo que el 80% de los encuestados afirma estar de acuerdo, y solo el 20% responde estar en desacuerdo frente a la pregunta planteada, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 05.

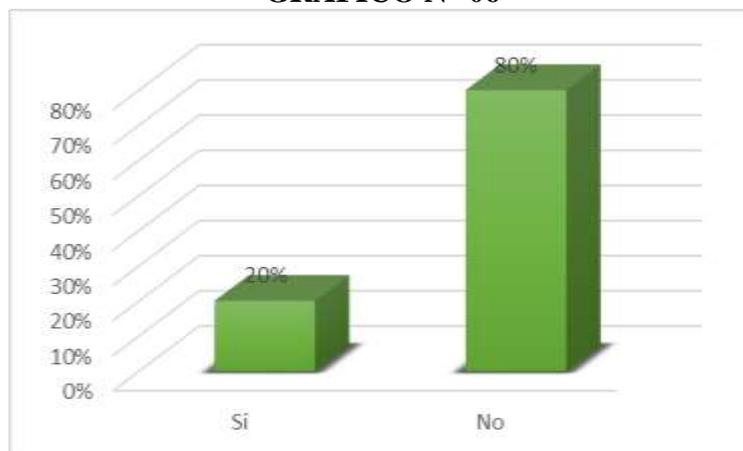
6. *¿Considera que la penalización del delito de malversación de fondos es compatible con el Derecho Penal Moderno y los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho?*

CUADRO N° 06

RESPUESTAS	f	%
Sí	20	20%
No	80	80%
TOTAL	100	100

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 06



Interpretación:

El 80% de los encuestados da una respuesta negativa, y sólo el 20% responde positivamente frente a la pregunta planteada, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 06.

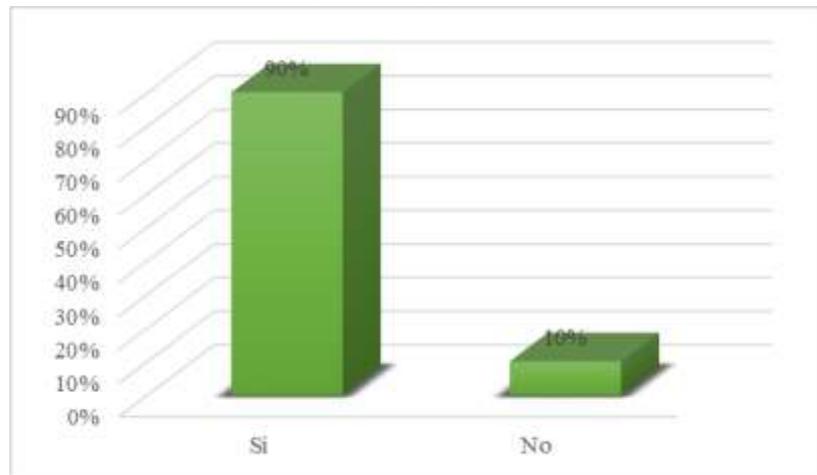
7. *¿Considera usted que el derecho penal debe de penalizar sólo delitos de grave impacto social, que ocasionen daños irreparables?*

CUADRO N° 07

RESPUESTAS	f	%
Sí	90	90%
No	10	10%
TOTAL	100	100

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 07



Interpretación:

A la pregunta, el 90% de los encuestados considera que el derecho penal debe de penalizar sólo delitos de grave impacto social, que ocasionen daños irreparables, y sólo el 10% responde negativamente, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 07.

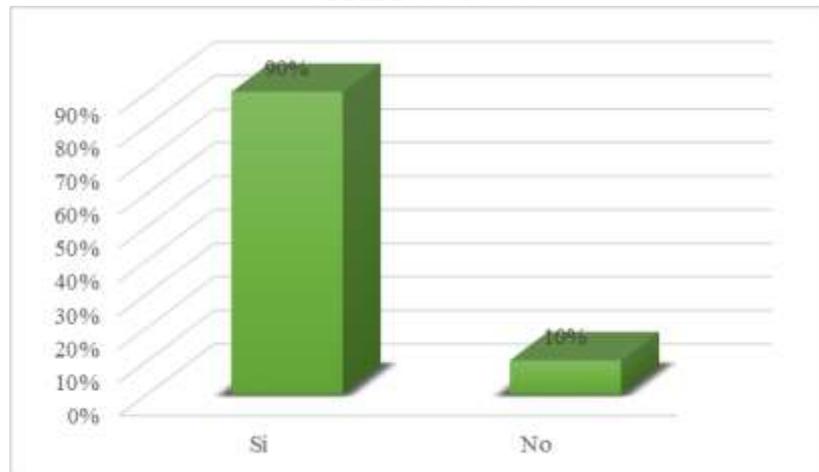
8. *¿Considera que la sanción de un acto e incumplimiento de un deber, debe guardar cierta proporción con la magnitud de afectación del bien?*

CUADRO N° 08

RESPUESTAS	f	%
Sí	90	90%
No	10	10%
TOTAL	100	100

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 08



Interpretación:

Del mismo modo el Cuadro y Gráfico N° 08 nos muestra que el 90% de los encuestados, consideran que la sanción de un acto e incumplimiento de un deber, debe guardar cierta proporción con la magnitud de afectación del bien y que el 10% consideran que no.

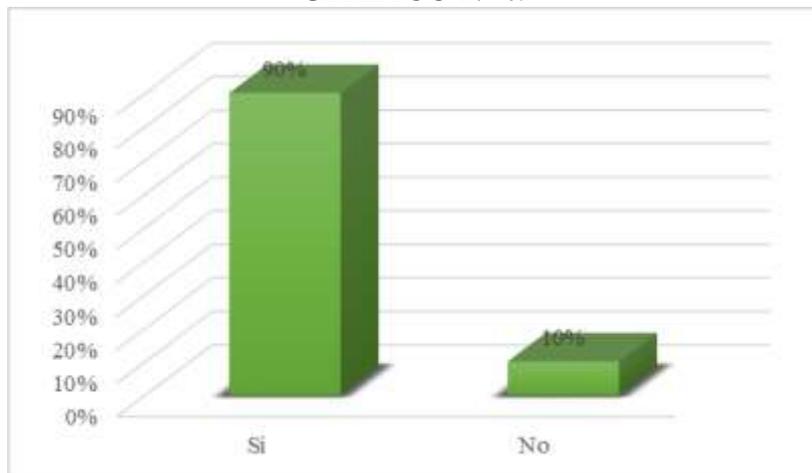
9. *¿Está de acuerdo con la despenalización del delito de malversación de fondos?*

CUADRO N° 09

RESPUESTAS	f	%
Sí	90	90%
No	10	10%
TOTAL	100	100

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 09



Interpretación:

El 90% de los encuestados afirma estar de acuerdo y sólo el 10% responde estar en desacuerdo frente a la pregunta planteada, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 09.

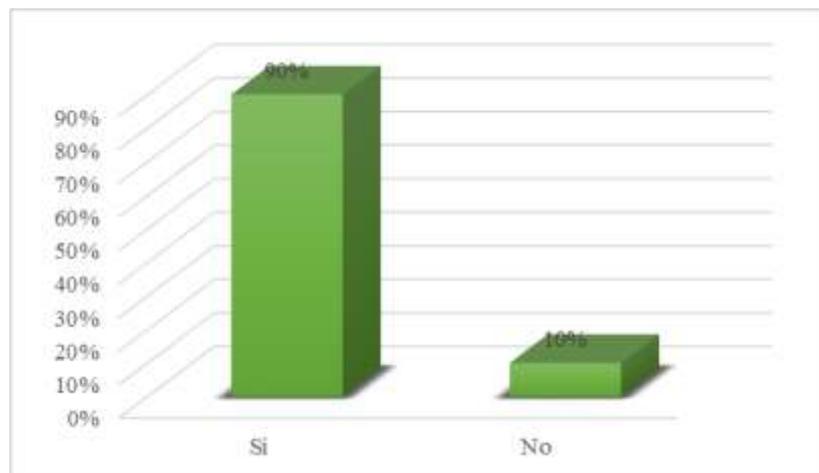
10. *¿Considera que la despenalización del delito de malversación de fondos, tiene justificación en el Derecho comparado, debido a que un sector mayoritario se inclina por una pena de multa atendiendo a la poca lesividad del bien jurídico?*

CUADRO N°10

RESPUESTAS	f	%
Sí	90	90%
No	10	10%
TOTAL	100	100%

Fuente: Ficha de encuesta

GRÁFICO N° 10



Interpretación:

Asimismo, el cuadro y gráfico último, nos muestra que la mayoría de los encuestados, el 90% dan una respuesta afirmativa y sólo el 10% dan una respuesta negativa frente a la pregunta planteada.

4.2. Resultados jurisprudencial

A. **Extracto relevante:** *“Que en el delito materia de proceso-malversación de fondos-,se advierten dos elementos que constituyen su estructura típica: a) la relación funcional existente entre el sujeto activo y la administración del dinero o bienes y b) la aplicación definitiva diferente que se da a los fondos públicos, no necesitándose para su configuración la lesión del patrimonio del estado, pues en estos casos se cumple con la finalidad social, pero en forma no debida, ni preestablecida, consecuentemente, el bien jurídico que se afecta con el delito de malversación de fondos es la regularidad y buena marcha de la administración pública, preservando la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos”⁶⁶.*

Interpretación:

Que la sentenciada interpone recurso de nulidad contra la sentencia que la condenó a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo el cumplimiento de determinadas reglas de conducta, inhabilitación por el plazo de dos años y reparación civil de mil soles; dicho recurso dicho recurso considera que la lesión al patrimonio del estado en el delito de malversación de fondos no es uno de los presupuestos del mismo, ya que los presupuestos para constituirse dicho delito son: a) la relación funcional

⁶⁶Recurso de Nulidad N° 1424-2011-LORETO emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de fecha 24 de mayo de 2012, interpuesto por la sentenciada Esther Eugenia Da Silva Núñez contra la sentencia anticipada que la condenó como autora del delito contra la administración pública – malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Provincial de Ramón Castilla, publicado en Diálogo con la Jurisprudencia. Primera edición (2013) Gaceta Jurídica. Lima. Págs. 276-280

existente entre el sujeto activo y la administración del dinero o bienes, y b) la aplicación definitiva diferente que se da a los fondos públicos, no necesitándose para su configuración; infringiéndose deberes administrativos, es decir el Principio de Legalidad Presupuestal.

B. Extracto relevante: *“El comportamiento típico del delito de malversación de fondos consiste en la aplicación de modo distinto de las asignaciones del dinero y bienes, así el destino y empleo fijado puede ser numerosas y variadas dentro del mismo rubro presupuestario o asignándolo arbitrariamente a otro por lo que para su configuración basta que se dé al dinero un destino diferente al primigenio.”*⁶⁷

Interpretación:

Que la Sala Penal Transitoria de Abancay absuelve a Huber Cuaresma Espinoza como coautor del delito contra la administración pública, en la modalidad de malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Distrital San Pedro de Cachora por falta de elementos de convicción, sin embargo, es de la opinión que se declare haber nulidad en el extremo de la sentencia impugnada que absolvió a Don Huber, por cuanto se aprecia que la pericia contable resulta incompleta e insuficiente, dado que no se ha recabado la documentación necesaria a fin de confrontarse y pueda valorarse asertiva y sistemáticamente los informes, comprobantes de pago, extractos bancarios de la

⁶⁷Recurso de Nulidad N° 778-2011-APURIMAC emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de fecha 27 de marzo de 2012, interpuesto por la señora Procuradora Pública anticorrupción del distrito judicial de Apurímac contra la sentencia en el extremo que absolvió a don Huber Cuaresma Espinoza como coautor del delito contra la administración pública, en la modalidad de malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Distrital San Pedro de Cachora, publicado en Diálogo con la Jurisprudencia. Primera edición (2013) Gaceta Jurídica. Lima. Págs. 259-264

Municipalidad, entre otros, por lo que considera necesaria la realización de nuevo juicio oral y el informe pericial respectivo; asimismo el comportamiento típico del delito de malversación de fondos consiste en la aplicación de modo distinto de la asignación de dinero y bienes hacia el destino y el empleo fijado pueden ser numerosos y variados dentro del mismo rubro presupuestario o asignándolo arbitrariamente a otro, por lo que para su configuración basta que se dé al dinero un destino diferente al primigenio.

- C. **Extracto relevante:** *“Al respecto, debe precisarse, que para sancionar penalmente dicha conducta ilícita (condenada), resulta necesario que se acredite en autos con prueba objetiva, la concurrencia de lo siguiente: a) existencia legal de una partida presupuestal; b) aplicación diferente, esto es, destinar indebidamente los fondos públicos asignados a dicha partida; y, c) afectación del servicio para lo cual estaba destinada la partida afectada”*⁶⁸.

Interpretación:

Que la defensa técnica muestra disconformidad con la sentencia condenatoria emitida por la Sala Penal Superior, debido a que la misma no está debidamente motivada vulnerando en extremo la Constitución Política del estado; y partiendo de la acusación fiscal que omite precisar con claridad y en cada caso en concreto, los presupuestos legales, esto

⁶⁸Recurso de Nulidad N° 134-2011-MOQUEGUA emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de fecha 21 de marzo de 2012, interpuesto por la defensa técnica de los encausados Manuel Quispe Huacan y otros, contra la sentencia que condenó a sus patrocinados por la comisión del delito contra la administración pública – malversación de fondos, en agravio del estado – representado por la Municipalidad Provincial de Sanchez Cerro Omate, publicado en <http://www.pj.gob.pe> página visitada el 15/10/2014.

es la existencia legal de una partida presupuestal, el destino indebido que se le habría dado a los fondos públicos asignados a determinada partida presupuestal y cuál habría sido a afectación del servicio para lo cual estaba destinada la partida afectada, asimismo que en autos no existe tal objetividad de elementos de convicción, por todo ello la Sala declara haber nulidad en la sentencia en el extremo de condena, declara prescrita la acción penal y dispone el archivo definitivo

D. Extracto relevante: *“Que, sin embargo, debe indicarse que los tipos penales de malversación de fondos y peculado contienen situaciones e imputación contradictorias entre sí que no podrían ser aplicables al mismo hecho concreto, toda vez que si, por un lado, el titular del ejercicio de la acción pública considera que los encausados se habrían apropiado para sí o para terceros el dinero de las arcas municipales (lo que constituirá e delito de peculado), no se podría pretender al mismo tiempo como lo ha hecho el fiscal que exista un desvío de fondos hacia un fin distinto no presupuestado (supuesto del delito de malversación de fondos), pues si hubo apropiación no podría haber al mismo tiempo desviación en efecto, la primera conducta excluye a la segunda toda vez que en el delito de malversación de fondos no existe apropiación de dinero por parte del sujeto activo ni de terceros, por el contrario, la función pública se cumple solo que en una forma no debida, en todo caso”⁶⁹.*

⁶⁹Recurso de Nulidad N° 334-2011-JUNIN emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de fecha 01 de marzo de 2012, interpuesto por el señor Fiscal Superior, contra la sentencia que absolvió a Humberto Joel Flores Pacheco y otros por la presunta comisión de los delitos de abuso de autoridad, peculado y malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad Provincial de Tayacaja, publicado en <http://www.pj.gob.pe> página visitada el 15/10/2014.

Interpretación:

Que el señor Fiscal Superior aduce que los absueltos aprovecharon y abusaron de sus cargos que ostentaban destinando de manera ilícita el dinero de la Municipalidad agraviada, sin embargo la Sala Suprema al realizar la revisión respectiva refiere que del sustento fáctico del dictamen acusatorio, se puede concluir que la conducta que se incrimina a los encausados estriba en que estos habrían beneficiado a terceros con dinero estatal, al haber autorizado y cobrado directamente diversas sumas de dinero, que no han sido devueltos a la Municipalidad agraviada, por tanto, ello responde a una conducta que tendría en principio una correlación con el delito de peculado y no con el de malversación de fondos, por lo que respecto a este último ilícito no se advierte que existe una subsunción correcta respecto al marco de imputación, por lo que lo resuelto por el colegiado en este extremo (absolución por el delito de malversación) se encuentra arreglado a Ley; sin embargo la Sala advierte que no existe prueba fehaciente ni indubitable que acredite que haya existido un beneficio personal propio o ajeno, con dinero del Estado, por lo que declara no haber nulidad en la sentencia.

E. Extracto relevante: “*Que pueden ser numerosas y variadas las formas o modalidades prácticas de los actos de malversación que se aplican de modo distinto a las asignaciones de dinero y bienes, cambiando así el destino o empleo fijado oficialmente, dentro del mismo rubro presupuestario o asignándolo arbitrariamente a otro (funcionario que*

gasta más de lo asignado en adquisición de material de oficina, alcalde que emplea el dinero destinado a la compra de maquinarias en el programa de vaso de leche, gasto no autorizados, etc.). pueden presentarse m situaciones d permanencia o de delito continuado. En doctrina se sintetiza en cuatro conductas... ”⁷⁰.

Interpretación:

La Corte suprema señala que para la realización del tipo penal del delito de malversación de fondos no entran en consideración los fines en los cuales se haya invertido el dinero del estado, bastando para su consumación el hecho que le haya dado un destino diferente del primigenio. En ese sentido, que el caso de autos no se llegó a establecer la comisión del delito de malversación de fondos y otro, pues si bien existieron irregularidades en el manejo de los fondos, sin embrago no se llegó a acreditar la malversación que se haya dado a los fondos, por lo que se absolvió a los procesados.

F. Extracto relevante: “*suponiendo este tipo penal un cambio del destino público del patrimonio (bienes o dinero), es necesario en primer lugar, determinar la aplicación a que originalmente estaban destinados los caudales, luego es, preciso determinar la aplicación distinta que presuntamente se hizo de los mismos, para establecer finalmente si el*

⁷⁰Recurso de Nulidad N° 804-2005-Ica emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de fecha 28 de junio de 2005, interpuesto el Fiscal Superior y por la defensa técnica del procesado, contra la sentencia que condenó a dos procesados por la comisión del delito contra la administración pública – malversación de fondos y peculado, en agravio del Estado y el Colegio Nacional San Luis Gonzaga de Ica, publicado el libro *Delitos Cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública*, autor: REÁTEGUI SÁNCHEZ James.2014. Págs.436-437.

encausado en el ejercicio de sus funciones ordenó el cambio de destino público”⁷¹.

Interpretación:

La prueba, afectación grave, a dónde estuvo destinado los caudales y a dónde o en qué se destinó los caudales, es muy importante para condenar al acusado de la comisión del delito de malversación de fondos, a fin de no vulnerar los derechos fundamentales, como persona, en especial el derecho a la libertad.

4.3. Resultados teóricos

4.3.1. Regulación del delito de Malversación de Fondos en el Código Penal Peruano

El delito de Malversación de Fondos se encuentra previsto y penado en el artículo 389° del Código Penal, que criminaliza la conducta: *“El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la

⁷¹Sentencia de la Sala Mixta de Camaná de la Corte Superior de Justicia de Arequipa de fecha 25 de marzo de 1998. Expediente N° 101-98. ARMANZA GALDOS, Jorge/ ZAVALA TOYA, Fernando; La decisión Judicial, Lima, 1999. Pág.43

pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco días-multa”

El fin de la norma es que los funcionarios y servidores públicos, que administran y perciben fondos estatales, cumplan con su deber de resguardar su intangibilidad así como de procurar la adopción de medidas tendientes a evitar que terceros los sustraigan de la esfera de la Administración. En este delito se aprecia una infracción a los deberes esenciales del cargo funcional, es decir, el sujeto activo asume la calidad de “Garante”, de los bienes que administra, apreciándose una vinculación funcional con el patrimonio estatal. Son los deberes de custodia y de protección que se infringen por el intraneus, cuando incurre en la conducta prohibida objeto de denuncia. El bien jurídico protegido, refiere Rojas Vargas⁷² “La regularidad y buena marcha de la administración pública. El objeto específico de la tutela penal es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos. En suma, se trata de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio”.

4.3.2. El delito de malversación de fondos y su diferencia con el delito de peculado

James Reátegui manifiesta que “El delito de malversación de fondos, según su ubicación sistemática dentro del Código penal peruano, sería una especie o modalidad d delito de peculado, pues éste encabeza uno de los

⁷² Rojas Vargas, Fidel. Ob. Cit. Pág. 318.

Cuatro Títulos sistemáticos de delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la Administración Pública; en ese sentido, la malversación de fondos debe compartir algunos de los elementos típicos esenciales del peculado (por ejemplo, el tema del objeto genérico protegido: Administración pública, los sujetos activos, la afectación patrimonial presupuestal de los caudales o efectos del Estado, entre otros); sin embargo, también debería existir algunas diferencias básicas entre ambas figuras delictivas, por ejemplo, si el Legislador peruano ha preferido ubicar al delito de peculado como género delictivo inicial, es porque dicho delito sería mucho más grave (de acuerdo a la sanción penal) de las restantes modalidades de peculado, situación que es cierta en nuestro caso (aunque la ubicación sistemática inicial de un delito no siempre sería de mayor gravedad...”⁷³

Al respecto, Abanto Vásquez señala que: “El desvío del destino público debe ser tipificado como Malversación y no como delito de Peculado. La apropiación [en el Peculado]... puede favorecer a un tercero....Este tercero puede ser una persona... jurídica (empresa privada...), pero no la propia administración. En caso de que hubiere un cambio de destino público, sería aplicable la figura de “malversación”⁷⁴.

Por lo referido, la diferencia es máxima y notable, es que en el delito de peculado el sujeto activo, el funcionario público, incorpora los bienes a su

⁷³ JAMES REÁTEGUI. Ob cit. Pág. 442

⁷⁴ ABANTO VASQUEZ, 2003 Ob. Cit. Pág. 354

patrimonio, siendo que los bienes salen de la esfera pública; y que en el delito de malversación de fondos el sujeto activo no se lleva los bienes, no se apropia de los mismos, ni los incorpora a su patrimonio, simplemente hace uso indebido de los bienes en áreas distintas a las que estaban previstas, y siendo que los bienes se quedan en la esfera pública. Por tanto ¿es coherente mantener penalizado la malversación de fondos?

4.3.3. Derecho Comparado: Modelos básicos de protección penal del funcionamiento de la administración pública en el Delito de Malversación de Fondos

En el ámbito del Derecho comparado, no existe un tratamiento homogéneo de las figuras de malversación, sino que la legislación de los diversos países contiene especialidades que, en este campo, han llevado a diversas interpretaciones sobre el bien jurídico y la pena. Según el caso, el acento puede ponerse en la función pública, en la lesión al patrimonio público considerado desde una perspectiva funcional, o en la infracción del deber del funcionario. Cabe destacar, sí, una tendencia general a la simplificación de la regulación que tradicionalmente ha sido demasiado amplia y engorrosa, así como a una atenuación en la penalidad aplicable.

A. Código Penal de España, Capítulo: VII De la Malversación **Artículo 432. Malversación.**

“1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus

funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

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

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

Artículo 433. La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.

Artículo 434. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.”

B. Código Penal de Costa Rica, en su artículo 356: *Malversación “Será reprimido con treinta a noventa días multa, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administre una aplicación diferente a aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultara daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio”.*

C. Código Penal de Argentina, en su 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”.*

Del mismo modo en el artículo referente, la sanción por la comisión del delito, es una inhabilitación, con la agravante de multa, careciendo de la pena privativa de libertad.

D. Código Penal de Italia de 1930, en su artículo 316-bis (texto de 1992, ley 181 de 7 de febrero de 1992): *“Cualquier extraño a la administración pública que habiendo obtenido del estado o de otro ente público o de la comunidad europea contribuciones, subvenciones o financiamientos destinados a favorecer iniciativas dirigidas a la realización de obras o al desarrollo de actividades de público interés, no lo destina a las finalidades previstas, será castigado con reclusión de seis meses a cuatro años”.*

Los delitos de peculado giraban en torno a la pertenencia (“peculato”, artículo 314) o no (“malversazione a danno di privati”, artículo 315) a la Administración Pública del objeto material sobre el que recae la acción, así como a la distinción típica en ambos preceptos entre conductas apropiatorias y distractoras en provecho propio o ajeno. La Ley N° 86/1990, de 26 de abril, en tanto, unifica en un solo precepto el contenido fundamental de injusto y suprime la referencia a conductas de distracción hacia usos públicos distintos. Resaltando además, que la pena mínima de privativa de libertad, por la comisión del delito, es de 6 meses.

E. Código Penal de Honduras, en su artículo 372: *“El funcionario o empleado público que destine los caudales, bienes o efectos que administra a un fin distinto del que les corresponde y si con ello no causa daño a los intereses patrimoniales del Estado, será sancionado con multa de cincuenta mil (L.50, 000.00) a cien mil lempiras (L.100,000.00) e inhabilitación especial de tres (3) a cinco (5) años. Si ocasiona daño a dichos intereses o entorpece un servicio público, la multa será igual al cien por ciento (100%) del valor del daño causado o de los gastos que el Estado deba realizar para normalizar el correspondiente servicio público, más inhabilitación absoluta de cinco (5) a ocho (8) años. En ningún caso la multa será inferior a la señalada en el párrafo precedente”.*

Resaltando en el artículo, que la sanción por la comisión del delito de malversación es también de multa e inhabilitación, sin ánimo de sancionar con una restricción de derechos fundamentales.

F. Código Penal de Colombia, en su artículo 259: *“Malversación y dilapidación de bienes. El que malverse o dilapide los bienes que administre en ejercicio de tutela o curatela, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años, siempre que la conducta no constituya otro delito”.*

Considera que el Código penal de Colombia sanciona la comisión del delito de malversación de fondos con un mínimo (1) y máximo (2) años de prisión.

G. Código Penal de Chile de 1874, en su artículo 236: *“El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de 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”*

El Código Penal de Chile hace referencia a caudales o efectos, que necesariamente han de ser públicos en cuanto son administrados por un funcionario público. Caudales o efectos que tienen asignada una precisa finalidad, sea por ley, por disposiciones de rango inferior o por mandato de la autoridad competente. Consiste en aplicar los fondos públicos a fines de idéntica naturaleza pero diversos de aquéllos a los que estaban destinados. En esto se diferencia de las anteriores formas de malversación (aquí no hay sustracción sino desviación). La aplicación ha de ser siempre una aplicación pública, en beneficio fiscal; consiste en un acto de administración por el cual los fondos se invierten efectivamente en algún objeto público.

Y del mismo modo, sin perjudicar la libertad del comisionado por el delito de malversación de fondos, sanciona con una suspensión del empleo.

H. Código Penal de Bolivia, en su artículo 144: *“El Funcionario Público que diere a los caudales que administra, percibe o custodia, una aplicación distinta de aquella a que estuvieron destinados, incurrirá en reclusión de un mes a un año o multa de veinte a doscientos cuarenta días. Si del hecho resultare daño o entorpecimiento para el servicio, la sanción será agravada en un tercio”.*

El Código Penal mencionado, prescribe la sanción por la comisión del delito de malversación de fondos con una reclusión mínimo de un mes y con un máximo de un año, y por una agravante, la reclusión de un tercio.

I. Código Penal de Guatemala, en su artículo 447. *“El funcionario o empleado público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales. La sanción señalada se aumentará al doble, si a consecuencia de la Malversación resultare daño o entorpecimiento del servicio a que los caudales o efectos estuvieren consignados.*

Resaltando nuevamente que también en el país de Guatemala la comisión del delito de malversación de fondos se sanciona con una multa.

J. Código Penal de Nicaragua, Capítulo X Malversación de caudales públicos, artículo 405: *“El funcionario o empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos de la nación, les da una aplicación pública distinta de la señalada por las leyes, sufrirá una multa de diez a veinticinco por ciento sobre la cantidad mal aplicada, si resultare daño o entorpecimiento del servicio público”.*

También el país de Nicaragua, sanciona la comisión del delito de malversación de fondos, con pena de multa.

K. La convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el Capítulo III, sobre Penalización y Aplicación de la Ley (Artículo 17), en el punto de Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público, señala expresamente: “Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o

cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo”.

- L.** En Alemania, la ley de reforma del Código Penal, de 2 de marzo de 1974, significó una remodelación total de los delitos funcionariales, por la que, entre otros, se derogaron los delitos de malversación de caudales públicos contenidos en los §§ 350 (“einfache Amtsunterschlagung”) y 351 (“schwere Amtsunterschlagung”). Sin embargo, esta supresión obedeció en gran medida a razones particulares de dicho ordenamiento, debido a la radical desproporción que existía entre los marcos penales correspondientes a estos delitos –calificados como delitos especiales impropios– y el tipo común de apropiación indebida (§ 246 StGB).

Sobre este punto el Tribunal Constitucional Alemán, ha señalado que “en el área de imposición de penas por parte del Estado, del principio de culpabilidad -basado en el artículo 10 de la Ley del Estado de Derecho y de las garantías de libertad se deduce que la gravedad de un hecho punible y la culpabilidad del autor deben estar en proporción justa en cuanto a la pena. Una amenaza de pena no debe ser desmesurada en relación con el tipo y gravedad de la conducta que se desea castigar. La situación de hecho y las consecuencias jurídicas deben adecuarse objetivamente. (a esto se le denomina también principio de prohibición de exceso)”

4.3.4. El principio de proporcionalidad en el sistema constitucional peruano

La Constitución de 1993 ha establecido en el último párrafo del artículo 200° de manera expresa el principio de proporcionalidad, al permitir a los jueces evaluar las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, dictadas en estados de excepción [estado de emergencia y estado de sitio], a través de las acciones de garantía de amparo y habeas corpus. Del sentido literal de la norma pareciera que el principio se delimita al ámbito de estos supuestos de excepción, sin embargo, conforme a la doctrina jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional, este principio al tener connotación constitucional comprende todo el ámbito del derecho, constituye un principio angular del sistema jurídico de todo Estado Constitucional de derecho, como es el caso del Estado peruano, en tanto se convierte en el baremo para evaluar si las acciones desplegadas por los poderes públicos no lesionan los derechos fundamentales y, en caso de que sí lo hagan, estén fáctica y jurídicamente justificadas.

El Tribunal Constitucional, partiendo de los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, ha precisado que: El principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales.

El principio de proporcionalidad al derivar de la cláusula del Estado de Derecho, no solamente comporta una garantía de seguridad jurídica, sino que –además– supone la efectivización de reales y precisas exigencias de justicia material.

Si bien es cierto que el principio de proporcionalidad se fundamenta en la naturaleza de la cláusula de Estado de Derecho y en el valor justicia, es tal vez tan igual, o más de importante que éstos, la dignidad humana como base fundante, en tanto constituye el fin supremo de la sociedad y el Estado, como reza el artículo 1° de la Constitución Política⁷⁵

Como señala Castillo Córdova, “el juicio de idoneidad exige que la agresión del contenido constitucional prima facie de un derecho fundamental debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida y debe además ser apta para conseguir esa finalidad. Si la restricción, sacrificio o lesión de un derecho fundamental cumple esta doble exigencia, deberá ser considerada como una medida que ha superado el juicio de idoneidad”⁷⁶

Fernández Nieto, señala que “la norma será necesaria si no hay otra más suave que tenga igual o mayor eficacia (sea, en su intensidad, extensión o duración). El principio de necesidad se edifica sobre el de idoneidad (...) es decir, presume la existencia de varios medios útiles entre los que es posible

⁷⁵CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2010) Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad. Grigley. Lima. Págs.117 -118.

⁷⁶ Ibíd. Pág.305

optar. Si, por el contrario, no hay más que un instrumento idóneo para la satisfacción de la finalidad perseguida, será por definición necesario puesto que no habrá elección ni contraste posible”⁷⁷. Al respecto, cabe precisar que el juicio de necesidad no tiene por objeto seleccionar el medio más eficaz o más idóneo, por el contrario solamente persigue expulsar al innecesario. Por ello se trata de una valoración negativa que sólo enjuicia si el medio elegido es necesario para alcanzar el fin concreto trazado, mas no tiene como objeto determinar si la medida en sí misma es o no necesaria; el juicio positivo corresponderá al de ponderación. Por tanto, se afirma que en el sub principio de necesidad no solamente se acepta el fin de la intervención en un sentido neutro, sino también el concreto grado de efectividad de la medida.

4.3.5. Naturaleza jurídica de la pena

Oros Carrasco manifiesta que “La pena consiste siempre en una privación o restricción de bienes jurídicos. La sanción penal no equivale a la imposición de cualquier privación o restricción de derechos, sino que constituye una privación o restricción de bienes jurídicos controlada legalmente y revestida de garantías penales y procesales. Las consecuencias de la aplicación de las penas significan lo siguiente:

- La restricción de determinados bienes expresamente prevista en la ley, sometida al principio de legalidad.

⁷⁷FERNÁNDEZ NIETO, Josefa (2009). El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo. Dykinson. Madrid. Pág.359

- La restricción de bienes jurídicos en forma temporal, no ilimitada ni perpetua, y menos aún irreversible, como en el caso de la pena de muerte.
- Debe ser impuesta por un órgano jurisdiccional competente, con todas las garantías del debido proceso penal”⁷⁸.

La pena supone, en consecuencia, privaciones, restricciones o ataques justificados, legítimos desde el punto de vista jurídico. Desde esta perspectiva debe conceptuarse la pena, no su finalidad como un mal o un castigo.

Sin embargo, el que la pena entrañe un componente de retribución, de mal o de castigo, de esto no debe deducirse que el fin de la pena sea el castigo del delito, es decir, la retribución o la venganza. El mal o castigo en que consiste la pena es, a lo sumo, un elemento de la misma, pero no su función ni su fin, o lo que es lo mismo, la pena no persigue el mal ni el castigo, sino fines preventivos y resocializadores.

Villavicencio Terreros, refiere que la pena: “Es conocida la fórmula dialéctica de Hegel sobre la esencia de la pena como la negación de la negación del derecho; la pena manifiesta la afirmación del derecho, por cuanto es la negación del delito que, a su vez, es la negación del derecho, y dado que la negación de la negación supone una afirmación,

⁷⁸ OROS CARRASCO, Rodolfo. Ob. Cit. Pág. 42

la pena es la afirmación del derecho, por consiguiente, la pena cumple una función en sí misma, sin perseguir fin alguno”⁷⁹.

Y el jusfilósofo Eugenio Raúl Zaffaroni considera que la pena: “Es una coerción, que impone una privación de derechos o un dolor y que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. Así, la pena es un ejercicio del poder. Es negativa porque no le asigna ninguna función positiva de la pena y se obtiene por exclusión de la sociedad al individuo”⁸⁰.

La imposición de la pena en un auténtico estado democrático y social de Derecho, en el cual todos los hombres han de ser iguales en su consideración y dignidad, impide que el hombre pueda ser visto como un medio en relación con otros hombres o con un propósito determinado, sea este el bienestar social, el orden público, etc. La finalidad de la imposición de la pena no puede ir más allá del fin propio del individuo dentro de una sociedad democrática, orientada a aumentar su capacidad de liberación y de participación en la vida comunitaria. Por ende, antes de formular cualquier finalidad para la sanción penal, es fundamental reparar en el hecho que sea cual fuere esta, jamás debe de hacer del hombre un medio o instrumento.

⁷⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (1990) Lecciones de Derecho Penal Parte General, Cultural Cuzco Editores. Lima. Pág. 36

⁸⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2000) Derecho Penal Parte General Tomo I. Editorial Ediar. Buenos Aires. Pág. 44

V. DISCUSIÓN

5.1. Discusión empírica

5.1.1. De la encuesta aplicada a los Magistrados

El 70% de los encuestados considera que el delito de malversación de fondos no es un delito de grave impacto social, que ocasione daños irreparables, ya que solo se da a los caudales una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados, sin que estos salgan de la esfera pública y el 30% no lo considera, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 01.

El cuadro y gráfico nos muestra que el 70% de los encuestados, considera que el funcionario público tiene razones y justificaciones para dar a los caudales una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados; mientras que el 30% no lo considera.

El 60% de los encuestados manifiestan que el funcionario público no se beneficia con la aplicación diferente de los caudales a que estuvieron destinados, y el 40% responde que sí, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 03.

El cuadro y gráfico N° 04 nos muestran que la mayoría de los encuestados, es decir el 90%, tienen conocimiento que existen procesos por la comisión del delito de malversación de fondos en los despachos fiscales, juzgados y salas de nuestro país; mientras que el 10%, señalan que no.

El 65% de los encuestados afirma estar de acuerdo, y el 35% responde estar en desacuerdo frente a la pregunta planteada, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 05.

El 60% de los encuestados da una respuesta negativa, sólo el 40% responde positivamente frente a la pregunta planteada, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 06.

El 92% de los encuestados considera que el derecho penal debe de penalizar sólo delitos de grave impacto social, que ocasionen daños irreparables, y sólo el 8% responde negativamente, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 07.

Asimismo, el Cuadro y Gráfico N° 08 nos muestra que el 92% de los encuestados, consideran que la sanción de un acto e incumplimiento de un deber, debe guardar cierta proporción con la magnitud de afectación del bien y que el 8% consideran que no.

El 78% de los encuestados afirma estar de acuerdo y el 22% responde estar en desacuerdo frente a la pregunta planteada, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 09.

Y que el cuadro y gráfico N° 10 nos muestra que la mayoría de los encuestados, es decir el 75% dan una respuesta afirmativa y sólo el 25% dan una respuesta negativa frente a la pregunta planteada.

5.1.2. De la encuesta aplicada a los Abogados Litigantes

El 70% de los encuestados considera que el delito de malversación de fondos no es un delito de grave impacto social, que ocasione daños irreparables, ya que solo se da a los caudales una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados, sin que estos salgan de la esfera pública y el 30% no lo considera, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 01.

El cuadro y gráfico N° 02 nos muestra que el 80% de los encuestados, considera que el funcionario público tiene razones y justificaciones para dar a los caudales una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados; mientras que el 20% no lo considera.

El 80% de los encuestados manifiestan que el funcionario público no se beneficia con la aplicación diferente de los caudales a que estuvieron destinados, y solo el 20% responde que sí, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 03.

El cuadro y gráfico N° 04 nos muestran que el 60%, tienen conocimiento que existen procesos por la comisión del delito de malversación de fondos en los despachos fiscales, juzgados y salas de nuestro país; mientras que el 40%, desconocen.

Se obtuvo que el 80% de los encuestados afirma estar de acuerdo, y solo el 20% responde estar en desacuerdo frente a la pregunta planteada, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 05.

El 80% de los encuestados da una respuesta negativa, y sólo el 20% responde positivamente frente a la pregunta planteada, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 06.

El 90% de los encuestados considera que el derecho penal debe de penalizar sólo delitos de grave impacto social, que ocasionen daños irreparables, y sólo el 10% responde negativamente, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 07.

Del mismo modo el Cuadro y Gráfico N° 08 nos muestra que el 90% de los encuestados, consideran que la sanción de un acto e incumplimiento de un deber, debe guardar cierta proporción con la magnitud de afectación del bien y que el 10% consideran que no.

El 90% de los encuestados afirma estar de acuerdo y sólo el 10% responde estar en desacuerdo frente a la pregunta planteada, tal como se observa en el Cuadro y Gráfico N° 09.

Asimismo, el cuadro y gráfico N° 10, nos muestra que la mayoría de los encuestados, el 90% dan una respuesta afirmativa y sólo el 10% dan una respuesta negativa frente a la pregunta planteada.

5.2. Discusión teórica

5.2.1. Polémica sobre el delito de malversación de fondos

El tema de la preservación de la figura de desviación de fondos públicos suscita polémica entre los autores. A favor de la subsistencia del delito se ha manifestado recientemente Guzmán Dálbora, quien, tras recordar la afirmación de Muñoz Conde en el sentido de que “tampoco puede olvidarse que los presupuestos públicos se hacen en función de la adscripción de determinadas cantidades a determinados servicios y que esta adscripción no puede ser cambiada arbitrariamente por el funcionario sin razones muy poderosas”⁸¹, agrega que el delito que nos ocupa “permite sancionar una vasta gama de conductas que entorpecen seriamente el impulso administrativo, la gestión objetiva de los medios económicos del Estado y los fines de beneficio social a que responden, todo lo cual recomienda preservar la infracción”⁸².

En resumidas cuentas las consecuencias del Derecho penal son, siguiendo a Roxin, “que las conminaciones penales se justifican sólo, y siempre, por la necesidad de protección, preventivo-general y subsidiaria, de bienes jurídicos y prestaciones”⁸³.

Abanto Vásquez, afirma “...que, en la práctica, algunos casos de “desvío de destino” pueden ser tan graves como los de “aplicación privada” (peculado).

⁸¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. Pág. 779.

⁸² *Ibidem*. Pág. 798

⁸³ ROXIN, Claus. Ob.Cit. Pág. 9

Y es que todo depende de la finalidad para la cual estaban destinados los bienes públicos; no es lo mismo que en vez de construir una escuela, un hospital o atender una emergencia pública (terremoto, plagas, epidemias, etc.), se apliquen los fondos para la construcción de una piscina pública o para mejorar el ornato público. Además, muchos casos de “malversación” pueden ocultar verdaderos favorecimientos del funcionario público a terceros interesados. ej. En vez de construir la carretera A, cuya licitación había ganado una empresa X, se invierten los fondos para la prestación del servicio B, en manos de una empresa amiga del funcionario y mediante “adjudicación directa” (de conformidad con la ley)”⁸⁴

Para Frisancho Aparicio “El bien jurídico genéricamente protegido es el normal desenvolvimiento de la Administración pública, pero, en el caso de la malversación de fondos, se vulnera, específicamente, el orden legal que rige las inversiones de la renta pública.”⁸⁵

Guzmán Dálbora, agrega que el delito de malversación “permite sancionar una vasta gama de conductas que entorpecen seriamente el impulso administrativo, la gestión objetiva de los medios económicos del Estado y los fines de beneficio social a que responden, todo lo cual recomienda preservar la infracción”⁸⁶.

⁸⁴ ABANTO VASQUEZ, Manuel, Ob. Cit. Pág.380

⁸⁵ FRISANCHO APARICIO Manuel (2002) Delitos contra la Administración Pública, Lima. Pág. 345

⁸⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, Ob. Cit. Pág. 779.

Sin embargo, atendiendo al resultado de las jurisprudencias referidas (de los procesos de investigación), puedo referir que la comisión del delito de malversación de fondos, aunque se trate de una aplicación pública de los fondos, ésta ha de ser una aplicación diferente a la que estaban destinados. Dicho destino será, primordialmente, la ley (en particular, en la ley de presupuesto), pero que también puede estar precisado por reglamentos, por decretos y aun por órdenes de los superiores del servicio dentro del ámbito de sus atribuciones legales. Esto último obliga a recurrir a disposiciones extra-penales para determinar cuándo se configura el ilícito penal, el que resulta un ilícito altamente normativizado. Aun cuando la acción se encuentra descrita en el precepto sin necesidad de indagar el contenido de las normas sobre inversión de fondos, la conducta consiste en aplicar o invertir los fondos públicos a un destino diferente, su carácter típico no puede precisarse acabadamente sin recurrir a las disposiciones que reglamentan la inversión de los fondos. La disposición puede, por tanto, calificarse como una ley penal en blanco, porque la tipicidad de la conducta depende de que ella se haya verificado con infracción de dichas normas extra-penales.

Y en relación con el objeto material, la ley hace referencia a caudales o efectos, que necesariamente han de ser públicos, en cuanto son administrados por un funcionario público, y que, además, deben tener asignada una finalidad, sea por ley, por disposiciones de rango inferior o por mandato de la autoridad competente. El sujeto activo del delito, desde luego,

ha de ser un funcionario público; pero ha de ser un funcionario que cuente con competencias específicas para aplicar los fondos, esto es, que cuente con la facultad de disposición de los mismos, sin que baste el solo hecho de que el funcionario tenga a su cargo los fondos, o que los tenga en custodia o depósito, como sucede en otros delitos de este mismo grupo. Se trata acá de un funcionario que, en razón de su cargo, está autorizado para efectuar pagos o realizar inversiones.

Y que el dolo de este delito implica el conocimiento de que se está dando a los fondos una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados. Es decir, el funcionario ha de conocer el destino de los caudales o fondos, establecido en virtud de las leyes o reglamentos pertinentes, y saber que la aplicación que da a los fondos no corresponde con ello. La doctrina, y como refieren los jueces y los vocales, en las sentencias y ejecutorias, la figura delictiva sólo puede cometerse con dolo directo, el error o desconocimiento de las normas extra-penales que establecen el destino de los caudales o fondos administrados puede producir un error de tipo, que determinará la impunidad penal del funcionario al no existir figura culposa de referencia. Ahora bien, las posibilidades de que se verifique un error de esta clase quedan restringidas por tratarse de un delito especial referido a un círculo muy reducido de autores, esto es, funcionarios con competencias de administración. Por lo mismo, resulta prácticamente inimaginable un error de prohibición inevitable, en virtud de los deberes

específicos que conciernen al funcionario competente para realizar la conducta típica.

Y que al tener claro, lo expuesto líneas arriba, y en relación a las ejecutorias y sentencias referidas, los vocales han centrado su decisión básicamente en que no existe prueba suficiente, no emanan los elementos del tipo penal, la inexistencia de causa probable, para condenar a los acusados; y, que la emisión de las sentencias condenatorias respectivas no pueden fundarse en meras sospechas, presunciones o impresiones de la comisión de un hecho imputable penalmente, sino que debe partir de la constatación de un hecho cierto, si se quiere de un medio de prueba que indique fuera de toda duda, la probable comisión de un ilícito. Así que como se aprecia no se puede pedir certeza en la etapa del proceso, pero tampoco se puede sostener que se aperture proceso penal con meras conjeturas, sindicaciones referenciales, por tanto, se debe reunir elementos de juicio tangibles, sobre el hecho punible y su vinculación con el autor o partícipe.

Y de hacer lo contrario, a todo lo mencionado, se estaría vulnerando los derechos fundamentales de los procesados y/o acusados, y de modo que no estaría en relación al Derecho Moderno.

Siendo también que el delito de Malversación de Fondos, no responde a las exigencias actuales de un Derecho Penal Moderno debido a que transgrede principios de un Estado Social y Democrático de Derecho (Hipótesis

específico). Valido los señalado, diciendo que el principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesario para proteger a la sociedad, ello implica límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Y, la concepción del estado democrático obliga a poner el Derecho Penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de límites que se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad, racionalidad, humanidad y de merecimiento y necesidad de la pena.

5.2.2. El Derecho penal mínimo o Derecho penal garantista o de mínimo intervención

La **Teoría del Derecho Penal Mínimo** representa lo que debería ser el Derecho penal del sistema democrático de derecho, pues según Luigi Ferrajoli “El término Estado de derecho se usa como (...) sinónimo de garantismo”⁸⁷. Proponiendo por tanto la humanización, a fin de tener consideración del procesado por este tipo de delito.

En la Teoría de la Pena, Rodolfo Oros Carrasco refiere que “en la actualidad, se trata de fundamentar el sentido y límite de la pena, y con ello, del mismo sistema penal, desde la óptica de los derechos humanos y la

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit. Págs. 856-857

filosofía humanista. En la base de todas las normas se encuentra el principio de la dignidad de la persona humana que parte del postulado que todos los hombres, por su condición de tales, tienen un valor intrínseco. Cualquier excepción implica una derogación del principio. Por consiguiente, el delincuente, el procesado, el condenado, quien de alguna manera queda inmerso dentro de la función represiva del sistema penal, tiene derecho a que se respete su dignidad y su condición de sujeto de derecho”⁸⁸.

5.2.3. La infracción del Funcionario Público en la vía administrativa

Tal es así que la Ley 29622° incorpora en la Ley de la Contraloría el Artículo 40° que dice: *La contraloría ejerce la potestad para sancionar, por cuanto determina la responsabilidad funcional e impone una sanción derivada de los informes de control emitidos por los órganos de sistema;* está precisando que no podría convertirse este sistema disciplinario administrativo en un sistema absoluto o sea que cubra todo tipo de denuncias, aquí la regla de ilicitud va devenir o va provenir de los informes de auditoría que hagan los entes encargados de la contraloría. Es decir, esto no es un cajón de sastre en el que puede entrar todo tipo de denuncias que hagan los ciudadanos, esto es un marco de garantía. Ya que actualmente la vía penal, a cualquier denuncia o a cualquier violación, la fiscalía comienza, en la generalidad de los casos, a investigar, más aún cuando se instrumentaliza políticamente las denuncias.

⁸⁸ OROS CARRASCO Rodolfo. Ob. Cit. Págs. 110-111

Para lo referido Rojas Vargas, refiere: “Que en las infracciones que suponen violación a principios de la actuación del funcionario tenemos: **a)** infracción contra el principio de veracidad, lo que supone faltar a la verdad o incurrir en cualquier forma de la falsedad en los procedimientos en los que participe por razón de su función, elaborar o usar documentos falsos que sea necesario para probar un derecho; **b)** infracciones contra el principio de lealtad u obediencia; **e)** infracciones en contra del principio de lealtad; **d)** infracción contra el deber de neutralidad y así otras infracciones. Sin embargo, existen otras irregularidades como las infracciones contra prohibiciones a mantener intereses en conflicto, esto nos lleva a entender, que ahora la Contraloría tiene un ámbito de infracción de procedimientos y sanciones que son ya de su competencia y muchas de estas infracciones en cumplimiento de deber están en función de delito de abuso de autoridad, de colusión y de peculado”⁸⁹.

Por tanto, ahora ya se puede establecer lo que siempre se ha mencionado del derecho penal: que el derecho penal es fragmentario, que dejemos que la vía administrativa previamente, sustancie la infracción. Ahora ya tenemos las herramientas para afirmar ello: la norma y el reglamento, por ello antes de efectuar denuncias en la vía penal la contraloría tienen que hacer investigación previa y determinar: si ello es una infracción disciplinaria se queda allí; si la contraloría determina el comportamiento del agente supera una infracción disciplinaria porque su dolo ha significado entender que

⁸⁹ ROJAS VARGAS Fidel. Ob. Cit. Pág. 118

estaba infringiendo normas de contenido penal, entonces la contraloría suspenderá el procedimiento administrativo y lo enviará a la vía penal, para evitar la doble valoración o *nebis in ídem*. Al derecho penal se debe acudir cuando las otras vías han sido normativamente insuficientes porque la infracción no solo es administrativa, sino tienen contenido penal.

Que actualmente las autoridades, alcaldes y/o regidores, entre otros funcionarios y servidores públicos, tienen varios procesos de investigación, en mérito a denuncias realizadas por distintos tipos de persona, por tanto, es necesario aplicar el principio de última ratio, el principio de fragmentariedad, sino el derecho penal se va a convertir o se va constituir en el derecho continente, en el derecho al que todos acuden para solucionar problemas de índole diversa no necesariamente penal.

También “en el derecho comparado no existe uniformidad en cuanto a la tipificación del delito de Malversación de Fondos, sin embargo, un sector mayoritario se inclina por una pena de multa atendiendo a la poca lesividad del bien jurídico” (Hipótesis específico)

5.3. Validación de la hipótesis

Al resultado de los datos desarrollados, en la sección anterior, la proposición para la despenalización del delito de malversación de fondos del ordenamiento penal peruano, se concretiza. Siendo que se consiguió afirmar que la “La Teoría de los Derechos Fundamentales, del Derecho Penal

Mínimo y de la Pena, son los fundamentos doctrinales constitucionales y penales que justifican la despenalización del delito de Malversación de Fondos del Código Penal Peruano” (Hipótesis general), ya que se debe decir que el Derecho penal está destinado a proteger los bienes jurídicos más importantes (que podrían ser identificados con los derechos fundamentales y las libertades públicas), que son esencialmente los de convivencia, lo que es igual a decir que no toda tutela de los intereses de los ciudadanos debe dejarse al campo de actuación del derecho penal, ya que algunos deben ser asumidos por el propio Estado, como por ejemplo la política social⁹⁰. La protección que el Derecho penal da a estos bienes jurídicos más fundamentales está destinada no sólo a la prevención del delito (postura de carácter utilitarista), también al freno al *ius puniendi* estatal o violencia primitiva del Estado (postura de carácter más garantista).

Asimismo, ante la sanción, con pena privativa de libertad, ante la comisión del delito de malversación de fondos, se está vulnerando los derechos fundamentales, con especial mención la libertad y dignidad, contrarios a lo que refiere, en la actualidad Marcial Rubio considera que: “Los derechos fundamentales son el conjunto de derechos y libertades que, por ser inherentes al ser humano, se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico constitucional y positivo”⁹¹. Son, así los derechos humanos positivados en la Constitución. Y como Nogueira Alcalá refiere “los derechos fundamentales, “son el conjunto de facultades e instituciones

⁹⁰ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Ob. Cit. Pág. 203

⁹¹ RUBIO CORREA, Marcial y OTROS. Ob Cit. Pág. 19

que concretan las exigencias de la libertad, la igualdad la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando verdadero subsistema”⁹².

Y que, sin desconocer la necesidad de brindar adecuada tutela a los aspectos presupuestarios de la gestión administrativa, algunos autores plantean que para tal efecto debería ser suficiente una sanción administrativa, como sucede actualmente en la legislación española, tras la desaparición de la figura análoga que tradicionalmente habían contemplado los códigos de aquel país, afirmaciones que refuerzan la hipótesis planteada:

A diferencia del peculado, aquí no se da un destino privado a los bienes públicos, sino un destino público, aunque distinto a aquél que estaba previsto. Y es que el patrimonio de la administración pública no es igual al de los particulares, pues, además de su contenido económico, reúne otros elementos específicos, tal como ha destacado Klaus 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

⁹² NOGUEIRA ALCALA, Ob. Cit. Págs. 28-29

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

Así se entiende también en la legislación española, la cual ha mantenido el tipo de “malversación impropia” en el art. 433, aunque con una penalidad muy reducida en caso de reintegro total de lo distraído (multa de seis a doce meses y suspensión temporal del empleo o cargo público).

La tendencia de la doctrina ha sido siempre desde Groizard, la de considerar este delito como una simple infracción disciplinaria que debería ser excluida del ámbito penal. Evidentemente este tipo de malversación formal viene impuesta muchas veces por razones del servicio y por las circunstancias cambiantes que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de la adscripción de los caudales. Pero tampoco puede olvidarse que los presupuestos públicos se hacen en función de la adscripción de determinadas cantidades a determinados servicios y que esta adscripción no puede ser cambiada arbitrariamente por el funcionario sin razones muy poderosas para ello, en casos anormales de catástrofes, inundación, etc.

Entonces se tiene que lograr que la respuesta a la infracción o al conflicto generado, en una malversación de fondos, no sea de naturaleza penal, sino de índole y naturaleza administrativa, dejando que sea el derecho administrativo el que, a través de sus diversos procedimientos, en fiel

cumplimiento de los principios de última ratio del derecho penal y de proporcionalidad de las penas, resuelva lo generado.

Que frente a la hipótesis general planteada, y en contra de una corriente doctrinaria que exige la descriminalización de esta figura para dejarla en el campo meramente administrativo, soy consciente que se afirma que debe constatarse que, en la práctica, algunos casos de desvío de destino pueden ser tan graves como los de aplicación privada (como peculado). Y es que todo depende de la finalidad para la cual estaban destinados los bienes públicos.

Y de la revisión del derecho comparado, en España, el Código Penal de 1995 llevó a cabo una profunda reforma del delito que nos ocupa. Desaparecieron de su texto tres figuras que tradicionalmente habían formado parte de este grupo de infracciones: la llamada “malversación culposa”, la malversación por aplicación pública diferente (o desviación de fondos públicos, según la terminología aquí utilizada) y la negativa a hacer un pago o entrega de bienes bajo administración o custodia del funcionario (artículos 395, 397 y 398 del Código Penal de 1973, respectivamente). La regulación española actual incorpora una nueva modalidad de malversación: el artículo 434, que penaliza la aplicación privada con ánimo de lucro de bienes muebles o inmuebles de la Administración. Su introducción responde, por un lado, a la contingencia política y, por otro, persigue poner un tope al creciente aprovechamiento privado de la infraestructura pública.

Se incorpora, enseguida, el “ánimo de lucro” como elemento subjetivo del tipo en los artículos 432 y 434; y desaparece, por último, el sistema de determinación de la pena con base en la cuantía de lo malversado.

En Costa Rica, Guatemala y Nicaragua no existe la pena privativa de libertad por la comisión del delito de malversación, sino que es sancionada con multa, así como en Argentina la sanción por la comisión del delito, es una inhabilitación, con la agravante de multa, careciendo de la pena privativa de libertad.

Resaltando también que en Honduras, la sanción por la comisión del delito de malversación es también de multa e inhabilitación, sin ánimo de sancionar con una restricción de derechos fundamentales y en Chile, del mismo modo, sin perjudicar la libertad del comisionado por el delito de malversación de fondos, sanciona con una suspensión del empleo.

Y el impedimento legal para optar al ejercicio de cargos públicos (inhabilitación), considero excluyente, ilegal, discriminatoria y sobre todo la respuesta penal es desproporcionada, por supuesto que no me aparto de la idea de que las personas que van a ejercer cargos públicos, sean de honradez y honorabilidad reconocida, probas, idóneas, con principios éticos y morales, empero, se condena a un malversador que sólo por no tener disponibilidad en esos momentos para efectuar un gasto en un rubro determinado, utiliza fondos de otro renglón presupuestario para satisfacer

esa necesidad, sin que exista apropiación de dichos fondos, mientras que por otro lado, excluye al delito de peculado, en donde el funcionario, si se apropia de los fondos y la sanción que contempla es más severa, pero a pesar de ello, este sujeto, si puede optar a cargos públicos, porque la norma no se lo prohíbe, y transgrediendo de esa forma el derecho de igualdad.

La circunstancia de que la acción típica se constituya en un cambio de destino de los bienes que son aplicados al que no corresponde, requiere, primordialmente, que los caudales o efectos estén expresamente asignados por la ley, el reglamento o la orden emanada de autoridad competente, a un destino determinado. El destino se cambia afectando los bienes a otro distinto del legalmente determinado, pero sin salir de la esfera de la administración (lo contrario sería ya peculado); es decir, dándole un destino administrativo diferente, que conlleva a la condena privativa de libertad más inhabilitación. Y que doctrinariamente la pena es la más grave de las sanciones establecidas dentro del ordenamiento jurídico.

De tal manera, es importante resaltar que la pena, a diferencia de otras sanciones contempladas por el ordenamiento jurídico, afecta a los bienes más importantes de un individuo: su vida, su libertad y su patrimonio.

No se puede ignorar que el principio de intervención mínima está basado en último término en el reconocimiento de un cierto déficit de legitimación del Derecho Penal, que se origina en la interacción entre la gravedad de las

sanciones susceptibles de imponerse a los ciudadanos a través de este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida.

Por tanto, de conformidad con el principio de proporcionalidad una ley que restrinja derechos fundamentales debe ser adecuada para lograr la finalidad pretendida, esta finalidad únicamente puede ser la protección de un bien jurídico.

VI. CONCLUSIONES

1. Los Derechos fundamentales, El derecho penal mínimo y la pena, teorías que constituyen fundamentos doctrinales, constitucionales y penales que justifican la despenalización del delito de Malversación de Fondos del Código Penal Peruano, debido a que los mismos son la denominación de las concepciones que promueven la máxima reducción de la intervención penal y la mayor ampliación o extensión de los límites de los derechos y garantías.
2. Que el delito de malversación de fondos no es un delito de grave impacto social, que ocasione daños irreparables, ya que sólo se da a los caudales una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados, sin que estos salgan de la esfera pública y que su tipificación vulnera derechos fundamentales (libertad, honor, entre otros), por tanto los resultados permiten señalar que frente a la despenalización del delito de malversación de fondos del ordenamiento penal peruano, el Estado Peruano y sus funcionarios desarrollen sus funciones de acuerdo a las necesidades y que su actuar no sea bajo responsabilidad penal, sino que dicho actuar de los funcionarios, tan sólo ser contralada por el órgano de control, la Contraloría General de la República, y así responder a las exigencias actuales de un Derecho Penal Moderno.

3. En un Estado democrático la ley no puede criminalizar el simple incumplimiento de deberes personales, ni fundar el castigo en la opinión que las personas tengan acerca de un ente colectivo, si lo uno y lo otros no tienen un correlato en los derechos o en las legítimas expectativas de la ciudadanía. Por ello, se dice que la probidad administrativa y el prestigio de la Administración no son más que condición, la primera, y consecuencia, el segundo, del correcto desempeño de la función pública, interés que la opinión dominante en la doctrina propone como bien jurídico protegido en esta clase de delitos.

VII. RECOMENDACIONES

1. Que el Ministerio Público y el Poder Judicial deben tener en cuenta que el derecho penal no puede aplicarse como la solución a toda la problemática, porque el derecho penal es una isla, es fragmentario, al derecho penal se debe acudir cuando las otras vías han sido normativamente insuficientes porque la infracción no solo es administrativa, sino tienen contenido penal, y así aplicar la última ratio y el principio de fragmentariedad, que dice que el derecho penal no lo es todo. Ya que en un Estado democrático la Ley no puede criminalizar el simple incumplimiento de deberes personales.
2. Que los legisladores, deben tener en cuenta que la pena debe ser una manifestación del principio de intervención mínima y los tipos de penas deben estar orientados a la satisfacción de fines sociales, pero, sin instrumentalizar al individuo en beneficio de la sociedad, porque la pena es un mal que genera un alto coste social debido a los efectos estigmatizantes y deteriorantes que provoca sobre la persona que la padece, estos efectos tan negativos no pueden ser soslayados por el legislador al momento de establecer una pena, puesto que el autor del delito no deja de ser sujeto de protección del Estado, asimismo deben verificar la “lesividad” dirigida a los distintos “objetos de protección” que tal bien jurídico englobe, siendo que la doctrina penal y la legislación penal reciente ha emprendido la tarea de adecuar los delitos contra la administración pública a un entendimiento moderno del Estado de Derecho.

3. Que sea la Contraloría General de la República u otro, la que además de fiscalizar el buen uso y manejo de los presupuestos nacionales y municipales, la institución que tramite e imponga las sanciones correspondientes, ya como sanciones administrativas y no penales.

VIII. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- ABANTO VAZQUEZ, MANUEL (2003). *“Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano”* 2º edición. Palestra. Lima.
- ALEXY, ROBERT (1993). *“Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales”*. Madrid.
- ANSUÁTEGUI ROIG, FRANCISCO JAVIER (2007). *“La conexión conceptual entre el estado de derecho y los derechos fundamentales. Grijley”*. Lima.
- ARANZAMENDI, LINO (2011). *“Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho. Editorial Jurídica Grijley”*. Lima.
- CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS (1999). *“Derecho penal: concepto y principios constitucionales”*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- CARO JHON, JOSÉ ANTONIO (2014). *“Manual teórico-práctico de teoría del delito”*. ARA Editores. Lima.
- CASTILLO ALVA JOSE LUIS, LUJAN TÚPEZ MANUEL Y ZA VALETA RODRIGUEZ ROGER (2004). *“Razonamiento Judicial: Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales”* Gaceta Jurídica. Lima.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2004). *“Título Preliminar Parte General principios generales del Código Penal”*. Gaceta Jurídica. Lima.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2010). *“Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”*. Grigley. Lima.
- CONSTRUYENDO CIUDADANÍA FORJAMOS UN PAÍS SIN CORRUPCIÓN (2012). *“Conceptualizando la corrupción un aporte desde PSF”*. Lima.

- DE MATA VELA, JOSÉ FRANCISCO Y DE LEÓN VELASCO HÉCTOR ANIBAL (1997). *“Derecho penal II”*. Parte Especial 9º edición. Editorial Llerena. Guatemala.
- GARCIA TOMA, VICTOR (2008). *“Los Derechos Fundamentales en el Perú”*. Jurista Editores. Lima.
- GASCÓN ABELLÁN, MARINA (2001). *“Teoría General del Garantismo a propósito de la obra de L.Ferrajoli Derecho y Razón”* Universidad de Castilla. Valencia.
- GASCON ABELLAN, MARINA Y GARCIA FIGUEROA, ALFONSO (2005). *“La argumentación en el derecho”*. Editorial Palestra. Lima.
- GONZALES CUELLAR SERRANO, NICOLÁS (1990). *“Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”*. Colex. Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi (1995). *“Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal traducido”*. Trotta. Madrid.
- FERNÁNDEZ NIETO, JOSEFA (2009). *“El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo”*. Dykinson. Madrid.
- FLORES POLO, PEDRO (2002). *“Diccionario Jurídico Fundamental”*. Editorial Grijley. Lima.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (1991). *“Derecho penal Parte Especial”*. 8va edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia.
- NOGUEIRA ALCALA, HUMBERTO (2009). *“La Interpretación constitucional de los derechos humanos”*. Ediciones legales. Lima.
- NOLASCO VALENZUELA JOSE y AYALA MIRANDA ERIKA (2013). *“Delitos contra la Administración Pública”*. Tomo I. Lima.
- OROS CARRASCO, RODOLFO (2014). *“El Derecho Penal en la era de la Postmodernidad”*. Grijley. Lima.
- ORTIZ FRIDA GARCÍA MARIA DEL PILAR (2004). *“Metodología de la Investigación”*. Editorial Limusa. México.
- OSORIO, MANUEL (1981). *“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”*. Editorial Heliasta. Buenos Aires.

- POLAINO NAVARRETE, MIGUEL (2004). *“Derecho Penal Modernas Bases Dogmáticas”*. Grijley. Lima.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO (1996). *“Curso de Derecho Penal – Parte General”*. CEDECS Editorial. Barcelona.
- QUIROZ SALAZAR, WILLIAM F. Y ARAYA VEGA ALFREDO G. (2014). *“La Prisión Preventiva desde la perspectiva constitucional, dogmática y del control de convencionalidad”*. Ideas solución Editorial. Lima.
- RAMOS NÚÑEZ CARLOS (2005). *“Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento”*. Gaceta Jurídica. Lima.
- RAMOS SUYO, JUAN ABRAHAM (2004). *“Elabore su tesis en Derecho: Pre y Postgrado”*. Editorial San Marcos. Lima.
- REÁTEGUI SANCHEZ, JAMES (2014). *“Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración pública”*. Jurista Editores. Lima.
- ROBLES TREJO, LUIS Y OTROS (2012). *“Fundamentos de la investigación científica y jurídica”*. Editorial Fecatt. Lima.
- ROBLES TREJO, LUIS (2014). *“Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica”*. Editorial Ffecaat. Lima.
- RODRIGUEZ VASQUEZ, JULIO ALBERTO Y OTROS (2014). *“Compendio Jurisprudencial sistematizado Prevención de la corrupción y justicia penal”*. Gráfica DELVI. Lima.
- ROJAS SORIANO, RAÚL (2004). *“El Proceso de la Investigación Científico”*. Editorial Trillas. México.
- ROJAS VARGAS, FIDEL (1999). *“Delitos contra la administración pública”*. Grijley. Lima.
- ROJAS VARGAS, FIDEL (2007). *“Delitos Contra La Administración Pública”*. Grijley. Lima.
- ROXIN, CLAUS (1998). *“Problemas básicos del Derecho penal”*. Editorial REUS. Madrid

- RUBIO CORREA, MARCIAL y OTROS (2010). *“Los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del tribunal Constitucional”*. Fondo Editorial de la pontificia universidad Católica del Perú.
- SALINAS SICCHA, RAMIRO (2011). *“Delitos contra la Administración”* Pública 2º edición. GRIJLEY. Lima.
- SALINAS SICCHA, RAMIRO (2014). *“Delitos contra la Administración”* Pública 3era edición. GRIJLEY. Lima.
- SANZ MULAS, NIEVES (2000). *“Alternativas a la pena para privativa de la libertad”*. Editorial Colex. Madrid.
- SOLIS ESPINOZA, ALEJANDRO (1991). *“Metodología de la Investigación Jurídico Social”*. Editorial Edigraf. Lima.
- VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE (1990). *“Lecciones de Derecho Penal Parte General”*, Cultural Cuzco Editores. Lima.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL (1999). *“Manual de Derecho Penal”* 2º edición. Editorial Ediar. Buenos Aires.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL (2000). *“Derecho Penal Parte General”* Tomo I. Editorial Ediar. Buenos Aires.
- ZELAYARAN DURAND, MAURO (2000). *“Metodología de la Investigación jurídica”*. Ediciones jurídicas. Lima.

WEBGRAFÍA

- <http://www.contraloria.gob.pe>
- <http://historico.pj.gob.pe>
- <https://mef.gob.pe>
- www.rae.es

ANEXOS

**MODELO DE CUESTIONARIO APLICADO A MAGISTRADOS Y
ABOGADOS LITIGANTES DE LA JURISDICCIÓN DE LA PROVINCIA
DE ANCASH**



**UNIVERSIDAD NACIONAL ESCUELA DE POSTGRADO
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO” Maestría en Derecho**

**ENCUESTA
“DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE
FONDOS”**

MOTIVO DE LA ENCUESTA: Tesis de Post grado

RESPONSABLE DE LA INVESTIGACIÓN: Bach.Saniya Rosario Haro

La presente encuesta es anónima y con fines académicos, sírvase a responder las preguntas marcando con una X:

1. ¿Considera usted que el delito de malversación de fondos no es un delito de grave impacto social, que ocasione daños irreparables, ya que solo se da a los caudales una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados, sin que estos salgan de la esfera pública?

SÍ

NO

2. ¿Considera usted que el funcionario público tiene razones y justificaciones para dar a los caudales una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados?

SÍ

NO

3. ¿Considera usted que el funcionario público se beneficia con la aplicación diferente de los caudales a que estuvieron destinados?

SÍ

NO

4. ¿Actualmente existen procesos por la comisión del delito de malversación de fondos en los despachos fiscales, juzgados y salas de nuestro país?

SÍ

NO

5. ¿Considera usted que la penalización del delito de malversación de fondos vulnera derechos fundamentales (libertad, honor, entre otros)?

SÍ

NO

6. ¿Considera que la penalización del delito de malversación de fondos es compatible con el Derecho Penal Moderno y los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho?

SÍ

NO

7. ¿Considera usted que el derecho penal debe de penalizar sólo delitos de grave impacto social, que ocasionen daños irreparables?

SÍ

NO

8. ¿Considera que la sanción de un acto e incumplimiento de un deber, debe guardar cierta proporción con la magnitud de afectación del bien?

SÍ

NO

9. ¿Está de acuerdo con la despenalización del delito de malversación de fondos?

SÍ

NO

10. ¿Considera que la despenalización del delito de malversación de fondos, tiene justificación en el Derecho comparado, debido a que un sector mayoritario se inclina por una pena de multa atendiendo a la poca lesividad del bien jurídico?

SÍ

NO

GRACIAS POR SU IMPORTANTE COLABORACIÓN

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO	PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES	PROCEDIMIENTOS METODOLÓGICOS
Despenalización del delito de Malversación de Fondos del Código Pena Peruano	<p>PROBLEMA GENERAL:</p> <p>¿Cuáles son los fundamentos doctrinales constitucionales y penales que justifican la despenalización del delito de Malversación de Fondos del Código Penal Peruano?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL:</p> <p>Explicar los fundamentos doctrinales constitucionales y penales que justifican la despenalización del delito de Malversación de Fondos del Código Penal Peruano.</p>	<p>HIPÓTESIS GENERAL:</p> <p>La Teoría de los Derechos Fundamentales, del Derecho Penal Mínimo y de la Pena, son los fundamentos doctrinales, constitucionales y penales que justifican la despenalización del delito de Malversación de Fondos del Código Penal Peruano.</p>	<p>V.I</p> <p>El Derecho penal Moderno</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Doctrina. 	<p>MÉTODO</p> <p>Tipo de Investigación: jurídico dogmático teórico-normativo y para tener mayor objetividad en la investigación se tomará la opinión de los magistrados y abogados, sin que ello implique la desnaturalización del tipo de investigación a emplear.</p> <p>Tipo de diseño: No Experimental</p> <ul style="list-style-type: none"> - Diseño general: Transversal o Transeccional - Diseño específico: descriptivo-explicativo-comparativo-propositivo <p>Métodos de Investigación:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Dogmático - Hermenéutico - Exegético - Dialéctico - Argumentación jurídica
	<p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS:</p> <p>C. ¿Si el delito de Malversación de Fondos incluido en el Código Penal Peruano, responde a las exigencias actuales de un Derecho Penal Moderno?</p> <p>D. ¿Cuál es el tratamiento jurídico penal del delito de Malversación de Fondos en el derecho penal comparado?</p>	<p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</p> <p>C. Explicar si el delito de Malversación de Fondos incluido en el Código Penal Peruano, responde a las exigencias actuales de un Derecho Penal Moderno.</p> <p>D. Describir el tratamiento jurídico penal del delito de Malversación de Fondos en el derecho penal comparado.</p>	<p>HIPÓTESIS ESPECÍFICOS:</p> <p>A. El delito de Malversación de Fondos, no responde a las exigencias actuales de un Derecho Penal Moderno debido a que transgrede principios de un Estado Social y Democrático de Derecho.</p> <p>B. En el derecho comparado no existe uniformidad en cuanto a la tipificación del delito de Malversación de Fondos, sin embargo un sector mayoritario se inclina por una pena de multa atendiendo a la poca lesividad del bien jurídico.</p>	<p>V.D</p> <p>Despenalización del delito de Malversación de Fondos</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Jurisprudencia. • Derecho comparado. • Código Penal. 	

