

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRÍA EN CIENCIAS

SECCIÓN: DERECHO

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS

EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS Y SU JUSTIFICACIÓN PARA DESCRIMINALIZAR SIN GENERAR IMPUNIDAD

Para optar el Grado Académico de
MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:
YEIMI YANINA CORREA ASTETE

Asesor:
Mg. RICARDO EUSTAQUIO SÁENZ PASCUAL

CAJAMARCA - PERÚ

2017

COPYRIGHT © 2017 by
YEIMI YANINA CORREA ASTETE
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



MAESTRÍA EN CIENCIAS

SECCIÓN: DERECHO

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS APROBADA

EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS Y SU JUSTIFICACIÓN PARA DESCRIMINALIZAR SIN GENERAR IMPUNIDAD

Para optar el Grado Académico de
MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:
YEIMI YANINA CORREA ASTETE

Comité Científico:

Mg. Jorge Salazar Soplapuco
Presidente

M.Cs. José Grández Odiaga
Primer miembro titular

Mg. Christopher Quispe Cabrera
Segundo Miembro Titular

M.Cs. Juan Tello Villanueva
Miembro Accesitario

Mg. Ricardo Eustaquio Sáenz Pascual
Asesor

Cajamarca – Perú

2017

A:

Mi madre y a mi padre, porque es el primer amor verdadero que conocí en la vida y porque fueron su inteligencia y determinación las que me dieron el impulso para tomar este camino que, aunque intrincado, me ha dado muchas satisfacciones.

“...hay que preguntarse nuevamente si la magnitud de este desvalor y la forma en que se lo produce justifican una intervención represiva que puede traducirse, incluso en un privación de libertad significativa acompañada por otras irrupciones importantes en la esfera del derecho del autor. ¿no dispone el ordenamiento jurídico de recursos menos lesivos y quizás más eficaces para reaccionar en contra de infracciones de este género? ¿no sería socialmente más rendidor y hasta económicamente más ventajosos implementar mejores sistema preventivos para evitarlas? O, por lo menos, ¿no sería preferible reservar la pena penal sólo para los casos en los que se ha producido perjuicio, y esto, por supuesto, dolosamente, a fin de evitar una indeseable calificación por el resultado?”

Enrique Cury Urzúa.

AGRADECIMIENTOS

A mis amigos cuyo apoyo diario ha sido un soporte excepcional en la elaboración de esta tesis.

Al doctor José Luis López Núñez, quien me apoyo en el presente trabajo de investigación, el mismo que sin su apoyo no hubiese podido culminar.

RESUMEN

Desde la dación del Código Penal de 1924 y con mayor énfasis el Código sustantivo de 1991, se ha considerado al delito de Malversación de Fondos dentro de los delitos cometidos contra la Administración Pública.

El presente trabajo apostó a justificar la descriminalización del referido delito por cuanto busca anotar sobre la importancia de anteponer el fondo del asunto antes que la simple forma, frente a bienes jurídicos institucionales, definidos a través de un “programa de intentos” más que con referencia a datos prepositivos, y necesariamente asumidos en una dimensión abstracta (pensamos, otra vez, en el ‘buen funcionamiento e imparcialidad de la Administración pública’), la codificación de un principio general de ofensividad no produciría ventajas considerables.

Así, la presente investigación, entonces, abriga la posibilidad de estudio tanto teórico como práctico del problema particular planteado en torno a la posibilidad o no de descriminalización del delito de malversación de fondos, habida cuenta que el bien jurídico protegido no comulga con el de los demás delitos contra la administración pública y, adicionalmente, no es posible probar, en la mayoría de los casos, la efectiva afectación dada su exigüidad.

ABSTRACT

Since the enactment of the Criminal Code of 1924 and with more emphasis on substantive Code of 1991, has considered the crime of Embezzlement in crimes against the public administration.

This paper decided to justify the decriminalization of the offense referred looks to score because of the importance of putting the merits before the simple versus institutional legal rights, defined through a "program attempts" rather than with reference a prepositional data and necessarily incurred in an abstract dimension (think, again, in the 'proper functioning and impartiality of public administration'), encoding a general principle of offensiveness not yield significant benefits.

Thus, the present research, then, entertains the possibility of both theoretical and practical study of the particular problem raised about the possibility or not of decriminalization of the offense of embezzlement, given that no legally protected partakes of other offenses against public administration and, additionally, can not test, in most cases, the effective involvement given its small size.

ÍNDICE

	Pág.
AGRADECIMIENTO	vi
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUCCIÓN	12
PRIMERA PARTE	16
MARCO METODOLÓGICO	16
CAPÍTULO ÚNICO	17
I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	17
1.1. Planteamiento del problema.....	17
1.2. Formulación del problema.....	21
1.3. Justificación de la investigación	22
1.4. Delimitación de la investigación.....	23
II. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	24
2.1. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN.....	24
III. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN	25
3.1. GENERAL.....	25
3.2. ESPECÍFICOS.....	25
IV. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	26
4.1. Unidad de Análisis, Universo y Muestra.....	26
4.2. Tipo de investigación	26
4.3. Nivel o alcance de la investigación	27
4.4. Diseño de la investigación.....	27
4.5. MÉTODOS	27
4.6. TÉCNICAS	29
4.7. INSTRUMENTOS	30
V. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS.....	30
SEGUNDA PARTE.....	32
DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO	32
CAPITULO I.....	33
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	33
1.1. GENERALIDADES.....	34

1.2. FUNCIÓN PÚBLICA	36
1.3. FUNCIONARIO PÚBLICO.....	38
1.4. SERVIDOR PÚBLICO	41
1.5. CLASES DE FUNCIONARIOS.....	42
1.6. SANCIONES ADMINISTRATIVAS.....	44
CAPITULO II.....	47
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	47
2.1. ANTECEDENTES.....	47
2.1.1. DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS O SERVIDORES PÚBLICOS	48
CAPITULO III.....	51
EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS.....	51
3.1. ANTECEDENTES.....	51
3.2. LA FIGURA PENAL DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS.....	52
3.3. CONCEPTO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS	56
3.4. SUPUESTOS DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS.....	57
3.5. AGENTES INTERVINIENTES EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS	59
3.6. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE MALVERSACION DE FONDOS	60
3.7. LA ACCIÓN TÍPICA DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS.....	61
3.8. ELEMENTO SUBJETIVO.....	63
3.9. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS	64
3.10.MALVERSACIÓN DE FONDOS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1924	66
3.11.PRINCIPIO DE NE BIS IN IDEM	67
3.12.LEGISLACIÓN COMPARADA.....	73
CAPITULO IV.....	78
DESCRIMINALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS.....	78
4.1. CONCEPTO DE DESCRIMINALIZACIÓN	79
4.2. ALTERNATIVA DE UNA SANCIÓN PENAL POR UNA SANCIÓN ADMINISTRATIVA.....	81

4.3. LA IMPUNIDAD DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS	83
4.4. DERECHO PENAL COMO ÚLTIMA RATIO	83
TERCERA PARTE.....	85
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS, DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	85
1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN	86
1.1. SEÑALAMIENTO O SELECCIÓN DE UNIDADES DE ANÁLISIS ..	86
1.2. POBLACIÓN OBJETIVO Y ACCESIBLE.....	87
1.3. MUESTRA	87
1.4. INTERPRETACIÓN LÓGICA Y RACIONAL DE LA ESTRATEGIA METODOLÓGICA.....	87
1.5. PROCESAMIENTO E INTERPRETACIÓN DE DATOS	91
2. DISCUSIÓN	117
3. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	135
4. CONCLUSIONES	142
5. RECOMENDACIONES	144
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	145

INTRODUCCIÓN

El derecho es tal vez la disciplina cuyo desenvolvimiento guarda mayor relación con el concepto de dialéctica y ello ocurre por tratarse de una ciencia social que se encuentra obligada a adecuarse a la realidad social dentro de la cual se construye. Es así que, los dogmas jurídicos serán tales en tanto la sociedad en la que se conciben y aplican así lo requiera.

Tal situación no es ajena a los dogmas penales, los mismos que son desarrollados teóricamente, doctrinariamente, jurisprudencialmente y, muchas veces, son objeto de legislación. Sin embargo, dicha inclusión en el ordenamiento jurídico, debe estar vinculada a la necesidad que de ello tiene la sociedad específica en la que se produce y tal necesidad se expresa de múltiples formas: casuística, opiniones jurídicas académicas, jurisprudencia, etc.; todos aquellos escenarios que permitan vislumbrar si el dogma específico es o no requerido como parte del ordenamiento legal.

Arribando al caso específico de los dogmas penales relativos a los delitos contra la administración pública, señalaremos que la tipificación de cada uno de estos delitos también se encuentra incluida en la faceta dialéctica del derecho y, su inclusión o exclusión en el código sustantivo deberá obedecer estrictamente a la necesidad social que de ello se tenga.

Dicha necesidad debe ser analizada tanto desde el plano material como desde el plano formal, tanto desde el plano teórico como del práctico; es así que, en primer término es menester establecer las teorías inmersas en el estudio del presente fenómeno, tener presente el bien jurídico protegido en los casos referentes a los delitos cometidos contra la administración pública y la necesidad de reforma de los mismos; ya sea desde la

perspectiva de la corrupción como fenómeno sistémico a la consideración siempre creciente de las “patologías” de la acción administrativa en todos sus aspectos, llámese prevaricación, abusos de la función, malversación, omisiones de los deberes, etc.

Es así que, las problemáticas que existen en torno a este tipo de delitos están orientadas, más que todo, desde una perspectiva político criminal, y las opciones avanzadas de reforma reflejan a menudo limitaciones sometidas a exigencias represivas, lo que no permite una adecuada ponderación de las peculiares exigencias dogmáticas de la materia.

Es por ello, que la presente investigación se encuentra enfocada desde una perspectiva distinta que surge como una reacción a las referidas limitaciones y pretende llevar a cabo un análisis de la reforma de los tipos penales que tutelan la Administración Pública a través de la correcta individualización de los intereses que se encuentran tutelados y, por tanto, el debate sobre el *bien jurídico*. Concretamente respecto de la relación del bien jurídico tutelado en el delito de malversación de fondos con una materia que se empeña en tutelar la articulación de la función pública, que promete asegurarse conforme al “buen funcionamiento e imparcialidad” referido a las expectativas institucionales sobre el actuar de los aparatos estatales.

Dichas líneas de reforma, en cuanto al delito de malversación de fondos, deberían estar referidas, hacia el progresivo abandono de una dimensión exclusivamente abstracta del bien jurídico tutelado, en favor de una dimensión individual, particularista del objeto de tutela reconstruido con líneas específicas según cada norma; lo cual nos llevaría a valorar la importancia de establecer las diferencias entre el cumplimiento de los principios generales o constitucionales del respeto a la administración pública y la manera de concretizarse de los mismos que no deben sobrepasar los límites de la criminalización en relación al grado de la ofensa.

Esta ofensa, en el caso de los delitos de malversación de fondos, en los que los funcionarios o servidores públicos otorgan a los caudales un uso diferente para el cual estaban destinados; es importante estudiar en qué medida dicha acción afecta, lesiona o pone en peligro el bien jurídico tutelado por la regulación de los delitos contra la administración pública. Para ello es necesario la determinación y delimitación del bien jurídico penal protegido en el Código Penal peruano y en el propio delito de Malversación de Fondos; procediéndose también al análisis de la acción específica para conocer su esencia y luego confrontarla con el interés o valor protegido por el tipo penal, con la finalidad de demostrar si la conducta es o no agresora de éste.

Finalmente el objetivo del análisis de la presente tesis se dirige a la revisión de una de las acciones incriminada en el delito de Malversación de Fondos, con el fin de demostrar su manifiesta imposibilidad como conducta capaz de producir daño al bien jurídico tutelado, a partir del principio de la exigüidad y de la ofensividad. En tal sentido se desarrolla el concepto de bien jurídico, el cual constituye el eje central para determinar con precisión el interés o valor tutelado, además se revisa el significado de la acción incriminada, que en el caso concreto de este artículo, se limita a la aplicación pública que hace el funcionario o servidor público, de los fondos o rentas a su cargo, diferente a la presupuestada o destinada, pero en beneficio público.

De esta manera, es decir, determinando el significado de la conducta incriminada y del bien jurídico protegido por el tipo, se hace posible conocer si realmente aquella efectivamente lesiona o pone en peligro el interés o valor tutelado.

El resultado final se resume en que la acción incriminada no lesiona ni pone en verdadero peligro el patrimonio público que es el bien jurídico protegido por el tipo penal, y por ende no se agota una condición esencial para la estructuración del delito, cual es la

necesidad de la presencia de la antijuridicidad material, sin la cual no se puede hablar de delito. En vista de esto se propone la descriminalización formal de tal conducta y mientras esto ocurra también se propone que la instancia jurisdiccional resuelva los casos por la vía de la declaratoria de que tal conducta no revista carácter penal.

PRIMERA PARTE
MARCO METODOLÓGICO

CAPÍTULO ÚNICO

ASPECTOS METODOLÓGICOS

I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Planteamiento del problema

Los delitos contra la Administración Pública son aquellos cometidos por funcionarios o servidores públicos, tal como lo contempla el Código Penal en el Título XVIII, Capítulo I, artículos del 361° al 410° - B, categorías jurídicas reguladas en el Decreto Legislativo N° 276 y que se encuentran contenidas en los diferentes tipos penales del Código vigente.

Dichos delitos exigen la protección de los caudales del Estado así como su correcto funcionamiento, respetando estructuras preestablecidas, sistemas, funciones, entre otras categorías; por lo que su afectación redundaría en perjuicio de la administración pública en general.

Sin embargo, a pesar de que el bien jurídico a proteger en el género está debidamente establecido, no ocurre lo mismo respecto de la especie; es decir, en el caso del delito de malversación de fondos, existen supuestos en los que no se afectan los caudales del Estado ni a la organización del mismo, dado que ello sería posible únicamente en el plano abstracto del delito mas no en el plano concreto.

Es decir, en el plano abstracto resulta argumentable que la utilización de una partida presupuestaria involucra una afectación al buen funcionamiento de la Administración Pública, pero no lo es tanto así a partir del análisis concreto de cada situación jurídica, pues ocurren diversos casos en los que no concurren ni el dolo ni la afectación del referido bien jurídico dado que el funcionario, sin tener conciencia

de la ilicitud de su conducta, utiliza el presupuesto asignado para cubrir las necesidades prioritarias en su dependencia antes que las que han sido determinadas por la autoridad que asigna el presupuesto.

Tal es el caso recurrente del denominado “presupuesto para mantenimiento” que se asigna a las Instituciones Educativas, en el cual los montos asignados para cada rubro corresponden a partidas mínimas, pero que deben ser utilizados exclusivamente para el rubro consignado. Es decir, existen diversos rubros tales como: Arreglo o mantenimiento de puertas y ventanas, arreglo y mantenimiento de pisos, arreglo y mantenimiento de muros, arreglo y mantenimiento de techos, arreglo y mantenimiento de instalaciones sanitarias, arreglo y mantenimiento de instalaciones eléctricas, pintado de carpetas, pintado de mobiliario, etc.; así, para cada rubro se asigna una partida presupuestaria y ésta debe ser utilizada única y exclusivamente para este rubro.

Sin embargo, ocurre que dichas asignaciones no obedecen a estudios particulares de las necesidades de cada institución educativa, sino que corresponden a un catálogo de necesidades establecidas de manera general, en abstracto, y puede ocurrir que la institución educativa se encuentre en emergencia debido al colapso de sus techos por lluvias, pero sus directivos no puedan utilizar el dinero de otras partidas para dar solución al problema debido a que ello supondría incurrir en el delito de malversación de fondos.

Con ello, existen muchas aristas que deben ser tomadas en cuenta como los montos ínfimos de dinero de los que estamos hablando, la existencia de una verdadera afectación al correcto funcionamiento de la administración pública desde el punto de vista formal y su diferencia con el correcto funcionamiento de la administración

pública desde el punto de vista material, la actuación del funcionario de acuerdo a las necesidades o urgencias en las que se encuentra ausente el dolo y la ponderación de si es más importante la protección de una fórmula legal o de las necesidades prioritarias que no ofrece la realidad; y, finalmente, la necesidad de la intervención del derecho penal en estos supuestos, tomando en cuenta el principio de *ultima ratio*.

Ahora bien, a lo largo de la vigencia del Código Penal y de la tramitación y solución de hechos denunciados de esta naturaleza, en pocos casos se ha establecido la actitud dolosa de los sujetos activos quienes en realidad pueden ser responsabilizados por impericia o imprudencia causada por una gestión deficiente, porque no existe en realidad una apropiación de un dinero o de un bien sino un destino diferente basados en la necesidad y la prioridad que se le otorga a las actividades u obras derivadas de dicha necesidad.

Estas circunstancias materiales, pueden ser enlazadas con las formulaciones teórico-doctrinarias tales como la exigencia de concreción de los tipos penales, en donde principalmente surge la “cara funcional” de la tutela; el estudio de los principios de exigüidad, el principio de ofensividad desarrollados por la doctrina italiana.

En situaciones de esta monta se tiene claro que el objeto privilegiado son, en primer lugar, los delitos de bagatela (*‘i reatibagattellari’*) y una cláusula que dé relieve (*pro reum*) a la exigüidad del hecho viene asumida como necesaria garantía de la satisfacción de la instancia de la subsidiariedad a nivel judicial (Manes, 2012, pág. 155).

Es, sobre todo, esta segunda perspectiva la que interesa al objeto de la investigación, porque, si bien es verdad que la ‘exigüidad’ viene generalmente pensada como válvula de escape para las ofensas de bagatela, la misma es, seguramente, posible protagonista también en los casos de ofensas a bienes tan abstractos, tan ‘macro dimensionales’, que, por un lado, no permiten establecer alguna distinción conceptual entre lesión, peligro concreto y peligro abstracto, y, por el otro –aunque no se trate de delitos estructuralmente de bagatela, sino de hipótesis de delitos caracterizados por un amplio margen de variabilidad-, contemplan conductas, conformes al tipo legal, que pueden llegar a tener niveles de ofensividad verdaderamente marginales (tipicidad y ofensividad, pero muy reducidas).

En estos casos, situar la cuestión desde la perspectiva de la carencia de la ofensividad de la conducta sería, a mi juicio, erróneo. Porque, en realidad, un problema en términos de ofensividad ni se plantea. La problemática se mueve en otra perspectiva.

En efecto, frente a bienes jurídicos institucionales, definidos a través de un “programa de intentos” más que con referencia a datos prepositivos, y necesariamente asumidos en una dimensión abstracta (pensamos, otra vez, en el ‘buen funcionamiento e imparcialidad de la Administración pública’), la codificación de un principio general de ofensividad no produciría ventajas considerables. Las conductas conforme al tipo son todas abstractamente peligrosas y, por tanto, ofensivas en base al coeficiente de ofensividad típico de la estructura del delito en cuestión, o sea él, peligro abstracto (al menos en gran parte de los casos); dicho en otros términos, aquí es la naturaleza del bien jurídico en cuestión la que no permite una segura definición de la conducta en términos de

concreta peligrosidad, sino que reclama necesariamente un juicio de peligrosidad (solo) abstracta.

Así, la presente investigación, entonces, abriga la posibilidad de estudio tanto teórico como práctico del problema particular planteado en torno a la posibilidad o no de descriminalización del delito de malversación de fondos, habida cuenta que el bien jurídico protegido no comulga con el de los demás delitos contra la administración pública y, adicionalmente, no es posible probar, en la mayoría de los casos, la efectiva afectación dada su exigüidad.

1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son las razones y fundamentos jurídicos por los que se justifica la descriminalización del delito de malversación de fondos a la luz de la aplicación de los principios de exigüidad y ofensividad al concepto de bien jurídico protegido en este delito?

Sistematización del problema

P1: ¿Cuál es la relación entre el Bien Jurídico Genérico de los delitos contra la administración pública y el Bien Jurídico protegido en el delito de malversación de fondos?

P2: ¿Cuál es la naturaleza del Bien Jurídico protegido en el delito de malversación de fondos?

P3: ¿Cuáles son los principios aplicables al Bien Jurídico protegido en el delito de malversación de fondos?

P4: ¿Cuál es la correlación entre el desarrollo abstracto del concepto bien jurídico afectado en el delito de malversación de fondos y la real afectación del bien jurídico concreto del referido en caso de malversación de fondos?

1.3. Justificación de la investigación

En la ciudad de Cajamarca, tanto como en el resto del país, se han presentado diversidad de casos por el delito de malversación de fondos en los que la afectación del bien jurídico protegido de manera abstracta no lo es así en los casos de la afectación concreta.

Es decir que existen multiplicidad de casos incoados por el delito de malversación de fondos en los que, a pesar de haberse utilizado los caudales estatales para fines distintos de los previstos, no se ha terminado por afectar de ninguna manera ni los caudales propios del estado ni el bien jurídico abstracto del mismo, dado que por el efecto positivo que encuadra dicha utilización distinta en la realidad, antes bien se ha conseguido favorecer el correcto funcionamiento de la administración pública.

En ese tenor, la pretensión del presente trabajo de tesis que busca anotar sobre la importancia de anteponer el fondo del asunto antes que la simple forma, es el aliciente para su correcto desarrollo, tanto desde el ámbito teórico como del casuístico, por ello se busca revisar tanto las teorías y nuevas tendencias referidas al particular, tales como la preeminencia de la teoría de la ductilidad del derecho y la preponderancia de la interpretación jurisprudencial y la aplicación de los principios de exigüidad y afectación; y ello, será complementado con el estudio de la casuística respecto de los delitos contra la administración pública, los delitos de

malversación de fondos, de manera que se tomará nota de su incidencia y de la determinación de la criminalidad de los mismos a nivel de sentencia.

Todo ello con la finalidad de analizar la necesidad o no de la permanencia del tipo de malversación de fondos dentro del ordenamiento penal peruano; lo cual resulta sumamente importante en el campo práctico puesto que se evitaría la sobrecarga procesal, el gasto innecesario de recursos humanos y material logístico, lo cual dotaría de eficiencia al aparato jurisdiccional, protegiéndose únicamente lo que penalmente debe ser protegido y re direccionando la protección de las circunstancias menos gravosas a otros ámbitos como el administrativo.

1.4. Delimitación de la investigación

1.4.1. **Delimitación espacial:** La presente investigación se ha desarrollado teniendo en cuenta los procesos desarrollados en la sede del distrito judicial de Cajamarca, concretamente, en la casuística presentada ante los anteriormente denominados Juzgado Especializados Penales y, por tratarse de un delito que era seguido en un proceso ordinario, los procesos incoados ante las dos Salas Superiores Penales del referido distrito.

1.4.2. **Delimitación temporal:** Se ha estudiado la incidencia de los procesos por malversación de fondos desde el año 2007 al 2009; teniendo en cuenta las resoluciones expedidas por las Salas Especializadas Penales antes mencionadas.

II. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

2.1. HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

Las razones y fundamentos jurídicos por los que se justifica la descriminalización del delito de malversación de fondos a la luz de la aplicación de los principios de exigüidad y ofensividad al concepto de bien jurídico protegido en este delito, son:

F1: No existe relación directa entre el Bien Jurídico Genérico de los delitos contra la administración pública y el Bien Jurídico protegido en el delito de malversación de fondos; lo que le quita la categoría de tal.

F2: La naturaleza del Bien Jurídico protegido en el delito de malversación de fondos es meramente abstracta y está referida a la protección de la organización y el orden en la administración pública, por lo que no reviste la gravedad suficiente para ser objeto de criminalización.

F3: El principio aplicable al estudio teórico del Bien Jurídico protegido en el delito de malversación de fondos es el principio de exigüidad que nos revela que en la mayoría de los casos presentados por este delito no ha sido posible probar la afectación del bien jurídico de los delitos contra la administración pública, debido a que la afectación al bien jurídico concreto es mínima en comparación con el beneficio obtenido por otorgarle a los caudales una finalidad distinta a la formalmente establecida.

F4: La correlación entre el desarrollo abstracto del concepto bien jurídico afectado en el delito de malversación de fondos y la real afectación del bien jurídico concreto del referido en caso de malversación de fondos es dicotómica.

III. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN

3.1. GENERAL

Determinar las razones y fundamentos jurídicos por los que se justifica la descriminalización del delito de malversación de fondos a la luz de la aplicación de los principios de exigüidad y ofensividad al concepto de bien jurídico protegido en este delito.

3.2. ESPECÍFICOS

- E1: Establecer la relación entre el Bien Jurídico Genérico de los delitos contra la administración pública y el Bien Jurídico protegido en el delito de malversación de fondos.
- E2: Determinar la naturaleza del Bien Jurídico protegido en el delito de malversación de fondos.
- E3: Aplicar los principios referidos al estudio del Bien Jurídico protegido en el delito de malversación de fondos.
- E4: Explicar la correlación entre el desarrollo abstracto del concepto bien jurídico afectado en el delito de malversación de fondos y la real afectación del bien jurídico concreto del referido en caso de malversación de fondos.

IV. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1. Unidad de Análisis, Universo y Muestra

UA1: **Expedientes Jurisdiccionales:** Esta unidad de análisis corresponde a los expedientes jurisdiccionales iniciados con la finalidad de determinar la responsabilidad de los funcionarios públicos que cometen delitos contra la administración pública durante los años 2007 a 2009 en el Distrito Judicial de Cajamarca.

UO: La totalidad de Expedientes jurisdiccionales resueltos y archivados de la Primera y Segunda Sala Especializada Penal de Cajamarca.

UA: Los archivos donde se encuentra registrada la información referida a los años 2007 a 2009.

M1A: El 80% de los archivos donde se encuentra registrada la información de los procesos resueltos durante los años 2007 a 2009.

4.2. Tipo de investigación

Aplicada, en tanto recoge los datos de la realidad planteados, puesto que en un primer momento se realizará un análisis cuantitativo de los procesos por malversación de fondos que hayan sido resueltos durante los años 2007 a 2009 en las Salas Superiores Penales de Cajamarca; y en la segunda etapa hemos realizado un disertación teórica-doctrinaria respecto a las posibilidades de considerar al bien jurídico concreto antes que al abstracto en el delito de malversación de fondos de manera que se pueda justificar su descriminalización.

4.3. Nivel o alcance de la investigación

Explicativo, debido a su carácter cualitativo y cuantitativo, y a que busca establecer una relación de causa y efecto (Hernández Sampieri, 2003) entre el delito de malversación de fondos y los supuestos de su descriminalización; en ese sentido, persigue entender el problema de investigación y las posibilidades de aportar soluciones a cada una de las instancias que lo conforman.

4.4. Diseño de la investigación

Transversal o transaccional; en cuanto a los datos cualitativos se ha realizado la descripción, clasificación e interpretación de los mismos de tal manera que se ha logrado contextualizarlos, categorizarlos y compararlos en un espacio de tiempo relativo a nuestra normatividad vigente (UNAD, 2016); es decir, no se ha llevado a cabo un estudio histórico longitudinal de la figura, sino que se ha extraído el momento específico que regula nuestra legislación vigente para llevar a cabo la explicación del porqué de su desregulación.

4.5. MÉTODOS

- **ESTADÍSTICO:** Puesto que la primera parte de nuestra investigación es empírica y se recolectarán datos de la realidad, los mismos que deberán ser procesados a través del mencionado método.
- **EXEGÉTICO:** Desde la perspectiva sistémica, cabe señalar que haremos uso del método exegético para comprender la perspectiva del legislador al momento de dictar las normas relativas a la malversación de fondos o los propios delitos contra la administración pública, lo que se llevará a cabo

mediante el estudio e interpretación de la exposición de motivos que dio lugar a su regulación; sin embargo, este es sólo el primer paso de nuestra investigación, puesto que servirá de pilar para el resto de estudios que tendrán como principal protagonista al método dogmático y el método histórico.

- **DOGMÁTICO:** Es el principal método a utilizar en nuestra investigación, debido a que busca atenerse en los principios doctrinales como medio principal para interpretar el contenido que le otorga la ley a los delitos contra la administración pública, así como a los delitos de malversación de fondos para determinar su naturaleza y la estructura sistémica de su contenido con la ayuda de la doctrina que se ha desarrollado al respecto. Hemos elegido el método dogmático por ser un método de interpretación jurídica que no se limita al estudio de los significados de los términos, sino que además se ubica en la concepción interpretativa intelectualista racionalista lógica de la figura, con lo cual trataremos de desentrañar la *ratio legis* de la figura en estudio, su carácter público.
- **HERMENÉUTICO:** Como complemento del método anterior, que se centra en la interpretación que debe darse de la legislación ya mencionada de cara con las múltiples posibilidades que nos otorga el ordenamiento jurídico peruano y los principios fundamentales que se encuentran inmersos en el tema específico de la malversación de fondos y su inclusión o no como un delito contra la administración pública.

- **TELEOLÓGICO:** Fundamental para la investigación, en cuanto buscamos reforzar la importancia del fin último de la criminalización de conductas que materialmente no lesionan el bien jurídico protegido por la tipificación de los delitos contra la administración pública, utilizando los significados del bien común y la justicia y, principalmente, ponderando su importancia respecto de los fines netamente procedimentales.

- **DIALÉCTICO:** Adquiere importancia en el tercer momento de la tesis; pues, una vez interpretados los textos legales, analizados los textos doctrinarios y obtenidos los resultados empíricos, los resultados obtenidos exigirán una confrontación entre ellos, lo que implica la obtención de una tesis y una antítesis respecto del contenido del bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública y su correlación con el denominado delito de malversación de fondos, lo que nos ha permitido desarrollar una explicación del porqué de su descriminalización y una síntesis del contenido completo de la propuesta.

4.6. TÉCNICAS

- **PROCESAMIENTO DE DATOS:** Para la parte empírica de la investigación, para lo cual se utilizará el programa SPSS.

- **REVISIÓN DOCUMENTAL:** Debido a que el estudio será cualitativo, no empírico y no experimental, la única técnica de recolección de datos será la revisión de documentos que contengan la doctrina respecto al tema y las resoluciones emitidas por los diferentes órganos jurisdiccionales; que han sido mencionadas en el marco

referencial y el marco metodológico, amén de otras propuestas encontradas en el desarrollo de la tesis.

- **FICHAJE BIBLIOGRÁFICO:** Utilizado para la revisión de los tratados doctrinarios respecto de la materia.
- **ANÁLISIS DE CONTENIDO:** Aplicado para cada método mencionado en el acápite anterior, según sus características específicas.

4.7. INSTRUMENTOS

- **FICHA TEXTUAL Y FICHA EN PARÁFRASIS:** Estos instrumentos han sido utilizados como correlativos de la técnica de fichaje bibliográfico.
- **HOJA GUÍA:** Utilizada para la aplicación de la técnica de revisión documental, específicamente de los expedientes y las sentencias emitidas por los diferentes órganos jurisdiccionales de los que se ha recogido la muestra.

V. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

5.1. Lesión del Bien jurídico protegido

“Para la dogmática penal todo delito lesiona un bien jurídico. No es concebible un delito que no lesione un bien jurídicamente protegido. De esta manera la lesión de un bien pareciera ser definitoria del concepto de delito...” (Santiago Nino, 1995, p. 55), según el mismo autor indica la expresión “lesión a un bien jurídico” se utiliza cuando se está frente a una conducta antijurídica que infringe una norma de prohibición (p. 69).

5.2. Exigüidad

“La exigüidad es un concepto que se predica de un delito que en abstracto se ha configurado plenamente, pero que en concreto, y en virtud del principio de lesividad debe excluirse del ámbito del Derecho penal...” (Álvarez Arboleda, 2011, p. 130)

5.3. Reserva del Fallo Condenatorio

La reserva del fallo condenatorio, que es "...una medida alternativa a la pena privativa de la libertad, de uso facultativo para el Juez, que se caracteriza fundamentalmente por reservar la imposición de la condena y el señalamiento de la pena concreta para el sentenciado culpable" (Figuerola Navarro, 2015, p. 113)

5.4. Ofensividad u ofensión

“El principio de ofensividad o, en correcto castellano, ofensión exige que no haya delito sin lesión o puesta en peligro de un bien jurídico: *nullum crimen sine iniuria...*” (Carbonell Mateu, 2014, p. 133).

SEGUNDA PARTE
DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO

CAPITULO I

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La finalidad de este primer capítulo del marco teórico es dotar a nuestra disertación de las bases fundamentales para que sea correctamente estructurada, habida cuenta que la malversación de fondos ha sido considerada dentro de nuestro catálogo penal como una especie de este género de delitos.

De esta manera hemos comenzado por desarrollar los conceptos básicos a partir de los cuales se construyen los supuestos de hecho referentes a los delitos contra la administración pública; para ello es necesario tener claro el concepto de la Administración Pública, de Funcionario Público, Servidor Público, sanciones administrativas, etc.

Todo ello desde la normatividad anterior a la nueva Ley del Servicio Civil que ha sido promulgada de manera posterior a la ejecución del proyecto de investigación; por lo tanto únicamente se definirán las categorías de funcionario y servidor público y no de director.

1.1. GENERALIDADES

Como ha sido indicado en la parte introductoria del presente trabajo de tesis, los delitos contra la Administración Pública, no han gozado en nuestro país de un tratamiento analítico – jurídico, pues solamente han existido exploraciones exegéticas superficiales y/o comentarios dentro del contexto del discurso hermenéutico y, peor aún, todo intento de introducción en un análisis profundo se ha agotado en el mero estudio político criminal; vale decir que, no han existido trabajo que contrasten la realidad formal con la realidad material respecto de la afectación del bien jurídico protegido por la regulación de este tipo de delitos.

De esta manera, haremos de manera previa al trabajo correlacional una reseña de los principales tratados que se han realizado sobre el particular; así, tenemos que en 1938 este tema fue abordado por Ángel Gustavo Cornejo, en su obra Derecho Penal Especial (1938, pág. 64), posteriormente tocaría el tema Manuel G. Abastos, en su trabajo mimeografiado utilizado para dictar clase en la Universidad Mayor de San Marcos (2006, pág. 67); ambos autores realizaron estudios bajo un contexto analítico global del Código Penal de 1924. Sin embargo, en torno al tema de los delitos contra la administración pública, se llevó a cabo un estudio puramente hermenéutico que se encargó de descomponer el tipo presentado en el referido código para ser analizado integralmente, no así un análisis doctrinario ni teórico, sino puramente académico descriptivo.

Así, el estudio realizado por los mencionados autores fue desarrollado de conformidad con la estructura y descripciones establecidas por el legislador en el Código Penal de 1924 que ha rubricado a los delitos contra la administración pública en el Título XVIII, el mismo que ha sido disgregado en capítulos, teniendo

en primer lugar los delitos cometidos por particulares, en segundo lugar los delitos cometidos por funcionarios públicos, en tercer lugar encontramos los delitos cometidos contra la administración pública y por último comprende las disposiciones generales. En cuanto a nuestro tema específico, se encuadra dentro de los delitos cometidos por funcionarios públicos, tal y como fue contemplado en el referido código.

En 1996 Juan Portocarrero Hidalgo publicó su obra *Delitos contra La Administración Pública* (1996) y en 1999 Manuel Frishancho Aparicio y Raúl Peña – Cabrera presentaron su libro *Delitos contra la Administración Pública* (1999). Así mismo tenemos que a principios del año 2000 Jorge Hugo Álvarez da a conocer su trabajo de *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública* (2000).

Ahora bien a efectos de poder determinar la dogmática, es decir, el objeto de protección en los delitos contra la administración pública se han adoptado diferentes posiciones doctrinarias, teniéndose entre ellas la concepción subjetiva y objetiva las cuales han tenido mayor percusión.

Es así que la concepción **subjetiva** acentúa la prohibición penal en cuanto a la condición del funcionario público, así como al quebrantamiento del deber en el cargo que desempeña, entiéndase por quebrantamiento a la confianza que el Estado ha depositado en el funcionario, desplazando el objetivo de deber a cumplir (Vásquez-Portomeñe Seijas, 2003, pág. 297).

La concepción **objetiva** determinará los tipos penales de los delitos contra la Administración Pública, los cuales deberán alcanzar comportamientos que importen

en primer lugar un ejercicio contrario al deber de la función pública, así como también el que se produzca una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo a los principios del Estado de Derecho (Vásquez-Portomeñe Seijas, 2003, p. 478).

Finalmente atendiendo al bien jurídico en este capítulo, la lesión de la Administración Pública normalmente se producirá mediante la actuación de funcionarios públicos, pero puede serlo por particulares que intervienen en el ámbito de la actividad pública que se está desarrollando (Frisancho Aparicio, 2008, p. 81).

1.2. FUNCIÓN PÚBLICA

El comité jurídico interamericano de la Organización de los Estados Americanos define a la función pública como “...toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado, al servicio del Estado o mediante sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.” (OEA, 2001). La característica resaltante de esta definición es aquella que establece a la función pública como una actividad realizada **en nombre del Estado**, es decir, a través del ejercicio de la representatividad de la colectividad; he ahí el meollo de nuestra investigación en lo que respecta al bien jurídico protegido por la regulación de los delitos contra la administración pública.

Ello se explica a través de la teoría del Contrato Social presentada por Rousseau, vigente hasta la actualidad (2009), tratado en el que se construye la teoría que refiere que es el pueblo que al convertirse en población política y jurídicamente organizada funda al Estado como un ente ideal a través del cual se organizará la sociedad y que

hará uso de mecanismos como el gobierno y la administración para materializar actuaciones en pro de la misma sociedad.

En ese sentido, podemos señalar que la función pública es uno de los medios que utiliza el Estado y, a su vez, el pueblo mismo, para ver satisfechas sus necesidades a través de la representación que ejercen los primeros respecto del segundo, tal y como fue contemplado por Emanuel Siéyes en su “Tercer Estado” (2008, pág. 45).

En tal sentido, la función pública debe ser ejercida siempre de cara a las necesidades de la población y, por tanto cumpliendo con las regulaciones establecidas por una mayor organización como la administración pública, el Gobierno y el Estado.

Consecuentemente, la función pública, como institución de derecho público, está referida al conjunto de actividades de contenido jurídico con destinatarios definidos, es decir, legalmente previstos y regulados normativamente, cuya principal finalidad es dotar de eficacia a la organización estadual.

Para Fidel Rojas Vargas, “...la función pública es un macro de actividades que el ordenamiento jurídico (constitucional y legal), reserva a los órganos – instituciones y se manifiesta por la voluntad de los órganos individuales (funcionarios públicos). Toda función implica una esfera de atribuciones limitadas por el derecho objetivo (2007, pág. 21).

De otro lado la idea de “función” implica una actividad la misma que está referida a los órganos del Estado (lato sensu) la función pública, desde un punto de vista sustancial, en relación con el contenido de la función, es ejercida por los órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, de acuerdo con la distribución que preceptúe el ordenamiento jurídico constitucional.

Si bien es cierto, la función pública es entendida como el ejercicio de las atribuciones esenciales del Estado, las cuales son realizadas por el gobierno, poder público que implica soberanía e imperio, tal ejercicio lo realiza el Estado a través de las personas jurídicas, el empleado público se identifica con el órgano de la función pública y su voluntad y acción trasciende como voluntad o acción del Estado, lo que justifica la creación de normas especiales para su responsabilidad.

De otro lado se puede decir que la función pública constituye la noción central en la teoría y en la práctica de la administración pública, pues a través de ella se legitima el Estado y adquiere estos perfiles determinados de mayor o menor democratización.

1.3. FUNCIONARIO PÚBLICO

Nuevamente, el artículo I de la Convención Interamericana contra la corrupción define al funcionario público como aquel “...”Oficial Gubernamental” o “Servidor Público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.” (OEA, 2001).

Respecto a esta definición cabe resaltar una vez más la importancia de tener en cuenta que tanto los funcionarios como los servidores públicos tienen como finalidad primordial de su actuación traslucir la finalidad propia del Estado, asegurando el éxito de su organización. Ello, al ser entrelazado con la finalidad de la tipificación de los delitos contra la administración pública, nos lleva a concluir que en ello se funda la consideración del bien jurídico protegido, como es el caso

del correcto funcionamiento de la administración pública, pues dicho funcionamiento correcto coadyuvará a la consecución de la finalidad del Estado mismo.

Así, dentro del derecho interno se considera funcionario público a toda aquella persona física que presta servicios al Estado, el mismo que se halla ligado por disposición inmediata de la Ley, es decir, por nombramiento, delegación o elección popular, por lo que premunido de poder de decisión determina en forma expresa y ejecuta su voluntad a través del desarrollo de actos de diversa naturaleza, tendientes a fines de interés social o estatal (Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, 2006).

Hemos de resaltar que la definición antes acotada, nos transmite dos características resaltantes de los funcionarios públicos, la primera referida al poder de decisión con el que cuentan por tratarse de personas naturales que han sido premunidas con la potestad de representación, es decir, que la cuota de poder de la que hablaba Rousseau que ha delegado cada uno de los integrantes del estado, ha sido recibida por el funcionario público lo que lo reviste de un poder superior al que ostenta una persona natural; por ello, la responsabilidad en la utilización de dicho poder también es mucho mayor; en ese sentido, se arguye de manera valedera que la segunda característica es que sus actuaciones deben tender a la consecución de los fines del interés social o estatal; no así fines particulares o personales, que es generalmente lo que se observa en las conductas delictuosas que lesionan a la administración pública, tales como el peculado o la colusión; sin embargo, tal circunstancia no suele presentarse en el caso de los delitos de malversación de fondos en los que, a pesar de afectarse el funcionamiento ordenado de la administración pública, los caudales

“mal” utilizados simplemente se han transferido a la realización de un actuación diferente de la que estaba prevista, pero aun así, de conformidad con el interés público o social o estadual, que para los efectos es lo mismo.

Por ello el funcionario público es considerado un agente muy importante dentro de la estructura jurídica estatal “...el que ocupa determinados estatus institucionales y tiene asignados específicos roles que debe desempeñar y con relación a los cuales responde tanto positiva o negativamente...” (Pariona Arana, 2011, pág. 45).

Precisamente son esos estatus institucionales que le exigen actuar con la debida diligencia y probidad, especialmente cuando del manejo de los caudales estaduales se trata pues, en la actualidad se están tomando diversas medidas tendientes a sancionar las conductas que realizan una mala administración de los mismos, tales como la implementación de sistemas interconectados entre las principales instituciones del fisco gubernamental, así mismo, la creación de organismos técnicos especializados que se encargan de llevar a cabo las auditorías y la fiscalización permanente a las actuaciones de los funcionarios públicos tales como la Contraloría General de la República, con facultades para investigar y fomentar la sanción administrativa e incluso la penal.

Adentrándonos a nuestro tema, el Derecho Penal conceptúa al funcionario público partiendo del concepto administrativo de funcionario público, pero a fin de no dejar espacio de impunidad y por decisión político – criminal se ha llegado solamente a complementar el concepto administrativo con ampliaciones de tipicidad que llegan a equiparar a la calidad de funcionario público una serie de sujetos particulares colocados en una especial cercanía al bien jurídico.

La Convención Interamericana contra la Corrupción de 1997, en su artículo 1° preceptúa: "Funcionario público", "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

Según Héctor Dionicio Lama Martínez, conceptúa a la función pública como “el conjunto de pensamientos, voluntad y acción que se despliega, con atributos de autoridad en las esferas de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Electoral y Judicial, así como los organismos autónomos (Ministerio Público, Tribunal Constitucional, etc.), quedando así caracterizada no solo por el objeto de la actividad correlativa, sino también por el sujeto de esa misma actividad (2003, pág. 99).

1.4. SERVIDOR PÚBLICO

Resulta irrelevante hablar de servidor público, por cuando el efectuar conceptualizaciones en relación a términos que resultan iguales o disímiles según el país y el tipo de Estado en donde se trate dicho concepto.

En legislaciones extranjeras como la panameña, colombiana, utilizando la frase *servidor público* comprende por igual a los funcionarios, siendo por ende una arbitrariedad en el uso lingüístico y en la connotación semántica de las palabras que aún no han sido superadas en el contexto legislativo, lo que implica un desorden y la miscelánea de terminología existente a nivel de sistema jurídicos.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico el concepto de “*servidor público*” tiene un significado idéntico con la frase “*empleado público*”, por tanto el funcionario y el servidor público sirven al Estado para el cumplimiento de fines; la diferencia entre ambos conceptos es el hecho de que el servidor público no representa al Estado, trabaja para él pero no expresa su voluntad; el servidor se relaciona con la administración estatal mediante contratación voluntaria (en el caso del funcionario le rige una base estatutaria unilateral); el empleado o servidor público es agente sin mando, que brinda al Estado sus datos técnicos y/o profesionales para tareas o misiones de integración y facilitación de los funcionario públicos. En síntesis un empleado no ejerce función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios.

Finalmente se puede establecer que servidor público¹ es aquel ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de la autoridad competente, con las formalidades de la Ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente (lo subrayado es nuestro).

1.5. CLASES DE FUNCIONARIOS

Según el Código Penal de 1924, así como el de 1991, específicamente en el artículo 389° a que se refiere el delito de malversación de fondos, no efectúan mayores distinciones respecto a las clases de funcionarios inmersos en el delito en referencia.

Según Fidel Rojas Vargas, nos habla de funcionarios de autoridad, procuración y de gestión, para referirse con la primera clasificación a los de mayor nivel en la

¹ Artículo 3° primer párrafo del Decreto Supremo N° 005-90-PCM.

jerarquía del funcionariado público y poseen facultades de “*imperium*” o mando sobre los demás. Son funcionarios de procuración los que representan al

Estado y a sus diversos órganos en defensa de sus intereses. Los funcionarios de administración (la denominada clase o estructura burocrática) son aquellos que gerencian o dirigen técnicamente y se hallan repartidos en todas las instancias del Estado; los de gestión, aquellos que contratan a nombre del Estado.²

Así mismo en la actualidad existen una clasificación entre funcionarios de carrera y de empleo (o contratación), donde el primero tiene una vinculación estatutaria con la Administración Pública y gozan de los derechos y privilegios legales (titulación, permanencia, retribución a cargo del presupuesto estatal, ascensos, previsión social), mientras que los segundos (generalmente eventuales e interinos o suplentes), en constante incremento, son contratados por tiempo determinado, no gozan (por lo general) de vacaciones, previsión social, etc., hallándose en todas las ramas y reparticiones de la Administración Pública.

Entre otras clasificaciones tenemos a funcionarios políticos (los electos por votación popular: mandatarios, vice presidentes, congresistas, alcaldes, presidente de región), de confianza política o técnica (cubren puestos de gran importancia y de decisión: vice ministros, directores generales, secretarios de estado, secretarios generales, administradores), interinos (quienes cubren plazas temporalmente o hasta que desaparezca la causa que dio origen), accesitarios (quienes por disposición legal cubrirán puestos a la muerte o vacancia de los titulares).

² ROJAS VARGAS, Fidel - Delitos Contra la Administración Pública”. Cuarta Edición. Editora Jurídica Grijley EIRL. Lima - Perú 2007. Pág. 41.

Decreto Legislativo N° 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa, en su artículo 9³ determina los grupos ocupacionales dentro de la carrera administrativa, encontrándose inmersos los profesionales, técnicos y auxiliares.

Ahora bien el **grupo profesional** se encuentra aquellos servidores con título profesional o grado académico reconocido por la Ley Universitaria; en el **grupo técnico** hallamos a los servidores con formación superior o universitaria incompleta o capacitación tecnológica o experiencia técnica reconocida y finalmente en el **grupo auxiliar** están los servidores que tiene instrucción secundaria y experiencia o calificación para realizar labores de apoyo.

Así mismo se debe dejar en claro que aquellas personas que solamente posean un título, diploma, capacitación o tengan experiencia no implica que puedan pertenecer al grupo profesional o técnico, si es que no ha postulado expresamente en él⁴.

1.6. SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Las sanciones administrativas son una clase de acto administrativo que consiste en una privación de derechos como consecuencia de una conducta ilícita del administrado. Han sido definidas como cualquier mal infringido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal, a resultas de un procedimiento administrativo, y con una finalidad puramente represora.

³ Ley de la Carrera Administrativa, artículo 9°.- Los grupos ocupacionales en la carrera administrativa son el profesional, técnico y auxiliar: a) grupo profesional; b) grupo técnico y c) grupo auxiliar.

⁴ Ley N° 25333, publicada el 18 de junio de 1991, que comprende los alcances del inciso a) del artículo 9°, referente a los profesionales titulados en Institutos Superiores Tecnológicos.

La doctrina tradicional considera que los principios que configuran y limitan la potestad sancionadora de la administración son los mismos que la Constitución ha previsto para el ejercicio de la potestad penal del Estado, por cuanto participarían de una misma naturaleza. Así, el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración está configurada y limitada por los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad o responsabilidad, proporcionalidad, *non bis in ídem* y prescripción.

Ahora bien según Ley 27444 – Ley del Procedimiento General Administrativa, ha calificado como sanciones las siguientes⁵:

- **Amonestación:-** Será verbal o escrita. La verbal la efectúa el Jefe inmediato en forma personal y reservada. Para el caso de amonestación escrita la sanción se oficializa por resolución del Jefe de Personal. No proceden más de dos amonestaciones escritas en caso de reincidencia.
- **Suspensión:-** Es sin goce de remuneraciones y se aplica hasta por un máximo de treinta (30) días. El número de días de suspensión será propuesto por el Jefe inmediato y deberá contar con la aprobación del superior jerárquico de éste. La sanción se oficializa por resolución del Jefe de Personal.
- **Cese Temporal:-** Es sin goce de remuneraciones mayor de treinta (30) días y hasta por doce (12) meses. Se aplica previo proceso administrativo disciplinario. El número de meses de cese lo propone la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios de la entidad.
- **Destitución:-** Es el máximo grado de sanción que se aplica previo proceso administrativo disciplinario; quedando el destituido inhabilitado para

⁵ Ley N^o 27444 – Ley del Procedimientos Administrativos, artículo 239^o

desempeñarse en la Administración Pública bajo cualquier forma o modalidad, por un período no menor de cinco (5) años.

Finalmente se deberá tener en cuenta que la condena penal privativa de la libertad consentida y ejecutoriada, por delito doloso, acarrea destitución automática. En el caso de que la condena sea condicional, la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios evalúa si el servidor puede seguir prestando servicios, siempre y cuando el delito no esté relacionado con las funciones asignadas ni afecte a la Administración Pública.

CAPITULO II

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1. ANTECEDENTES

En sentido amplio, Administración Pública denota toda actividad del Estado, sea esta legislativa, ejecutiva y judicial, por lo que puede ser considerada “como el Complejo de funciones ejercidas por los Órganos Estatales, en consecución de Bienes colectivos”. En consecuencia se tiene que los delitos contra la administración pública son aquellos que impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien en esta clase de delito las personas quienes lo comenten necesariamente tienen que ser funcionarios públicos, es decir tiene que ser un sujeto activo especial y para ello se deberá tener en claro quiénes son considerados como funcionarios públicos, pues a mi entender **“el sujeto activo no sólo es el funcionario público o servidor que la ley lo determina así, sino también cualquier ciudadano particular que para efectos del derecho penal, la ley le da dicha categoría”**.

2.1.1. DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS O SERVIDORES PÚBLICOS

En los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos tenemos los delitos de **abuso de autoridad** (incumplimiento de deberes, denegación de auxilio, abandono del cargo, nombramiento ilegal, etc.), **concusión** (exacción ilegal, colusión ilegal, colusión desleal, patrocinio incompatible), **peculado** (malversación de fondos, demora injustificada de pago, retención indebida de cosas, sujetos equiparados), **corrupción de funcionarios** (cohecho propio, cohecho impropio, corrupción de magistrado, corrupción de auxiliares, negociaciones incompatibles, etc.)

- a) **ABUSO AUTORIDAD:-** La figura penal del abuso de autoridad puede ser definida jurídicamente como aquel delito genérico e innominado que castiga hechos abusivos del funcionario público que no se encuentran previstos, ni como delitos autónomos ni como circunstancia agravante de otro delito en el Código Penal ni en otra disposición especial de la Ley.
- b) **CONCUSIÓN:-** Dicho término proviene del vocablo latino **concutere**, que expresa la idea de sacudir un árbol para hacer caer sus frutos y recogerlos, la concusión constituye la extorsión o la estafa del funcionario o servidor público. De otro lado se puede afirmar que la concusión se diferencia de la extorsión, por cuanto en este delito existe la violencia o el engaño que provienen del funcionario que abusa de su cargo.

Ahora bien se deberá tener en cuenta que el sujeto activo en esta clase de delitos viene a ser el Funcionario Público o Servidor Público, el mismo que

es calificado como tal. El sujeto pasivo del delito de concusión es siempre el titular del bien jurídico afectado con el acto ilícito.

Es así que la norma penal protege en esta clase delitos, el interés de la Administración Pública en la observancia de los deberes de probidad de los funcionarios, en el legítimo uso de la calidad o de la función.

Finalmente en forma de conclusión podemos decir que la concusión se da cuando un funcionario público o servidor público, que abusando de su cargo **obliga o induce** a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial.

- c) **PECULADO**:- La palabra peculado proviene del latín *pecus* (*ganados*) y *latus* (*hurto*). Etimológicamente significa hurto de ganado. En Roma, cuando el ganado era el bien máspreciado junto a la tierra, servía de medio de cambio comercial y definía el status socio – económico. El término fue juridizándose en la época de la República para indicar hurto de cosas de valor, hasta llegar a la época del Imperio a la noción de *criminis peculatus* o hurto de dinero o bienes públicos.

El Código Penal con referencia al delito de Peculado en su Sección III, artículos 387° al 392°, establece aquellos delitos en donde los funcionarios o servidores públicos pueden apropiarse o hacer un uso indebido de los bienes que le son entregados y que además son de propiedad del Estado.

- d) **CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS**: La corrupción – por lo menos la de contenido económico – es un fenómeno social que acompaña a la humanidad dividida en clases sociales, donde los recursos y las oportunidades

se hallan distribuidos en relaciones de asimetría y contraste. Está presente en los niveles altos del poder económico, político y social, como también en las prácticas horizontales, cotidianas, de interactuar humano en una proporción nada despreciables. Tiene mayor incidencia en sociedades no democratizadas donde la fuerza de los valores y deberes se caracteriza por su déficit en aquellas donde constituye un valor de intercambio para el cálculo de intereses. Justamente en estas últimas sociedades de naturaleza capitalista avanzada o incipiente donde la corrupción alcanza referentes de alarma que motivan interrogantes sobre la racionalidad de la misma.

El fenómeno de la corrupción se ha convertido en un problema mundial de implicancias múltiples tanto para la economía de las naciones, las reglas de la convivencia social, los estilos de conducción política y prácticas funcionales, como para la moral de los pueblos. Tal súbita irrupción a los escenarios de protagonismo mundial ha coincidido, o más bien ha sido posibilitado, por los efectos de las globalizaciones de la economía, las comunicaciones y la mundialización de la cultura, incluso ha permitido cohesionar los rasgos comunes de tal fenómeno en lo que se ha dado en denominar la cultura de la corrupción, anticultura extendida por los confines del planeta con prescindencia del régimen político o la formación económica social que se trate.

Ahora bien el Código Penal en su sección IV – referente al rubro de Corrupción de Funcionarios, específicamente del artículo 393° al 401° - B, establece las diversas modalidades en donde aquellos funcionario pueden encontrarse inmersos en el delito genérico de corrupción de funcionarios.

CAPITULO III

EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

3.1. ANTECEDENTES

El Código de 1863 señalaba en su artículo 194°: “El empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos de la Nación, les da una aplicación oficial distinta de la señalada por las leyes, será condenado a suspensión de dos a seis meses; y además sufrirá una multa de diez a cincuenta por ciento sobre la cantidad mal aplicada, si resultare daño o entorpecimiento del servicio público.”⁶

Por su parte el Código Penal de 1924 en su artículo 348° prescribía lo siguientes: “El funcionario o empleado público que teniendo a su cargo caudales efectos o bienes del Estado, les diere una aplicación pública distinta de la señalada por las leyes, será reprimido con inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27°, por tiempo no mayor de un año y multa de la renta de tres a treinta días, o con una de estas penas”.⁷

De otro lado el Código Penal de 1991, definía al delito de Malversación de Fondos, en su artículo 389°, de la siguiente forma: “El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente,

⁶ Código Penal de 1863, artículo 194°:-

⁷ Código Penal de 1924, artículo 348°:-

afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres años ni mayor de ocho años.⁸

De otro lado los legisladores peruanos del Código Penal de 1991 se apartaron del modelo español el mismo que sirvió de fórmula para la elaboración del Código Penal de 1994, habiéndose para ello tomado como paradigma legal el artículo 260° del Código Penal Argentino y en parte el artículo 315° del Código Italiano.

3.2. LA FIGURA PENAL DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

Esta figura en el ámbito de la administración pública, implica un abuso de poder, el mismo que se compone de un tipo básico y de dos circunstancias agravantes en función al daño y al destino especial del dinero o bienes; es de observancia que el tipo no emplea los términos “*caudales*” o “*efectos*”, estos términos se encuentran contemplados en el código argentino y chileno en sus respectivas fórmulas de malversación, así como tampoco se encuentra explícito acerca de la naturaleza de aplicación diferente como si lo encontramos en el Código Penal de 1924.

Según Fidel Rojas citando a Fontán Balestra, refiere que este tipo de delitos implica un peligro para la funcionabilidad de la administración pública. Sobre la pertinencia de esta figura penal existen posiciones doctrinarias que abogan por su descriminalización y postulan su reubicación en la estricta área administrativa.

De otro lado tenemos que el modelo peruano de malversación de fondos ha sido objeto de importantes modificaciones, con la dación de la Ley N° 27151 del 07 de julio de 1999⁹, le han conferido mayores niveles de racionalidad, concordándolo

⁸ Texto vigente conforme al artículo único de la Ley N° 27151 del 07 de julio de 1999

⁹ Artículo 389°: Modificado mediante artículo único de la Ley N° 27151 del 07/07/1999. Anteriormente, este artículo había sido modificado mediante el artículo único de la Ley N° 26198 del 13/06/1993

con los criterios de lesividad material que exige el Título Preliminar del Código Penal; es decir, que en definitiva la aplicación diferente y la afectación del servicio o de la función encomendada han contribuido a tales propósitos.

Podemos decir además que un sector del derecho penal, considera que el delito de malversación de fondos se encuentra enmarcado más por un ilícito administrativo que por un ilícito penal, dado a su escaso nivel de lesividad del bien jurídico protegido, por cuando lo que se vulnera o infringe en tal supuesto son deberes administrativos; siendo el caso que en varias legislaciones penales europeas no lo contemplan dentro de su catálogo de comportamientos con relevancia penal, ello en aplicación de los principios de mínima intervención y fragmentariedad.

La acción descrita en el delito de malversación de fondos, consagrada en el artículo 389° del Código Penal, se observa que está representada por el verbo rector "aplicación definitiva diferente", supuesto que no nos explica en forma taxativa que es lo que se quiere castigar, debiendo este verbo ser complementado. Así que la acción en este delito de acuerdo con el tipo consiste en dar al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados.

La acción imputada implica que el sujeto activo (funcionario público), tenga bajo su cargo, bienes o dinero de carácter público, procediendo por ende a darle una aplicación definitiva diferente, para lo cual estaba presupuestada en un primer momento.

Ahora bien, en el texto del tipo aparece la expresión "afectando el servicio o la función encomendada", cerrándose con ello la descripción de la conducta atribuida. Esta expresión implica que el tipo abarca dos conductas, una en la que la aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados; y otra en que la aplicación,

aunque pública, no es en beneficio público, lo que significa que las conductas tipificadas, independientemente de que redunden o no en beneficio público, serían siempre sancionadas. El destino de los bienes o caudales es siempre público pero ello no implica necesariamente que ese destino público diferente al destinado, genere beneficio público. Aquí el beneficio público debe entenderse como satisfacción de necesidades básicas o fundamentales de la colectividad.

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

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

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

No se entiende cómo un funcionario público que invierta fondos en la satisfacción de necesidades de la comunidad puede lesionar o poner en peligro el Patrimonio Público en su sentido inmaterial, si precisamente, su actividad pública le obliga a la búsqueda de las vías para la realización de los fines de la Administración Pública y dentro de los cuales se encuentra en orden principalísimo el satisfacer necesidades básicas de la ciudadanía.

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

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

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

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

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

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

La conducta analizada (aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados) implica una acción incapaz de causar daño al patrimonio público, que es el bien jurídico protegido, por lo que, en consecuencia, no existe la antijuridicidad material, y si ella no está presente, no se puede estructura el delito.

3.3. CONCEPTO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

Una definición común del término “malversar” remite al concepto de “una mala inversión” e incluso al del “gasto indebido de fondos ajenos”. El diccionario lo define así: “Invertir ilícitamente los caudales públicos, o equiparados a ellos, en usos distintos de aquellos a que están destinados”. En nuestro medio es hartos sabido que el manejo de un presupuesto, más aún si proviene de fondos públicos, es tarea hartos complicada. Usualmente quienes administran se encuentran atrapados en una disyuntiva entre lo ordenado por las normas presupuestarias y lo que se aprecia en una realidad económica que muchas veces estas no han sabido reflejar.

Según la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, define a la malversación de fondos, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público en beneficio propio 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.¹⁰

Para el diccionario jurídico - Lex Jurídico define a la malversación como aquel delito que es cometido por las autoridades o funcionarios que sustraen o consienten que un tercero sustraiga caudales o efectos públicos que tienen a su cargo.¹¹

Finalmente poder establecer de los conceptos brindados que existen autoridades que desconocen sobre esta materia, por lo que ante su inexperiencia e ignorancia comenten el delito de malversación de fondos, pues proceden a aplicar los fondos disponibles – pero asignados para gastos específicos y precisados a nivel presupuestario – a otro tipo de necesidades urgentes, delinquiendo sin propósito doloso. Esto sucede frecuentemente en el ámbito municipal y en provincias.

3.4. SUPUESTOS DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

a. Concepto de caudales

Debemos entender por caudales aquello que sea evaluable económicamente, además del dinero en efectivo, y por efectos públicos aquéllos que pertenecen a la Administración Pública, no siendo necesario para la comisión del delito que los mismos se hayan incorporado al erario público. Dichos caudales o efectos habrán de estar a cargo de la autoridad o funcionario público por razón de sus

¹⁰ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, consultado el 20/12/2009.

¹¹ Diccionario jurídico - Lex Jurídico, consultado el 27/12/2009.

funciones; de no ser así, no se cometería malversación, sino un delito de robo, hurto o apropiación indebida.

Comúnmente se ha identificado al concepto de “caudales” como una suma determinada de dinero; sin embargo, dicha expresión no puede ser reducida en su contenido tan sólo a un aspecto pecuniario, sino que debe entenderse en un sentido más amplio que comprenda todo género de bienes que representan un valor determinado. No hay duda alguna de que los caudales constituyen el patrimonio que comprende toda clase de bienes.

Finalmente debemos entender que el significado de “caudal” va estar dado por todo aquello que sea evaluable económicamente, además del dinero en efectivo.

b. Concepto de bien público

Conforme lo ha definido el Diccionario Jurídico Fundante, sostiene que bien público es todo aquello que pertenece al Estado nacional. La doctrina más generalizada establece las siguientes condiciones: 1) que pertenezca en propiedad a una entidad de derecho público; 2) que se halle “afectado” a un fin de utilidad común. Se reconoce como calidades inherentes a la naturaleza de bienes públicos, el ser inalienables, imprescriptibles e inembargables, se les opone el concepto de bienes privados. El Código Civil de 1984, no mantiene la clasificación de bienes de dominio público y de dominio privado. Sólo clasifica los bienes en muebles e inmuebles.¹²

¹² FLORES POLO, Pedro. Diccionario Jurídico Fundamental. Segunda Edición 2002. Editorial Grijley. Pág. 96.

c. **Concepto de efectos**

El concepto de “efectos” tiene una connotación más restringida y está referida a los documentos de crédito o valores emitidos legalmente que conllevan un contenido económico y reconocido como negociable, verbigracia, cheques, letras de cambio, títulos, acciones, etc.

Entiéndase por ende que el concepto de “efectos públicos” es aquellos que pertenecen a la Administración, no siendo necesario para la comisión del delito que los mismos hayan sido incorporados al erario público.

3.5. AGENTES INTERVINIENTES EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

d. **Sujeto activo**

Es el funcionario o servidor público, el que tiene a su mando la administración del dinero o bienes del Estado que con su acción incumple un deber de función, dejando sin satisfacer una necesidad pública que debía cubrirse conforme a lo previamente establecido por la Ley de Presupuesto.

El agente o sujeto activo debe tener facultades para disponer por imperio de la ley de los bienes para los fines del destino oficial previamente establecido, solo podrá ser sujeto activo el funcionario público o servidor público que tiene la disponibilidad jurídica de disponer de forma efectiva o material de los bienes porque tiene el poder ordenador o dispositivos de dichos bienes.

La CICC¹³ precisa que el sujeto activo del delito de malversación de fondos es el "funcionario público". A su vez, el Código Penal peruano establece que el sujeto activo de este delito es el "funcionario público o servidor público".

¹³CICC: Corte Interamericana contra la corrupción.

e. **Sujeto pasivo**

El Estado como único titular del bien jurídico protegido. La ejecutoria suprema del 15 de febrero de 2002, señala que “en los delitos de peculado y malversación de fondos previstos en los artículos 387° y 389° del Código Penal, el agraviado siempre es el Estado”.

De otro lado el sujeto pasivo está representado por el Estado en sus diferentes reparticiones públicas a nivel central, regional o local, organismos autónomos o descentralizados, incluidas, las empresas del Estado.

3.6. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE MALVERSACIÓN FONDOS

En esta clase de delitos el bien jurídico protegido será la buena marcha de la administración pública, teniendo como objeto específico la tutela penal, es decir, el preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, enmarcado ello en la racional organización de la ejecución del gasto y utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos; afirmándose con ello el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio.

Que conforme lo ha manifestado el profesor Fidel Rojas Vargas, sostiene que el “bien jurídico protegido en el delito de malversación de fondos, es la preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización o empleo del dinero y bienes públicos; se trata en suma, de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio”.¹⁴

¹⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. Código Penal. Tercera Edición. Editorial Edimsa. Lima - Perú. Pág. 598

De otro lado el bien jurídico del delito de malversación de fondos constituye el eje central para determinar con precisión el interés o valor tutelado, además se revisa el significado de la acción incriminada, que en el caso concreto se limita a la aplicación pública que hace el funcionario público, de los fondos o caudales a su cargo, diferente a la presupuestada o destinada, pero en beneficio público. De esta manera, es decir, determinando el significado de la conducta incriminada y del bien jurídico protegido por el tipo, se hace posible conocer si realmente aquella efectivamente lesiona o pone en peligro el interés o valor tutelado.

Es así que el resultado final se resume en que la acción incriminada no lesiona ni pone en verdadero peligro el patrimonio público, que es el bien jurídico protegido por este tipo penal, y por ende no se agota una condición esencial para la estructuración del delito, la cual estaría dada por la necesidad de la presencia de la antijuridicidad material, sin la cual no puede hablarse de un delito. En vista de esto se propone la descriminalización formal de tal conducta y mientras esto ocurra también se propone que los órganos jurisdiccionales resuelvan los casos por la vía de la declaratoria de que tal conducta no reviste carácter penal.

3.7. LA ACCIÓN TÍPICA DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

Dentro del ordenamiento jurídico penal, específicamente en el artículo 389° del Código Penal, se establecen dos clases de verbos rectores a efectos de que se pueda configurar el delito penal de malversación de fondos; los cuales serán tratados a continuación:

f. **Administración de los caudales y efectos: Relación Funcional**

Para comenzar a la descripción de este verbo rector primero diremos que entre el concepto de funcionario público y los fondos o bienes que se encuentran bajo su administración primero deberá de existir un vínculo, el mismo que está dado por la obligación que se tiene de custodiar los fondos o bienes públicos, a efectos de darle el destinado para el cual fue otorgado.

En el caso de la ley peruana solamente se requiere de la administración y por ende ello supone que el sujeto activo deberá poseer los fondos y además tener las facultades legales de disposición de los mismos conforme a los planes trazados por la administración pública.

g. **Aplicación definitiva diferente de los bienes destinados: Actos de Malversación**

Así mismo en cuanto a la aplicación definitiva diferente se puede decir que viene a ser la utilización, empleo o inversión distinta, tiene que circunscribirse al ámbito de diversos destinos oficiales o públicos, dado a que si un funcionario destina el dinero o bienes a su uso, provecho personal o de terceros, el tipo penal configurado no sería el de malversación de fondos sino más bien peculado.

Se entiende además por *aplicación diferente* el invertir mal o destinar en forma indebida los fondos públicos que le han sido asignados y que a su vez son administrados por el sujeto agente; así mismo la aplicación diferente puede incluir tanto malversaciones producidas al interior de la repartición o unidad administrativa, como las producidas fuera de la repartición con la condición que sigan dentro de la esfera pública.

De otro lado muchos tipos penales de los delitos contra la administración pública están contruidos como “delitos especiales”, es decir, solamente pueden ser cometidos por sujetos que reúnan una cualidad determinada (los “intranei”), mientras que los que no reúnan tal cualidad (los “extranei” o “extraños”), ya por mandato de la ley, no pueden cometer tal delito especial como “autores”. Además, los delitos especiales pueden presentarse como “propios” o como “impropios”. Los **delitos especiales “propios”** son aquellos en los que el injusto penal se basa decisivamente en la cualidad especial de quien comete los hechos; por ejemplo en el C. P. peruano, el “prevaricato” (art. 418°), el “abuso de autoridad” (art. 376° y ss.), la “malversación de fondos” (art. 389°) o el “cohecho” (art. 393° y ss.) del C.P. peruano. No existe un tipo común similar a estos. En cambio, en los **delitos especiales impropios** la cualidad no constituye, sino solamente agrava el injusto penal ya existente; o sea, existe ya un tipo penal común al cual se puede recurrir en caso de no existir tal cualidad en el autor; ello ocurre, en el C. P. peruano, con el “peculado” (art. 387°) que puede verse como un caso agravado del “hurto” (art. 185°) o de la “apropiación indebida” (art. 190°); o la “concusión” (art. 382°) en relación con las coacciones (art. 151°) o la “estafa” (art. 196°).

3.8. ELEMENTO SUBJETIVO

Esta tipo de delitos debe ser doloso, la Ley Penal no castiga las formas culposas de malversación. Lo cual implica que el sujeto activo debe tener conocimiento, en su actuar voluntario, del fin o destino indebido y definitivo que está dando a los bienes y dinero, infringiendo sus deberes.

Se trata en no pocas ocasiones de la presencia de lo que los romanos llamaban “*dolus bonum*” (dolo bueno), pero que la norma penal peruana igual castiga.

Sobre la clase de dolo requerido para perfeccionar el componente subjetivo del delito es de señalar que en el derecho comparado específicamente en el artículo 434° del código español (1995) resulta relevante la malversación si el agente actuó con dolo directo. Esta orientación de flexibilidad en la política española, deja abierta la posibilidad a los funcionarios de desviar los fondos y emplearlos en destinos diferentes a los ya asignados primigeniamente, de ser justificada por las circunstancias. En el caso de la figura peruana resulta suficiente el *dolo eventual*.

Por su parte Ramiro Salina Siccha, sostiene que el delito de malversación de fondos es un delito solo de comisión doloso. Pues no cabe la comisión por culpa. En consecuencia, requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento que tiene el deber de lealtad y probidad de administrar y aplicar el dinero o bienes del Estado confiados a su cargo al destino previamente establecido, no obstante voluntariamente decide darle una aplicación diferente definitiva a la establecida, ocasionando con tal proceder una afectación al servicio o función encomendada.¹⁵

3.9. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

a) Tentativa:

En nuestra legislación se contempla la tentativa en Título II, Capítulo II del Libro Primero, Parte General, artículos 16° al 19° del Código Penal.

¹⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Grijley. Lima. Pág. 421

Según la codificación, existe la tentativa cuando el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. Este comienzo se debe expresar por actos exteriorizados idóneos que se interrumpen por acción ajenas a la voluntad del agente.

De esta descripción se desprenden tres condiciones esenciales que caracterizan a esta modalidad de tentativa:

- La voluntad del agente orientada a la realización del hecho punible.
- La exteriorización de esa voluntad rectora en actos materiales que son idóneos para la realización.
- Que no se concretice el hecho por causas ajenas a la voluntad del agente. No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o la absoluta impropiedad del objeto.

b) **Consumación:**

En cuanto a la consumación tendrá lugar cuando los caudales o efectos públicos pasen a disposición del autor de los hechos o de tercero, lo que supone haberlos incorporado a su patrimonio.

El empleado público que tiene a su cargo caudales o efectos de la Nación, les da una aplicación distinta de la señalada por la ley.

Así mismo podemos decir que el delito de *malversación de fondos* es tratado como un delito de resultado de naturaleza doble: de acción omitiendo un deber de función. 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 éstos no se destinen, ejecuten o apliquen materialmente. Naturalmente, que es presupuesto del delito que los bienes o dinero hayan tenido un destino establecido previamente pues de no ser así el acto de disposición oficial distinto que realiza el sujeto público será atípico de malversación de fondos, ingresando al ámbito de su decisión discrecional. Para los efectos de la consumación del delito la norma no fija parámetros de plazos o términos, entendiéndose que éstos son de incumbencia administrativa.

De otro lado la afectación al servicio o de la función encomendada se constituye en una condición objetiva de punibilidad para hacerse merecedora de la sanción del injusto penal cometido por el sujeto público malversador. Obviamente que una interpretación gramatical y simplista del concepto de afección puede llevar a excesos en la evaluación de dicha condición, siendo por lo tanto necesario incluir criterios de lesividad real que comprometan seriamente la funcionalidad de los servicios y la función pública, con lo cual se estará colocando un nivel de filtro a la represión de la malversación de fondos, aunada a la definitividad de la aplicación diferente, que confirman la tesis que se ha racionalizado la punición del delito, aplicándose un derecho penal mínimo.

3.10. MALVERSACIÓN DE FONDOS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1924

El Código de 1924 en su artículo 348° indicaba lo siguiente: *“el funcionario o empleado público que teniendo a su cargo caudales efectos o bienes del Estado, les diere una aplicación pública distinta de la señalada por las leyes, será reprimido con inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 3 del artículo 27°, por tiempo no*

mayor de un año y multa de la renta de tres a treinta días, o con una de estas penas”¹⁶

De otro lado los legisladores peruanos que redactaron el Código de 1991 procedieron a apartarse del modelo español que sirvió para la fórmula de 1924, tomando como paradigma legal el artículo 260° del Código Penal Argentino y en parte del artículo 315° del Italiano.

3.11. PRINCIPIO DE NE BIS IN IDEM

El derecho peruano ha incorporado como parte de su legislación administrativa, el principio del *ne bis in ídem o non bis in ídem*, específicamente el numeral 10 del artículo 230° de la Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, señala que “*No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena o una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento*”.

Muchas veces tenemos una noción solamente circunstancial del principio del *ne bis in ídem*, sin embargo, existe un desarrollo doctrinario que demuestra que éste se encuentra considerado dentro de las garantías orgánicas jurisdiccionales, precisamente en el mismo nivel de los llamados principios de proporcionalidad, principio de buena fe y de seguridad jurídica, conocidos como principios generales del Derecho; y de los principios procesales conocidos como: *nulla poena, sine lege*, *nulla poena, sine iudicio*, presunción de inocencia, principio del juez natural y el derecho de defensa.

¹⁶ El Código de 1863, por su parte, señalaba en su artículo 194°: “*el empleado público que teniendo a su cargo caudales o efectos de la Nación, les da una aplicación oficial distinta de la señalada por las leyes, será condenado a suspensión de dos a seis meses; y además sufrirá una multa de diez a cincuenta por ciento sobre la cantidad mal aplicada, si resultare daño o entorpecimiento del servicio público*”

Siendo esto así, puede asumirse que el principio del *ne bis in ídem* no es suplementario de las demás garantías que protegen la libertad individual, pues no es un principio dependiente, ya que no nace del proceso, sino que existe antes de él, es un “regulador” del proceso judicial o del procedimiento administrativo. De ahí su importancia en la estructura del *ius puniendi* del Estado. De acuerdo a estos conceptos, podemos afirmar, que este principio es la esencia que fortalece la entidad de la cosa juzgada o la litis pendencia. El *ne bis in ídem* viene a ser entonces, una garantía política protectora de la libertad individual y que sirve de sustento a estas excepciones. Es por ello, que las ejecutorias supremas nacionales como internacionales, basan sus sentencias – cuando aplican este principio - en normas constitucionales y en tratados internacionales de derechos humanos.

Ahora bien, cuál sería el principio constitucional del *non bis in ídem* en nuestro sistema jurídico peruano. Si hacemos un análisis de nuestra jurisprudencia, encontraremos muy poca información sobre el mismo. Sin embargo, se ha encontrado jurisprudencia, específicamente del Tribunal Constitucional que ha venido aplicando constante y lógicamente este principio, en procedimientos administrativos.

En estos casos, el fundamento del Tribunal Constitucional se basa en la norma constitucional que corresponde a las llamadas garantías jurisdiccionales, específicamente a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado que señala que “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (...)*”. Sin embargo, la pregunta que surge es, si esta norma constitucional abarca todo el significado que tiene la aplicación del *ne bis in ídem*. Creo que no, la norma constitucional abarca el *ne bis in ídem* material, (protección

del derecho de toda persona de no ser sentenciada nuevamente por un hecho que ya mereció sanción), más no el procesal, prohibición de doble persecución.

De otro lado la prohibición de una segunda persecución penal encuentra su objeto no solo en la prohibición de dos o más condenas contra una misma persona para un solo hecho punible, comprende la necesidad de evitar que una persona sufra una doble persecución y el riesgo de ser condenada por un mismo hecho punible, pues solo en una oportunidad el Estado podrá imponer una consecuencia jurídico – penal.

Así mismo el principio de *ne bis in ídem* tiene las siguientes dimensiones: ***Ne bis in ídem material o sustantiva y Ne bis ídem procesal o formal.***

- ✓ **Ne bis in ídem material o sustantivo:** Esta garantía consiste en que “nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador contrario a las garantías propias del Estado de derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más) veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.¹⁷

El principio *de ne bis in ídem*, según Beling, “alcanza su verdadero valor en las sentencia que resuelven sobre el fondo. Estas se consume [...] el objeto procesal complementa, lo mismo si se terminó mediante una sentencia de condena o una sentencia absolutoria; resulta necesario que el tribunal en el primer proceso hubiese podido esclarecer por completo el caso en su aspecto fáctico y jurídico. Agrega el citado autor, las resoluciones finales formales no

¹⁷ Expediente N° 8453-2005-PHC/TC.

pueden tener efectos definitivos respecto del fondo, y, por tanto, no pueden despojar al titular de la acción penal de su derecho de la misma, porque no satisfacen la pretensión del actor de examinar el objeto procesal.¹⁸

En consecuencia, se les puede negar la fuerza material de cosa juzgada, es decir, el efecto de *ne bis in ídem*.

Para el Tribunal Constitucional, este principio contempla “la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras, la proscripción de ulterior juzgamiento cuando por el mismo hecho ya se haya enjuiciado en un primer proceso en el que se haya dictado una resolución con efecto de cosa juzgada.”¹⁹

Así pues, la dimensión material se relaciona con los principios de legalidad (mandato de taxatividad), de seguridad jurídica e irretroactividad penal.²⁰

- ✓ **Ne bis ídem procesal o formal:** Esta garantía impide que se inicie un nuevo enjuiciamiento basado en la imputación de un hecho ilícito sobre el cual existe un proceso anterior o en trámite. Como señala Caro Coria, “en un plano preventivo, el *ne bis in ídem* procesal proscribiera desde ya, exista o no cosa juzgada, la persecución sancionatoria por un mismo hecho contenido de injusto, sin importar si los procesos paralelos se desarrollan dentro del mismo sector del ordenamiento jurídico o en dos o más de ellos.”²¹

Por su parte, el Tribunal Constitucional sostiene que este principio “[...] garantiza que nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos”; es

¹⁸BELING, Ernest. Derecho Procesal Penal. Labor. 1943. Pág. 201 y siguientes.

¹⁹ Expediente N° 0729-2003-HC/TC.

²⁰ Artículo 2°, inciso 24, literal d de la Constitución Política.

²¹ CARO CORIA, Dino Carlos. “El Principio *ne bis in ídem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En problemas actuales de Derecho Penal y Procesal Penal. PUCP. Lima 2006. Pág. 24.

decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto.

Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo)”²²

La dimensión procesal del *ne bis in ídem* impide que alguien pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir, se proscribe que un mismo hecho sea objeto de dos procesos distintos. Se busca evitar la dualidad de procedimientos, como sucedería, por ejemplo, cuando existe uno de carácter administrativo y otro de orden penal; es por ello que se establece la interdicción de un doble proceso penal por la misma conducta. Por tanto, no es admisible la repetición del proceso y tampoco una doble condena. Al ejercer el Estado su *ius puniendi* debe tener una sola oportunidad de persecución.

Una cuestión de interés es cuándo puede darse una infracción de este principio, es decir, qué condiciones se requieren para que se configure su infracción. Una respuesta a esta interrogante nos la brindó el Tribunal Constitucional, el cual sostuvo que estas condiciones son las siguientes:

- El procesado debe haber sido condenado o absuelto.
- La condena o absolución debe sustentarse en una resolución judicial firme.
- La nueva persecución penal debe sustentarse en la infracción del mismo bien jurídico que motivó la primera resolución de absolución o condena.

²² Expediente N° 2868-2004-AA/TC.

Ahora bien, “dado que la exigencia primaria y básica de la dimensión procesal del *ne bis in ídem* es impedir que el Estado arbitrariamente persiga criminalmente a una persona por más de una vez, tal arbitrariedad no se genera en aquellos casos en que la instauración y realización de un proceso penal se efectúa a consecuencia de haberse declarado la nulidad del primer proceso. En el mismo sentido, la nulidad de actuados al interior de un proceso penal no puede configurar una afectación al *ne bis in ídem*. [...]”²³

Por otra parte, este principio requiere que se cumpla los siguientes presupuestos:

- **Identidad de persona:** Consiste en la identidad de sujeto imputado. No es necesario que existe identidad de víctima y agraviado o sujeto pasivo de la infracción, basta que se trate del mismo sujeto. Se trata de la identidad persona de aquel en el que haya recaído o no sentencia anterior sobre el fondo del asunto con la calidad de cosa juzgada y que vuelva a ser perseguido en otro proceso penal por las mismas imputaciones.
- **Identidad del hecho:** Debe existir una identidad fáctica entre el hecho punible y el tipo penal que se imputa. Lo decisivo es, “conocer si se sanciona o persigue al sujeto bajo el mismo fundamento”.
- **Identidad de fundamento:-** No debe sancionarse por un mismo hecho cuando la pena se fundamenta en un mismo contenido de ilícito o injusto. La identidad de fundamento “no garantiza la vigencia del principio en el caso de las infracciones administrativas. Debe dotarse al *ne bis in ídem* material de contenido normativo, la prohibición de sancionar más de una

²³ Expediente N° 4228-2005-PHC/TC.

vez debe operar siempre que se trate del mismo contenido de injusto o ilícito, de la misma infracción.”

Una de las consecuencias del ejercicio real del derecho de presunción de inocencia es la institución de la cosa juzgada, que dota a una resolución judicial de una especial calidad que impide que entre las mismas partes se vuelva a debatir sobre el mismo asunto. Para esto debe haber una identidad de causa (hechos) y objeto (pretensión).

3.12. LEGISLACIÓN COMPARADA

a) España

El Código Penal de España de 1973, en su artículo 397º, establece que: “el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, incurrirá en las penas de inhabilitación especial y multa del 5 al 100 de la cantidad distraída, si resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignado, sin que pueda bajar dicha multa de 100,000 pesetas, y en la de suspensión, si no resultare”.

De otro lado el Código Penal de 1995 en su artículo 434º preceptúa que: “la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier administración o entidad estatal, autónoma o local u organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o carga pública por tiempo de tres a seis años”.

b) Argentina

El Código Penal argentino, en el Título XI, tipifica los “*Delitos contra la Administración Pública*”. El bien jurídico tutelado es el funcionamiento normal, ordenado y legal de la Administración Pública, la que puede verse afectada en su funcionamiento por la conducta corrupta de un funcionario público. Entendiendo por funcionario público “*a todo aquel que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente*” (CP. Art. 77°)

Para el Código Penal Argentino de 1922, en su artículo 260° refiere que: “será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administre 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”.

c) Italia

El Código Penal Italiano de 1930, preceptúa en su artículo 315° que: “el oficial público o el encargado de un servicio público que se apropia o en cualquier forma distrae en provecho propio o de un tercero dinero o cualquier cosa mueble no perteneciente a la administración pública y en cuya posesión esté por razón de su oficio o servicio, será castigado con la reclusión de tres a ocho años y con la multa no inferior a mil liras”.

El Código Penal de Italia, artículo 316° establece que “cualquier extraño a la administración pública que habiendo obtenido del Estado o de otro ente público o de la comunidad europea contribuciones, subvenciones o financiamiento 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.”

d) Colombia

En cuanto al Código Penal de Colombia, en su artículo 136°, refiere que: “el servidor público que dé a los bienes del Estado, de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, incurrirá en prisión de seis meses a tres años, multa de diez a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones pública de uno a tres años.

e) Chile

Según artículo 236° del Código Penal de Chile de 1874, sostiene que: “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.

f) Venezuela

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

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

g) Panamá

El delito de malversación de fondos se encuentra tipificado en el Código Penal de la República de Panamá en el artículo 336°, el mismo que fue promulgado mediante Ley N° 14 del 18 de mayo del 2007 y que establece: “El servidor público que dé a los caudales o afectos que administra una aplicación o función pública distinta de aquella a la cual estuvieran destinados y resulta afectado el servicio o función encomendado, será sancionado con prisión de uno a tres años”.

La pena será de tres a seis años de prisión, si se actúa con el propósito de obtener un beneficio propio o para un tercero, o si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o de apoyo social y resulta afectado el servicio o función encomendado.

h) Bolivia

En el Código Boliviano, encontramos al delito de malversación de fondos dentro del Capítulo I – Delitos cometidos por funcionarios públicos, específicamente en el artículo 144° de su Código Penal, el mismo que establece que: “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 público, la sanción será agravada en un tercio”.

CAPITULO IV

DESCRIMINALIZACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

“El derecho penal es un medio de control social formal, mediante él, el Estado impone a las personas una determinada forma de conducta básicamente, esta imposición conductual se fundamenta en la necesidad de preservar intereses individuales o colectivos indispensables para el normal desarrollo de la vida en sociedad, según la ideología y los objetivos sociales del estado”.

Antes de hablar de la descriminalización, debemos empezar hablando de aquel concepto operativo, así como la función de lo que es la Política Criminal, pues para empezar diremos que es un sistema que vincula objetivos, estrategias, decisiones, acciones de gobierno y organismos públicos, con la función común de prevenir y controlar los problemas sociales de criminalidad que afronta un país en un contexto histórico determinado.

La política criminal es una manifestación concreta de la política general del Estado y por tanto deber ser parte integrante de todo proyecto nacional.

4.1. CONCEPTO DE DESCRIMINALIZACIÓN

La palabra descriminalización fue una expresión usada por primera vez en 1949, por Shelton Gluech, con amplia aceptación en el XI Congreso Internacional de Derecho Penal realizado en Budapest, en el año de 1974.

Para el profesor Figueiredo Díaz, la descriminalización consiste en abandonar a la criminalización de ciertas conductas o hacer que una infracción pierda su carácter criminal. Significa la renuncia del Estado en el control de la conducta de los individuos.

La validez de las normas sociales depende del grado de tolerancia aprobado por un juicio de valor correspondiente a la expectativa media de los intereses de la mayoría de la sociedad y no aquella manipulada por los intereses políticos de la minoría Gobernante.

Es así que en la medida en que la sociedad se desenvuelva culturalmente en los aspectos socio – económicos, se acelera el proceso de descriminalización; por otro lado, cuando aumenta la impunidad, consecuentemente aumenta el descrédito social, por los organismos de administración de seguridad pública y de justicia, y aún las leyes penales tienden a ser cada vez más represivas y arbitrarias, se trata de la inseguridad personal, ciudadana y pública.

Al hablar de descriminalización tenemos que tener en mente las razones del proceso de criminalización, pensamos en la ley penal, como herramienta de control social, y producto de la clase dominante, en la presión del Poder Político – Económico que determina quién es delincuente, y estigmatiza a los individuos necesitados de “*status social*”.

En el Código Penal, se plantea la *descriminalización* de figuras delictivas, ya sin significación. Se lucha por la tipificación de nuevas formas de criminalidad, como la delincuencia económica o modalidades inéditas de crimen organizado. Se propone la restricción de la pena privativa de libertad, por medio de medidas alternativas de la prisión, con apoyo de la comunidad. Serían unificadas a la reclusión y detención. Con énfasis del fin preventivo de la pena, serían identificadas la pena y la medida de seguridad.

Por fin, el derecho penal se reduce “*última ratio*” de la política social; antes se necesitaba el máximo posible del Derecho Penal, pero ahora, el mínimo (Claus Roxin). En la legislación procesal se enfoca la reforma del proceso penal en el sentido de su humanización y mayor respecto a las reglas del “*dueprocess*”, que fundan en principios constitucionales.

4.2. ALTERNATIVA DE UNA SANCIÓN PENAL POR UNA SANCIÓN ADMINISTRATIVA

Habiendo analizado el delito de malversación de fondos, en cuanto a los supuestos para su configuración, así como las incidencias en la comisión de éste hecho delictivo en el Distrito Judicial de Cajamarca, tenemos que las investigaciones aperturadas por los Representante del Ministerio Público, conlleva a reunir una serie de medios o indicios a efectos de poder determinar la responsabilidad de los sujetos activos, situación que al mismo tiempo es de difícil comprobación, por cuanto si bien es cierto se está hablando de aquellos funcionarios o servidores públicos que se apoderan de los caudales del Estado, lo cierto es tanto que dicha apropiación no es a favor de ellos mismos, sino con la finalidad de efectuar obras diferentes a la preestablecidas, es así que la sanción que considera el Código sustantivo es una pena no menor de uno ni mayor de cuatro años de pena privativa de la libertad; es así que dicha sanción penal comparada con la legislación extranjera, específicamente con la legislación venezolana, se ha podido observar que existen algunos estudios dirigidos a descriminalizar el delito materia de la presente investigación, pues del análisis efectuado se ha podido determinar que las acciones incriminadas en esta clase de delitos y específicamente por el accionar del sujeto activo, no son capaces de producir un daño al bien jurídico tutelado, pues si bien es cierto es el eje central para poder determinar el interés o valor tutelado, cierto es también que lo que se busca es revisar el significado de la acción incriminada, pues en el caso del delito de malversación de fondos, se limita a la aplicación pública que hace el funcionario público, de los fondos o rentar a su cargo, diferente a la presupuestada o destinada, pero en beneficio público, observándose

que el resultado de dicha acción incriminada no lesiona ni pone en peligro el patrimonio público, que vendría a ser el bien jurídico protegido por el tipo penal.

Así mismo lo que se busca con el presente trabajo de investigación, es que, no se vulnere el principio constitucional del **NE BIS IN ÍDEM**, pues como lo establece nadie puede ser sancionado dos veces por un mismo hecho, lo que si sucedería al iniciar un proceso penal, por el delito de malversación de fondos, pues como ya se ha dicho durante la secuela del presente trabajo el derecho penal es la última ratio, lo que implica que se deberá buscar sanciones administrativas a efectos de poder de alguna forma castigar el actuar de aquellos funcionarios o servidores públicos a quienes se le encomienda los caudales o efectos del Estado; pues a criterio personal de la tesista una sanción administrativa aplicada en los delitos de malversación de fondos tendrían mayor connotación social que la imposición de una sanción penal.

De otro lado se tiene que la intención de la tesista, es que exista una capacitación especializada para todas aquellas personas que desean ingresar a la carrera administrativa y por ende deseen ostentar un cargo de funcionario o servidor público, con la finalidad de tener el mayor diligenciamiento cuando procedan a administrar los fondos o efectos del Estado, a efectos de poder prevenir esta clase de conductas y no incurrir en un mala gestión pública, evitando de esta forma un mal destino en el fondo que le son confiados por el Estado, teniendo como excepción en caso de emergencia o necesidad pública.

El presente trabajo que se viene desarrollando con la interpretación de los cuadros estadísticos, se podrá arribar a una conclusión y sugerencia para poder demostrar si la hipótesis planteada puede ser verdadera o falsa.

4.3. LA IMPUNIDAD DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS

El delito de malversación de fondos tal como lo contempla el Código Penal y al escaso uso o incidencia en denuncia y sentencia condenatorias (que generalmente se limitan a gobiernos regionales y locales), al descriminalizar e imponer una sanción administrativa no estaríamos generando impunidad y lo que se busca es proteger a la correcta y recta administración pública, en la que sus funcionarios o servidores públicos deben cumplir la Constitución y la Ley, siendo suficiente la sanción administrativa que también son drásticas y a criterio de la tesista suficientes en esta clase de conductas.

4.4. DERECHO PENAL COMO ÚLTIMA RATIO

Según el Principio de intervención mínima, el Derecho Penal debe ser la *última ratio*, el último recurso de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir. La intervención del Derecho Penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible (minimización de la respuesta jurídica violenta frente al delito).

De otro lado el Principio de subsidiariedad, el mismo que también establece que el Derecho Penal es el *último* recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado carácter fragmentario del Derecho Penal constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima. Que el Derecho Penal sólo debe proteger bienes jurídicos no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelado deba determinar la intervención del Derecho Penal.

Ahora bien en el presente trabajo de investigación lo que se busca es que se proceda a descriminalizar el delito de malversación de fondos, por cuanto si bien es cierto el tipo penal establece que el sujeto activo deberá ser únicamente un funcionario o servidor público, lo cierto es también que dichos sujetos no proceden a apoderarse para sí mismo de los bienes que les fueron conferidos, sino que más bien le dan una utilización diferente para la cual estaba destinada primigeniamente; lo que implica que podrían ser pasibles de una sanción administrativa, por cuanto no ha existido el dolo en la comisión de dicho acto ilícito, y si bien es cierto que el derecho penal es la última ratio, lo cierto es también que existen diversas sanciones administrativas que les podrían ser aplicadas a dichos investigados, a efectos de sancionarlos por la conducta cometida y de ese modo no trasgredir el principio constitucional del *ne bis in ídem*.

TERCERA PARTE
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS, DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y
RECOMENDACIONES

1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

1.1. SEÑALAMIENTO O SELECCIÓN DE UNIDADES DE ANÁLISIS

1.1.1. EXPEDIENTES JURISDICCIONALES DE LAS DOS SALAS PENALES EXISTENTES DURANTE LOS AÑOS 2007-2009

Esta unidad de análisis corresponde a los expedientes jurisdiccionales iniciados en las dos Salas Penales existentes durante los años 2007-2009, cuyo trabajo era desarrollado en virtud del anterior Código de Procedimientos Penales, los mismos que han versado acerca de los procesos incoados con motivo de la comisión de un hecho delictivo que afecta a la administración pública, haciendo presente que, como primer paso se han estudiado la totalidad de los procesos incoados por delitos contra la administración pública, para después aterrizar en los procesos iniciados específicamente por el delito de malversación de fondos, cuyas características particulares difieren del resto de los delitos contra la administración pública, tal y como ya ha sido señalado en el marco teórico de la presente tesis.

Se ha preferido tener como unidad de análisis la totalidad de los procesos iniciados por delitos contra la administración pública a fin de determinar las diferencias entre el género y la especie particular referida a los delitos contra la administración pública. Tesis que apoyará la propuesta de su eliminación del ordenamiento penal y su adecuación en el ordenamiento administrativo.

1.2. POBLACIÓN OBJETIVO Y ACCESIBLE

En este caso, la población objetivo y accesible son las mismas debido a que se ha accedido a la totalidad de expedientes tramitados por delitos contra la administración pública en las dos Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.

1.3. MUESTRA

Para el presente trabajo la muestra constituye el 80% de los expedientes que han sido sentenciados en la Primera y Segunda Salas Penales del Distrito Judicial de Cajamarca, por los delitos cometidos contra la administración pública durante los años 2007 a 2009.

1.4. INTERPRETACIÓN LÓGICA Y RACIONAL DE LA ESTRATEGIA METODOLÓGICA

Que se ha llevado a cabo según la secuencia de actos programados respecto al recojo de datos y la interpretación de los mismos.

Los datos se han recogido de los expedientes antes mencionados, han sido procesados mediante la utilización del SPSS y, posteriormente interpretados mediante la utilización de los métodos señalados en el proyecto.

1.4.1. Recolección y ubicación de los expedientes jurisdiccionales

La recolección y ubicación de expedientes jurisdiccionales tomados como muestra, por el periodo señalado, se ha llevado a cabo en las instalaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, con la anuencia de la Presidencia de la Corte Superior y de ambas Salas Penales, de los archivos materiales que en ésta obran.

PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN Y UBICACIÓN DE EXPEDIENTES JUDICIALES A TRAVÉS DE LOS LIBROS DE REGISTRO

A. Libros de Registro de Ingresos

El primer paso para llevar a cabo la recolección y ubicación de los expedientes judiciales fue la búsqueda en los Libros de Registro de Ingresos, los cuales nos han permitido tener luces del estado del expediente y el lugar donde ubicarlos; habiéndose obtenido los siguientes expedientes:

Tabla 1: EXPEDIENTES RECOLECTADOS

N°	N° de EXPEDIENTE	DEPENDENCIA
1.	2001-136	Primera Sala Especializada Penal
2.	2004-1039	Primera Sala Especializada Penal
3.	02-010-060501JX01	Primera Sala Especializada Penal
4.	2006-709	Primera Sala Especializada Penal
5.	2002-0040	Primera Sala Especializada Penal
6.	2006-692	Primera Sala Especializada Penal
7.	2005-121	Primera Sala Especializada Penal
8.	610-95	Primera Sala Especializada Penal
9.	2002-040-4JEC	Primera Sala Especializada Penal
10.	2007-1190-0-0601-JR-PE-1	Primera Sala Especializada Penal
11.	2006-709	Primera Sala Especializada Penal
12.	848-94-P	Primera Sala Especializada Penal
13.	2007-007-060712JX01	Primera Sala Especializada Penal
14.	2007-858	Primera Sala Especializada Penal
15.	2003-0199	Primera Sala Especializada Penal
16.	2006-048-0-0601-JR-PE-05	Primera Sala Especializada Penal
17.	2000-0113-0-0601-JR-PE-04	Primera Sala Especializada Penal
18.	2008-0121	Primera Sala Especializada Penal
19.	2003-1327	Segunda Sala Especializada Penal
20.	2004-181	Segunda Sala Especializada Penal
21.	2002-1303	Segunda Sala Especializada Penal
22.	2005-346	Segunda Sala Especializada Penal
23.	2002-1303	Segunda Sala Especializada Penal
24.	2004-009-060108JX1P	Segunda Sala Especializada Penal
25.	2005-0238-060301JX01P	Segunda Sala Especializada Penal
26.	2003-0664	Segunda Sala Especializada Penal
27.	2004-0037	Segunda Sala Especializada Penal
28.	2006-0079-0606011JX01	Segunda Sala Especializada Penal
29.	2004-0575-0-0601-JR-PE-03	Segunda Sala Especializada Penal
30.	2005-0239	Segunda Sala Especializada Penal
31.	2006-0071	Segunda Sala Especializada Penal
32.	99-405	Segunda Sala Especializada Penal

Fuente: ELABORACIÓN PROPIA

1.4.2. Recojo de datos

Una vez ubicados y recolectados los expedientes, procedimos al recojo de datos, los mismos que han variado de lo proyectado debido a que pensábamos contar con una alta frecuencia de expedientes con Sentencias firmes y no ha sido así; por lo que los indicadores que hemos tomado en cuenta para el recojo de datos en la presente investigación son los siguientes:

A. De la totalidad de expedientes

Para ellos hemos utilizado un Cuadro de Recojo de datos con doble entrada, de manera vertical se han consignado los números de expediente y de manera horizontal los siguientes códigos:

- A. Correspondencia con el bien jurídico de los delitos contra la administración pública.**
- B. Resolución de conformidad con el principio de exigüidad.**
- C. Resolución de conformidad con el principio de ofensividad.**
- D. Resolución de conformidad con el principio de afectación material.**

De los cuales se han recogido los siguientes resultados:

Tabla 2: CONSOLIDADO DE RESULTADOS

N°	N° DE RESOLUCIÓN	A	B	C	D
1.	2001-136	1	2	2	2
2.	2004-1039	1	2	2	2
3.	02-010-060501JX01	1	2	2	2
4.	2006-709	1	2	2	2
5.	2002-0040	2	2	2	2
6.	2006-692	1	2	2	2
7.	2005-121	2	2	2	2
8.	610-95	2	2	2	2
9.	2002-040-4JECF	2	2	2	2
10.	2007-1190-0-0601-JR-PE-1	1	2	2	2
11.	2006-709	1	2	2	2
12.	848-94-P	1	2	2	2
13.	2007-007-060712JX01	1	2	2	2
14.	2007-858	1	2	2	2
15.	2003-0199	2	2	2	2
16.	2006-048-0-0601-JR-PE-05	1	2	2	2
17.	2000-0113-0-0601-JR-PE-04	1	2	2	2
18.	2008-0121	1	2	2	2
19.	2003-1327	1	2	2	2
20.	2004-181	1	2	2	2
21.	2002-1303	1	2	2	2
22.	2005-346	1	2	2	2
23.	2002-1303	1	2	2	2
24.	2004-009-060108JX1P	2	2	2	2
25.	2005-0238-060301JX01P	2	2	2	2
26.	2003-0664	1	2	2	2
27.	2004-0037	1	2	2	2
28.	2006-0079-0606011JX01	2	2	2	2
29.	2004-0575-0-0601-JR-PE-03	1	2	2	2
30.	2005-0239	2	2	2	2
31.	2006-0071	1	2	2	2
32.	99-405	2	2	2	2

Donde 1 significa afirmación y 2 significa negación.

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA

1.5. PROCESAMIENTO E INTERPRETACIÓN DE DATOS

El procesamiento de los datos se ha dado utilizando el programa estadístico SPSS21, a través del cual se han obtenido los siguientes cuadros y gráficos:

1.5.1. De los expedientes en su totalidad

a. Porcentaje de expedientes correspondientes a procesos tramitados por el delito contra la administración pública en la Primera Sala Especializada Penal de Cajamarca

Este primer cuadro da cuenta del panorama general de la investigación, es decir, el porcentaje de procesos en los que se ha incoado una causa basados en la comisión de delitos que afectan a la administración pública, ante la Primera Sala Especializada Penal de Cajamarca (hoy Segunda Sala Liquidadora Penal) por cualquiera de los delitos consignados en el Título Décimo Octavo de la parte especial del Código Penal. Del recojo de datos al respecto, hemos obtenido que en el año 2007 ha existido un 73% de procesos que fueron tramitados por el delito contra la Administración Pública, un 91% en el año 2008 y un 82% en el año 2009. Todos éstos, porcentajes que superan el 50% del total de procesos tramitados en dicha Sala, superándose en el año 2008 el 90%; lo cual constituye un indicador de que existe una gran incidencia en la comisión de delitos de este tipo; sin embargo, dichos datos deben ser tomados con cautela debido a que, en primer lugar, se tratan de procesos iniciados, no los concluidos, asimismo, no se ha tomado en cuenta si las sentencias han sido absolutorias o condenatorias; por otro lado, no corresponde en especialidad al delito de

malversación de fondos del cual trata la presente tesis, sino al total de delitos contra la administración pública que se han presentado ante la mencionada sala.

Tabla 3: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PRESENTADOS ANTE LA PRIMERA SALA PENAL

CUADRO 1: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PRESENTADOS ANTE LA PRIMERA SALA PENAL.		2007	2008	2009
Válidos	SI	73	91	82
	NO	27	9	18
	Total	100	100	100

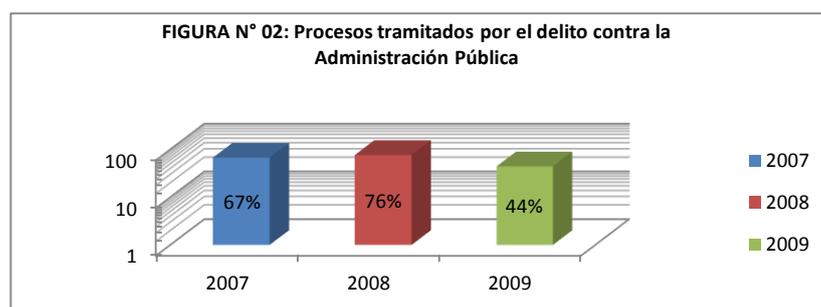


b. Porcentaje de expedientes correspondientes a procesos tramitados por el delito contra la administración pública en la Segunda Sala Especializada Penal de Cajamarca

De igual manera, en este segundo grupo de expedientes analizados, correspondientes a la Segunda Sala Especializada Penal de Cajamarca, tenemos que en el año 2007, en la Segunda Sala Especializada Penal de Cajamarca, existieron en trámite un 44% de procesos contra la administración pública; de otro en el año 2008 existieron en trámite 76% y en el 2009 un 67% de procesos tramitados. Pese a que en el primer año el porcentaje es de 44%, ligeramente por debajo del 50%, podemos observar que en los años 2008 y 2009 se ha superado esta valla, por lo que también en este caso podemos concluir que en la Segunda Sala Especializada Penal ha existido un alto índice de procesos tramitados por este delito, afirmación que, como indicamos debe ser entendida como una conclusión *a priori*, debido a que no trasluce los resultados finales de cada proceso ni está referida únicamente a los procesos por malversación de fondos.

Tabla 4: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PRESENTADOS ANTE LA SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA PENAL

CUADRO 2: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PRESENTADOS ANTE LA SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA PENAL.		2007	2008	2009
Válidos	SI	67	76	44
	NO	33	22	56
	Total	100	100	100



1.5.2. Total de procesos por malversación de fondos sentenciados en la Primera Sala Penal de Cajamarca

La primera observación a realizar es que, a pesar de que los delitos contra la administración pública presentados ante la Primera Sala Penal de Cajamarca sobrepasan el 50% de los procesos incoados ante la misma, la frecuencia de procesos sentenciados es mínima, 18 procesos desde el año 2007 hasta el año 2009.

De estos 18 procesos, sólo 6, es decir el 27.8%, corresponde a los procesos sentenciados por el delito de malversación de fondos, de los cuales, solo 1 ha obtenido sentencia condenatoria, 4 reserva de fallo condenatorio y 1 sentencia absolutoria; sin embargo, independientemente de los resultados cuantitativos que serán analizados más adelante, en este acápite corresponde llevar a cabo el análisis cualitativo de los procedimientos y los fundamentos de las Sentencias, teniendo en cuenta los indicadores anteriormente señalados.

Tabla 5: Procesos por malversación de fondos sentenciados en la Primera Sala Penal de Cajamarca

N°	N° DE EXPEDIENTE	A	B	C	D
1.	2002-0040	2	2	2	2
2.	2005-121	2	2	2	2
3.	610-95	2	2	2	2
4.	2002-040-4JECp	2	2	2	2
5.	2003-0199	2	2	2	2
6.	2008-0121	1	2	2	1

Donde 1 significa afirmación y 2 significa negación.

A. Correspondencia con el bien jurídico de los delitos contra la administración pública

De la totalidad de expedientes (6), sólo 1, 16.7%, guarda correspondencia con el primer indicador, es decir, el bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública.

Como ya ha sido desarrollado en el marco teórico y referencial de la tesis, el bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública tiene dos aristas:

La primera en lo que corresponde al correcto funcionamiento de la administración pública, vale decir que los funcionarios y servidores públicos deben cumplir con el fin último del Estado que es ordenar a la sociedad a través de las políticas públicas y la dotación de servicios públicos a la población, finalidad que se cumple con el funcionamiento eficiente de los órganos administrativos y ejecutivos.

La segunda orientada hacia la protección del eriazó estatal, que supone una obligación de responsabilidad para los funcionarios y servidores públicos en la utilización del presupuesto público que tiene que responder a los planeamientos de carácter anual que se realizan para cada año fiscal y, principalmente, a las necesidades apremiantes de la población, las mismas que son consignadas en el Plan Operativo Anual de cada entidad y se traduce en el Plan Anual de Contrataciones para efectos de adquisición de bienes, servicios o consultorías.

En los expedientes estudiados, se tiene que solamente en uno de ellos existe afectación del patrimonio estatal, el Expediente N° 2008-0121, debido a que el dinero destinado para la adquisición de carpetas de una institución educativa, necesidad apremiante, fue utilizado para la adquisición de una consola y parlantes para la institución educativa; actitud con la que se afecta no solamente el correcto funcionamiento de la administración pública puesto que se anula la finalidad primordial de una institución educativa, sino también la correcta utilización del patrimonio estatal, puesto que ha sido designado para una actividad no programada y que no es de necesidad apremiante.

En los cinco casos restantes, se tiene que el dinero utilizado para otros asuntos distintos ha respondido a una necesidad que no fue considerada formalmente; en uno de los casos, se trataba de un residente de obra que utilizó el dinero de la primera valorización correspondiente a los materiales para cunetas en el pago de los obreros cuya valorización no era aprobada y, cuando esta fue aprobada, se repuso el material para cunetas, es decir, que

superpuso la necesidad real de los obreros ante la compra de materiales que iban a ser utilizados con posterioridad, dicha actuación constituye malversación, sin embargo, no afecta el correcto desenvolvimiento de la administración pública puesto que la obra fue entregada y tampoco el presupuesto del Estado debido a que no se presentó ningún desbalance en la liquidación financiera final; motivo por el cual carece de sentido sancionar penalmente.

Es por lo anteriormente señalado que en los 5 expedientes restantes no se ha identificado la afectación del bien jurídico protegido por la tipificación de los delitos contra la administración pública.

B. Resolución de conformidad con el principio de exigüidad

En cuanto al delito de malversación de fondos, regulado en el artículo 389° del Código Penal, el supuesto regulado es el siguiente: “El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada...” por tanto, en los casos analizados, al haber los funcionarios o servidores públicos otorgado al presupuesto asignado un destino final diferente del que se había consignado formalmente en la certificación presupuestal o en la valorización de obra, en abstracto, el delito se ha configurado plenamente; sin embargo, del estudio de los hechos concretos, se tiene que en uno de los expedientes analizados se ha causado un daño al patrimonio del Estado y al correcto funcionamiento de la administración pública.

En el caso analizado, el monto es ínfimo por tratarse de uno de los rubros del presupuesto para mantenimiento de institución educativa en comparación con montos superiores aplicados en la ejecución de obras de infraestructura; sin embargo, a pesar de la exigüidad del monto, la afectación de la finalidad del Estado y el correcto funcionamiento de la administración pública revisten de importancia la sanción de la actuación indebida, motivo en el que se basan los juzgadores para condenar.

Empero, en los cinco procesos restantes, no se ha corroborado la existencia de una afectación ni al presupuesto de la entidad ni al correcto funcionamiento de la administración pública, por lo que tampoco puede afirmarse que hayan superado el test de exigüidad, es decir que, la afectación identificada corresponde a la utilización del presupuesto asignado para un fin distinto del proyectado, sin embargo dicha actuación no causa daño al bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública y, por tanto no ameritan la intervención penal; tan es así, que en cuatro de los casos se ha obtenido una reserva de fallo condenatorio y en uno de ellos se ha absuelto al acusado.

Este primer resultado, lleva a la conclusión de que en el 83.3% de los casos por malversación de fondos (5 de los 6 casos), no se alcanza una sanción efectiva en contra de los funcionarios, consecuentemente, el artículo tal y como se encuentra regulado resulta ineficaz, condenándose únicamente los casos en los que se acredita una real afectación al bien jurídico de los delitos contra la administración pública que representan el 16.7% de los procesos, un porcentaje también exigüo.

Es más, otro fenómeno identificado es que del 100% de los procesos en los que no se ha obtenido sanción efectiva (5 procesos), el 20% (4 procesos) han culminado con sentencia con reserva del fallo condenatorio; vale decir que, a pesar de que se cumple con los requisitos formales para ser condenado, a pesar de haberse configurado los supuestos del tipo penal, el juez decide no pronunciarse respecto de la pena impuesta y, por tanto, no hacerla efectiva, obteniéndose como resultado la no ejecución de sanción alguna; dicho proceder de los juzgadores da cuenta de que existe la conciencia de que el derecho penal no debe sancionar actuaciones que no lesionan el presupuesto estatal ni el correcto funcionamiento de la administración pública, asimismo, cuando la afectación causada por la configuración del tipo es exigua.

C. Resolución de conformidad con el principio de ofensividad

Nuevamente, este principio centra el debate en la importancia de la afectación del bien jurídico protegido que, para el caso de los delitos contra la administración pública es el correcto funcionamiento del aparato administrativo y ejecutivo así como el presupuesto que estos manejan; en los casos observados, hemos obtenido que únicamente en uno se ha acreditado tal afectación, motivo por el que se ha obtenido sentencia condenatoria, caso que representa el 16.7% de los procesos; en los demás casos que representan la mayoría de 83.3% no existe tal lesión, lo que convertiría al delito de malversación de fondos, tal y como está regulado en nuestro derecho, en un delito contra la administración pública *sui generis* en el que no se exige la afectación de dicho bien jurídico protegido, sino

únicamente la configuración de los supuestos consignados en el tipo y, se estaría posibilitando la intervención de la jurisdicción penal aún en casos en los que no se configura el principio de ofensión.

Como ha sido señalado en la introducción de la tesis, el derecho penal no se encuentra desprovisto de los principios fundamentales y no puede aplicarse en desconocimiento de los mismos, como resultado de ello, en el caso del delito de malversación de fondos, no es posible criminalizar actividades que no lesionan el bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública, más aún si dicha disociación se ha comprobado también en la ejecución real ante el Poder Judicial.

D. Resolución de conformidad con el principio de afectación material

La afectación material causada por el delito se orienta hacia la corroboración de que esta exista más allá de la simple configuración de los supuestos establecidos en el tipo penal.

En el presente caso, en la totalidad de los procesos se ha corroborado que se configuran los presupuestos del tipo, es decir, en todo los casos los funcionarios o servidores públicos han utilizado en presupuesto destinado para una actividad o finalidad en otra; sin embargo, solo en uno de ellos se ha corroborado la afectación material del presupuesto, aunque exiguo, motivo por el que solo en el 16.7% de los casos se ha configurado dicha afectación.

1.5.3. Total de procesos por malversación de fondos presentados en la Segunda

Sala Especializada Penal de Cajamarca

Tabla 6: Procesos por malversación de fondos presentados en la Segunda Sala Especializada Penal de Cajamarca

N°	N° DE EXPEDIENTE	A	B	C	D
1.	2004-009-060108JX1P	2	2	2	2
2.	2005-0238-060301JX01P	2	2	2	2
3.	2006-0079-0606011JX01	2	2	2	2
4.	99-405	2	2	2	2

Donde 1 significa afirmación y 2 significa negación.

A. Correspondencia con el bien jurídico de los delitos contra la administración pública

En ninguno de los casos identificados en la segunda Sala Penal de Cajamarca se ha determinado que exista afectación del correcto funcionamiento de la administración pública ni del presupuesto de la entidad, ello ha motivado que los juzgadores han condenado únicamente en uno de cuatro casos, es decir el 25% de los casos, siendo que el restante 75% han obtenido reserva de fallo condenatorio.

Continuando en la misma línea de análisis que en puntos anteriores, haber obtenido un porcentaje tan alto de procesos en los que se ha resuelto con reserva de fallo condenatorio indica que los jueces a pesar de haber corroborado la configuración de los supuestos del tipo penal no consideran que la pena a imponer deba ser efectiva, ello, de conformidad con el contenido de los expedientes, en razón de que no existe una efectiva afectación al bien jurídico protegido de los delitos contra la administración pública.

Para ahondar respecto de este punto, debemos citar a la ley general de presupuesto, Ley 28411, en cuyo artículo 8°, numeral 8.1 establece que:

"El presupuesto constituye el 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 coberturas con eficacia y eficiencia por parte de las Entidades. Asimismo, es la expresión cuantificada, conjunta y sistemática de los gastos a atender durante el año fiscal, por cada una de las Entidades que forman parte del Sector Público y refleja los ingresos que financian dichos gastos".

Dicho instrumento, entonces, no puede entenderse como un conjunto de procedimientos rígidos e inmodificables, puesto que de ser así, el logro de resultados a favor de la población sería nulo e ineficaz; es decir, que la eficiencia y la eficacia de las entidades estatales no depende del cumplimiento de formalidades cual camisa de fuerzas basándose en prioridades determinadas desde el escritorio, sino que tiene que basarse en el resultado del trabajo de campo, en necesidades actuales y prioritarias materialmente hablando, tan es así que, en asuntos de presupuesto, la propia ley en comento ha determinado en sus artículos 39°, 40° y 41° la posibilidad de modificaciones presupuestarias "...si existe un cambio en la prioridad de los objetivos institucionales o si las proyecciones muestran que al cierre del año fiscal arrojen saldos de libre disponibilidad, como consecuencia del cumplimiento o la supresión total o parcial de metas presupuestarias..." (Ley N° 28411, art. 41°).

B. Resolución de conformidad con el principio de exigüidad

En cuanto al principio de exigüidad, en ninguno de los casos se ha identificado que exista una lesión considerable al bien jurídico que protegen los delitos contra la administración pública por lo que no amerita una sanción punitiva.

A pesar de ello en uno de los casos se observa que se ha condenado por el solo hecho de haberse configurado los supuestos contemplados en el tipo penal, sin embargo, como ya hemos señalado ello no involucra que realmente se haya causado una afectación ni que ésta sea relevante para el derecho penal.

Esto es algo que se ve recurrentemente a nivel de administración pública, pues existen casos en los que a pesar de haberse programado en el PIA²⁴ la ejecución de determinada obra, por asuntos de cambio de prioridades, se ha ejecutado otra similar con el presupuesto destinado, realizando una modificación presupuestaria en el PIM²⁵, con total respaldo legal y con el correspondiente sustento técnico.

C. Resolución de conformidad con el principio de ofensividad

De igual manera, en ninguno de los casos estudiados se ha identificado la configuración del principio de ofensividad u ofensión, más aún si es que ni siquiera se ha identificado la afectación del bien jurídico protegido por este tipo de delitos, motivo por el que se puede asegurar que este principio ha sido aplicado indirectamente por los juzgadores en la mayoría de los procesos, 75%, motivo por el que se ha absuelto, e incluso en el casos en el que se ha reservado el fallo condenatorio.

²⁴Presupuesto Institucional de Apertura.- Se trata del presupuesto inicial de la entidad pública aprobado por su respectivo Titular con cargo a los **créditos presupuestarios** establecidos en la Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo. En el caso de las Empresas y Organismos Públicos Descentralizados de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, los créditos presupuestarios son establecidos mediante Decreto Supremo (Díaz, 2017).

²⁵Presupuesto Institucional Modificado.- Presupuesto actualizado de la entidad pública a consecuencia de las **modificaciones** presupuestarias, tanto a nivel institucional como a nivel funcional programático, efectuadas durante el año fiscal, a partir del PIA (Díaz, 2017).

Este indicador nos da cuenta de que ya en la ejecución jurisdiccional se está restando eficacia al articulado del delito de malversación de fondos a pesar de que todavía forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, ello como una especie encubierta del control difuso.

D. Resolución de conformidad con el principio de afectación material

Al no haberse configurado la afectación del presupuesto estatal, tampoco puede hablarse de lesividad al mismo, de la misma manera en cuanto al correcto desenvolvimiento de la administración pública.

Obteniéndose que los supuestos consignados en el tipo penal y criminalizados como tal, en la realidad no son eficaces, por lo que debería ser descriminalizados con excepción de los casos en los que se configure una real afectación al presupuesto estatal; sin embargo, en este tipo de casos linda mucho con la configuración de un delito distinto, como es el caso del peculado.

El principio de afectación material, para efectos de la argumentación de la presente tesis resulta sumamente relevante, pues, no olvidemos que el Derecho Penal es un derecho de desarrollo legislativo que, a pesar de encontrarse sujeto al respeto de las formalidades establecidas en el Código Penal y en el Código Procesal Penal, no puede desligarse de su referente constitucional y principista y tampoco puede actuar como una materia independiente de las demás materias jurídicas.

Ello ocurre principalmente en el caso de los delitos contra la administración pública, puesto que para sancionar este tipo de delitos no basta con el solo conocimiento del tipo penal ni de los procedimientos penales, sino que además es imperativo que el juzgador tenga pleno conocimiento de la regulación correspondiente a los sistemas administrativos: contrataciones (Ley N° 30225), presupuesto (Ley N° 28411 y leyes anuales), contabilidad (Ley N° 20708), tesorería (Ley N° 28693) y recursos humanos (Ley N° 30057); y, además de las regulaciones, también la aplicación de dicha normatividad en cada uno de los entes estatales.

En cuanto al presupuesto, cabe señalar que, el propio sistema ha reconocido que, a pesar de existir la exigencia de la elaboración del PEI (Plan Estratégico Institucional), POI (Plan Operativo Institucional) y el PIA (Presupuesto Institucional de Apertura), los cuales constituyen formatos en los cuales se consigna el destino de la inversión pública tanto de forma anual como multianual, ocurre que, de ser necesario, es posible cambiar las prioridades de la entidad en respuesta al surgimiento de una nueva necesidad o una necesidad sobreviniente, de allí que administrativamente hablando se hayan generado los contenidos de: PIM (Presupuesto Institucional Modificado) y PE (Presupuesto Ejecutado) con los que trabaja el encargado de la oficina de planificación y presupuesto de cada entidad, según los aplicativos desarrollados por el MEF (Ministerio de Economía y Finanzas)(MEF, 2016); motivo por el cual resultaría excesivo considerar que la modificación presupuestaria, por prioridad, se encuadra en un delito denominado malversación de fondos.

1.5.4. Procesos por el delito de malversación de fondos en la Primera Sala Especializada Penal

En el presente cuadro podemos observar que en el año 2007 no se tramitó proceso alguno por el delito de Malversación de Fondos, situación que cambió en el año 2008 en donde se puede apreciar que de los el 1% de los Funcionarios o Servidores Públicos que se encontraban inmersos en procesos por el delito de Malversación de Fondos fueron sentenciados, el 2% obtuvieron una reserva de fallo y otro 1% fueron absueltos; lo cual se modificó en el año 2009 por cuanto sólo se aplicó una reserva de fallo al 2% de los procesos tramitados por el delito de Malversación de Fondos; observando que ha existido un poca incidencia en la interposición de denuncia por esta clase de delito, aunado a ello se tiene que no ha existido una buena investigación y los procesos que han llegado a judicializarse han terminado siendo absueltos o con una medida alternativa.

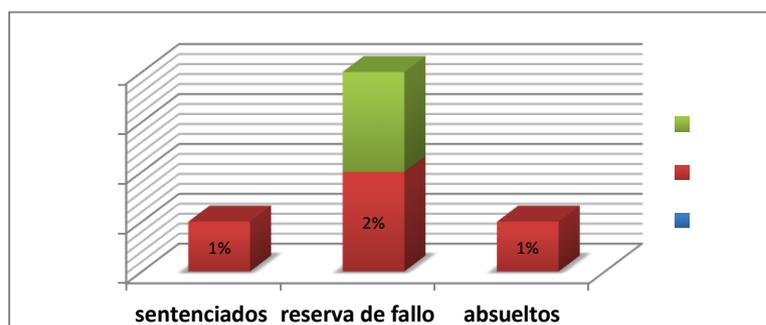
La deficiencia en la investigación, en el periodo investigado respondía a la inexistencia de fiscalías especializadas en delitos contra la administración públicas; sin embargo, aún hoy que existen este tipo de fiscalías y de conformidad con los artículos 39°, 40° y 41° de las Ley General de Presupuesto se puede aseverar que, únicamente podrían procesarse por este tipo de delito los casos en los que la modificación presupuestal se lleve a cabo sin contar con un informe técnico de sustento, situación que extrañamente podría presentarse teniendo en cuenta que existen técnicos encargados de la oficina de planificación y presupuesto a nivel de entidades del sector público, aunado a ello, en cada una de estas existe la fiscalización correspondiente de parte de los integrantes del Órgano de Control Interno a través de auditorías, informes de

recomendaciones y, existiendo un procedimiento sancionador a nivel de Contraloría General de la República.

Tómese en cuenta que la finalidad de los delitos de malversación de fondos, según lo establece el propio artículo 389° del Código Procesal Penal sanciona la aplicación definitiva del dinero o bienes administrados por el funcionario o servidor público, diferente de aquella a los que están destinados, esta aplicación definitiva es posible en virtud de la regulación administrativa, por lo que muy difícilmente será objeto de sanción penal.

En cuanto al extremo del referido artículo que hace referencia a la afectación del servicio o la función encomendada, se tiene que de existir una modificatoria presupuestal, único supuesto posible en la actualidad dada la sistematización informática de los aplicativos del MEF, ésta debe ser debidamente fundamentada y responderá a una necesidad prioritaria; de no ser así, dicha utilización ya no se encuentra en las esferas del delito de malversación de fondos, sino de peculado, que sanciona al “...funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, **en cualquier forma**, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo...” (Código Penal, 1991, art. 387°).

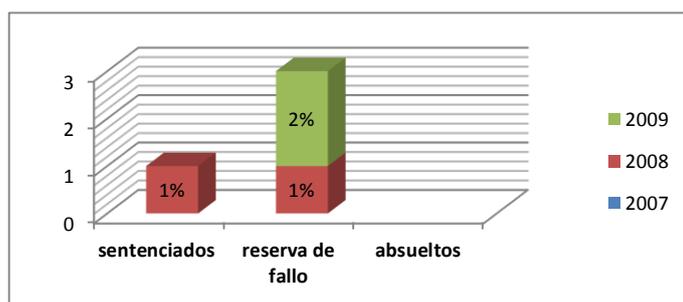
FIGURA N° 05: Procesos por el delito de Malversación de Fondos – Primera Sala Especializada Penal de Cajamarca



1.5.5. Proceso por el delito de Malversación de Fondos – Segunda Sala Especializada Penal de Cajamarca

De igual forma se puede apreciar en el presente cuadro que en el año 2007 no existieron procesos tramitados por el delito de Malversación de Fondos, teniéndose asimismo que en el año 2008 el 1% de los mismos fueron condenados y otro 1% obtuvieron una reserva de fallo; de otro lado en el año 2009 sólo una 2% obtuvieron una reserva de fallo; observándose que en dichos años el delito de Malversación de Fondos ha tenido poca incidencia o en su defecto han existido pocas denuncias interpuestas.

FIGURA N° 06: Proceso por el delito de Malversación de Fondos – Segunda Sala Especializada Penal de Cajamarca

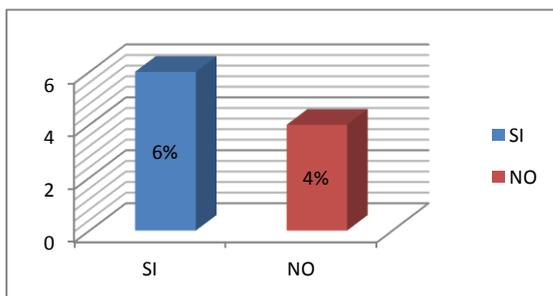


1.5.6. COMPLEMENTACIÓN CON ENTREVISTAS A JUECES SUPERIORES

A. En su experiencia como Juez Superior Penal ha resuelto procesos por el Delito de Malversación de Fondos

Del presente cuadro se tiene que los Magistrados entrevistados un 6% han referido que en su experiencia de operadores jurídicos han tramitado proceso contra la Administración Pública, específicamente por el delito de Malversación de Fondos y un 4% han referido que si bien cierto han conocido procesos por esta clase de delitos, pero no han sido resueltos por ellos.

FIGURA N° 07: En su experiencia como Juez Superior Penal ha resuelto procesos por el Delito de Malversación de Fondos

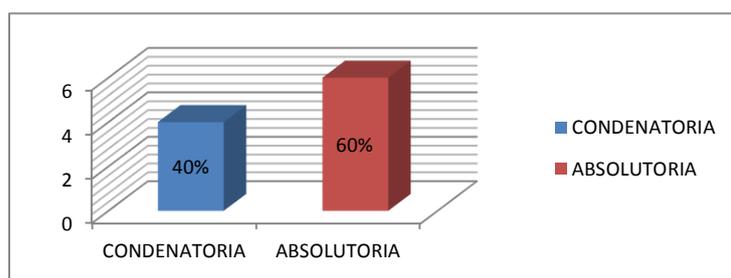


B. Como Juez Superior Penal ¿ha impuesto en los procesos de Malversación de Fondos sentencias condenatorias o absolutorias?

Del presente cuadro se puede apreciar que los Magistrados que han tramitado procesos por el delito contra la administración pública, en su figura de Malversación de Fondos, en un 6% de dichos procesos han resuelto con una sentencia absolutoria, y el 4% de dichos procesos han obtenido sentencia condenatoria. Lo que nos lleva a dos posibilidades, la primera es que la Fiscalía habría incoado procesos por malversación de fondos sin los medios probatorios suficientes para que se encuentre responsabilidad penal de los imputados o, en segundo lugar, ocurre que a pesar de que existan medios probatorios suficientes para acreditar responsabilidad por utilizar los caudales del Estado para un fin distinto del que estaba formalmente prescrito, no se ha comprobado que ello haya causado un perjuicio material a la administración pública y, más aún, no se ha establecido que dicha actuación haya sido llevada a cabo por el funcionario con el fin de alcanzar un beneficio propio, por lo que las sentencias en su mayoría han sido absolutorias. Cabe aclarar que los porcentajes obtenidos están en función a la totalidad de expedientes analizados, por lo que el porcentaje inexistente para el caso de malversación

de fondos corresponde a los otros procesos por delitos contra la administración pública, si hemos de traducir dicho resultado únicamente a los procesos por malversación de fondos, tenemos que en un 60% de ellos se han obtenido sentencias absolutorias, frente a un 40% en los que las sentencias han sido condenatorias.

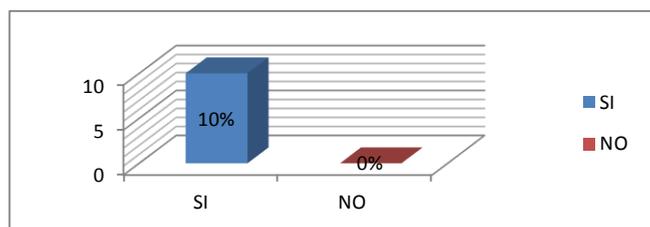
FIGURA N° 08: Si como Juez Superior Penal ha impuesto en los proceso de Malversación de Fondos sentencias condenatoria o absolutoria.



C. Como Juez Superior Penal ¿Considera que el delito de Malversación de Fondos, es cometido por Funcionarios y Servidores Públicos o por persona distinta?

Según el presente cuadro se puede establecer que los Magistrados encuestados han manifestado en un 100% que los delitos contra la Administración Pública, en su figura de Malversación de Fondos, sólo son cometidos por aquellas personas que tienen la calidad de Funcionarios o Servidores Públicos. Lo cual es perfectamente sustentable, habida cuenta que el tipo penal exige que el funcionario tenga la capacidad de disposición de los caudales públicos para que se configure el delito, dado que, la no disposición de dichos caudales sin poseer la capacidad para ello involucra otros tipos delictivos.

FIGURA N° 09: Como Juez Superior Penal considera que el delito de Malversación de Fondos, es cometido por Funcionarios y Servidores Públicos o por persona distinta

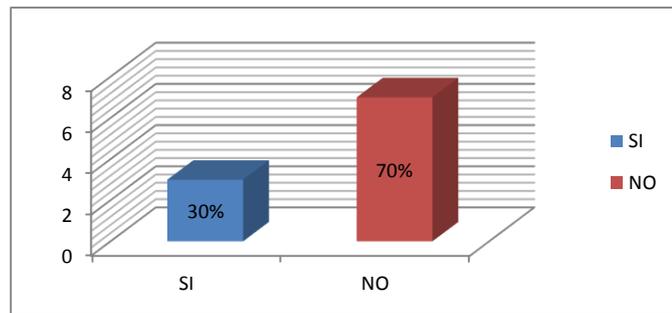


D. Como Juez Superior Penal ¿Considera pertinente una doble sanción en los delitos de Malversación de Fondos, ya sea en la vía penal y administrativa?

En el presente cuadro se puede establecer que los Magistrados entrevistados han referido en un 70% que no sería dable una doble sanción en los procesos contra la Administración Pública, en su figura de Malversación de Fondos, por cuanto existe una identidad respecto del sancionado y los hechos que habrían generado dicha sanción; de otro lado un 30% de los magistrados, opina que los Funcionarios o Servidores Públicos inmersos en el delito en mención si deberían obtener una doble sanción, tanto en la penal como administrativa por cuanto se tratarían de hechos distintos y sanciones diferentes. Lo cual podría ser aclarado de considerarse a la malversación de fondos como una falta administrativa que fomenta el desorden en la utilización de los caudales del estado, por lo que el funcionario que incurriría en dicha conducta perfectamente podría ser sancionado con una suspensión o destitución del cargo de acuerdo con la gravedad del asunto y, únicamente podría considerarse delito, de comprobarse un aprovechamiento personal. Hemos de recordar en este punto que el derecho penal es de última ratio y no puede estar basado en el normal y correcto funcionamiento de la administración pública,

debido a que la regulación de este sistema es netamente administrativa, no penal.

FIGURA N° 10: Como Juez Superior Penal considera pertinente una doble sanción en los delitos de Malversación de Fondos, ya sea en la vía penal y administrativa



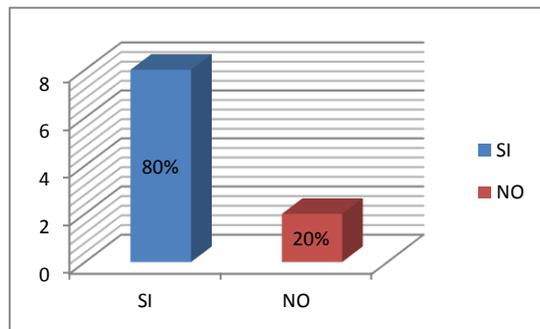
E. En su condición de Juez Superior Penal considera que se debe descriminalizar el Delito de Malversación de Fondos, por su poca incidencia

De la lectura del presente cuadro se tiene que un 80% de los Magistrados encuestados han referido que sí debería procederse a la descriminalización del delito de Malversación de Fondos por su poca incidencia dentro del ámbito jurídico y por cuanto solo se dan estos procesos cuando existe un cambio de gobierno; de otro lado el 20% de los encuestados han referido que no se debería descriminalizar el delito de Malversación de Fondos, por cuanto es cometido por Funcionarios o Servidores Públicos que le dan un uso diferentes a los bienes del Estado.

Como ha sido ya mencionado al respecto, en cuanto al factor de la incidencia de este tipo de procesos, tenemos que ésta se presenta únicamente cuando existe un cambio de gobierno, lo cual no necesariamente reviste una

circunstancia negativa, lo que sí resulta negativo es que, haciendo una interpretación sistemática de los resultados obtenidos, tenemos que la gran cantidad de estos procesos incoados han tenido como resultado una sentencia absolutoria, entonces, cuál sería la finalidad de este tipo de procesos cuando no es posible acreditar un provecho personal de parte del funcionario público que otorgó otro destino a los caudales del Estado, no tendría ninguna, por lo que, dicha mala actuación, que de hecho se presenta, debe ser sancionada en vía administrativa. Dicho fundamento justifica el resultado obtenido en esta pregunta en el que el 80% de magistrados considera que debe descriminalizarse este delito.

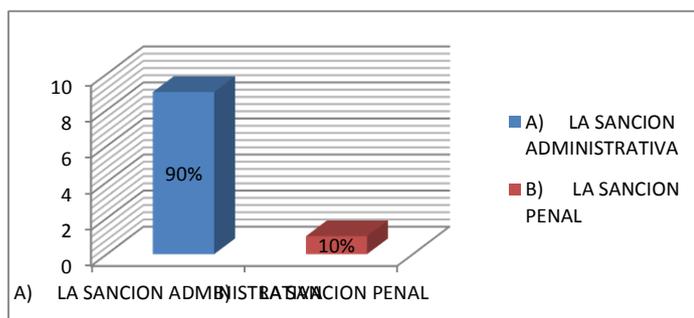
FIGURA N° 11: En su condición de Juez Superior Penal considera que se debe descriminalizar el Delito de Malversación de Fondos, por su poca incidencia.



F. Como Juez Superior Penal ¿Qué sanción considera debería imponérseles a los que incurren en el delito de Malversación de Fondos?

Del cuadro se puede apreciar que de los Magistrados encuestados han referido en un 90% que la sanción más adecuada para los Funcionarios o Servidores Públicos que se encuentran inmersos en el delito de Malversación de Fondos sería la Administrativa y el 10% de los encuestados sostienen que debería aplicárseles una sanción penal. Esta nueva mayoría que sugiere la descriminalización del delito de malversación de fondos, está sustentada en el extremo de concebir a la administración pública como un sistema ordenado en el cual todas las actuaciones del funcionarios público deben estar orientadas al mantenimiento del orden dentro del referido sistema, por lo que, una conducta contraria, involucraría una sanción al interior del mismo sistema, no así, una sanción de tipo penal, debido a que no se ha causado un verdadero perjuicio económico al sistema de la administración pública, sino que el dinero presupuestado para un fin determinado, ha sido utilizado para un fin distinto, por motivos de necesidad o sin motivo alguno, pero el resultado sigue siendo la ejecución de obras o políticas en beneficio de la propia administración y de la población, por lo que mal hacemos en criminalizar dichas conductas, puesto que se estaría faltando al principio de idoneidad, de necesidad y razonabilidad de la medida.

FIGURA N° 12: Como Juez Superior Penal que sanción considera debería imponérseles a los que incurrir en el delito de Malversación de Fondos.

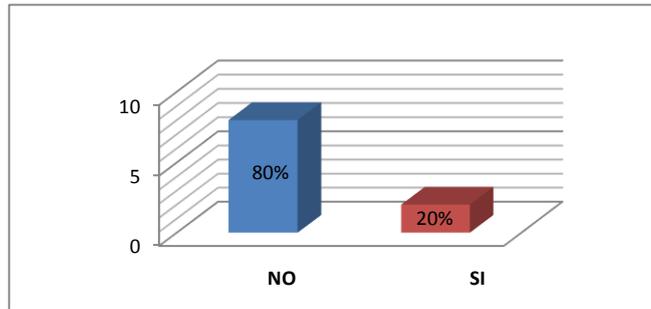


G. En su condición de Juez Superior Penal ¿Cree que la descriminalización del delito de Malversación de Fondos se generaría impunidad?

Del presente cuadro estadístico se desprende que un 80% de los Jueces Superiores Penales encuestados han manifestado que al procederse a la descriminalización del delito de Malversación de Fondos no se generaría impunidad, por cuanto existe otra vía en donde podrían ser sancionados; de otro lado el 20% de los encuestados sostiene que sí se generaría impunidad al descriminalizarse el delito en mención. La impunidad no es una circunstancia que se genere por la regulación o desregulación penal, sino por las actuaciones jurisdiccionales y la mala formulación de los supuestos de hecho contenidos en la norma jurídica, ya lo hemos visto en los resultados de las sentencias referidas a la malversación de fondos, que, a pesar de tratarse de un delito tipificado en el Código Penal, cuenta con un bajo porcentaje de sentencias condenatorias, debido a que no existen presupuestos para hallar la responsabilidad penal; por otro lado, todo este gasto logístico y humano que le supone al gobierno el tener que llevar a cabo procesos jurisdiccionales cuyo resultado será una sentencia absolutoria, se convierte en un obstáculo para la

correcta tramitación de los procesos en los que sí existiría delito y, dada la sobrecarga procesal, ello sí podría suponer impunidad.

FIGURA N° 13: En su condición de Juez Superior Penal, cree que la descriminalización del delito de Malversación de Fondos se generaría impunidad.



2. DISCUSIÓN

En este acápite medular para nuestra tesis se analizarán los resultados obtenidos de la investigación a partir de los objetivos trazados y la hipótesis planteada de manera antelada.

2.1. RESPECTO DEL OBJETIVO GENERAL

El objetivo general de la investigación fue definido en los siguientes términos:

Determinar las razones y fundamentos jurídicos por los que se justifica la descriminalización del delito de malversación de fondos a la luz de la aplicación de los principios de exigüidad y ofensividad al concepto de bien jurídico protegido en este delito.

En este sentido es pertinente realizar un reseña de lo que, en el marco teórico hemos señalado corresponde al bien jurídico protegido de los delitos contra la administración pública es, en primer lugar, el correcto funcionamiento de la administración pública, entendida como desenvolvimiento regular de la actividad del Estado dentro de las reglas de dignidad, probidad, eficiencia y moralidad, en segundo lugar, el ordenado e imparcial desenvolvimiento de los servicios adscritos al Estado a favor de la sociedad y de los individuos.

Es en virtud de estos principios que se ha desarrollado la tipificación de los delitos contra la administración pública y, respecto del último extremo mencionado, es decir el ordenado e imparcial desenvolvimiento de los servicios del Estado, que se podría justificar una regulación del delito de malversación de fondos; sin embargo, este principio no puede ser analizado individualmente,

sino de manera sistemática con los principios anteriormente señalados y, es más, de conformidad con las circunstancias particulares del caso concreto.

En el caso del delito de malversación de fondos, el hecho generador involucra una afectación al ordenado desenvolvimiento de la administración pública, pero no así necesariamente a los principios de dignidad, probidad, eficiencia y moralidad.

Por otro lado y, como ya fue indicado en la presentación de resultados, el Derecho Penal, como ningún otro derecho de nuestro ordenamiento jurídico, puede entenderse aislado, único o independiente, puesto que debe basarse en los principios fundamentales insertos en el ordenamiento constitucional (constitución formal y material), así como, al momento de su interpretación debe valerse de la sistematización y la coherencia normativa.

Al respecto, los principios a ser tratados en la discusión constituyen el referente fundamental para la aplicación del artículo 389° del Código Penal, pero además, a efectos de la interpretación sistemática y el respeto de la coherencia normativa, es necesario tener en cuenta las normas administrativas, específicamente, la Ley General del Presupuesto y su regulación acerca de la ejecución del presupuesto público, que debe responder al cumplimiento de las finalidades de la administración pública, pero que también se ha flexibilizado en busca de la efectiva y eficiente ejecución presupuestal en el plano material de la expresión, es decir, que los servicios realmente sean prestados en favor de la ciudadanía y en razón de su priorización.

A. Principio de Dignidad aplicado a la Administración Pública

La dignidad es un valor referente para la interpretación de la totalidad de derechos dentro de nuestro ordenamiento jurídico pues “...cumple una triple función operativa en el derecho: es fundamento del ordenamiento jurídico, informa la labor interpretativa y es un instrumento de integración...” (Ospina Sepúlveda, 2013).

Según lo dicho, podemos observar que en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro, en el cual los valores adquieren un carácter vinculante, entre ellos el valor de la dignidad humana, éste último se convierte en el condicionante para entender que las decisiones racionales y razonables del servidor público, deben presumirse de buena fe, tal como ocurre con la actuación de los particulares.

Para el caso de los delitos de malversación de fondos, ocurre que, a pesar de comprobarse que la actuación del sujeto activo afecta al debido orden dentro de la administración pública, no puede presumirse que dicha actuación sea realizada de mala fe y con la abierta intención de causarle algún perjuicio.

Puede citarse el caso de los directores de las Instituciones Educativas a cargo del Ministerio de Educación a las que se les asigna presupuesto para mantenimiento con una cantidad determinada de dinero por rubro, llámese para mantenimiento de mobiliario escolar, para mantenimiento de muros y veredas, para mantenimiento de equipos, entre otros, pero con la contingencia de que el dinero destinado para el rubro de mantenimiento de inmobiliario resulta innecesario debido a que todo el inmobiliario se encuentra en perfecto estado,

no ocurriendo lo mismo respecto del rubro mantenimiento de equipos, debido a que ni siquiera se cuenta con equipos de cómputo necesarios para dictar un curso de informática y, en este contexto, el director decide utilizar el dinero del primer rubro para completar la compra del material del segundo rubro mencionado.

En dicho caso, ocurre que existe una afectación al desenvolvimiento ordenado de la Administración Pública aparente, debido a que se ha incumplido con un requisito formalmente establecido, sin embargo, se ha actuado de acuerdo a una necesidad material, existiendo la presunción de que el funcionario correspondiente ha actuado de conformidad con el principio de dignidad aplicado a la administración pública.

Para salvar estas situaciones de cambio de prioridades, la propia Ley de Presupuesto, Ley N° 28411, en su articulado ha previsto la posibilidad de realizar una modificación presupuestaria que cuente con el informe técnico correspondiente; sin embargo, de no existir este informe, es posible sustentar la sanción para el funcionario por tal omisión; sin embargo, dicha sanción de ninguna manera puede sustentarse penalmente, habida cuenta que el Derecho Penal actúa de *ultima ratio*, por otro lado, en estos casos es imposible acreditar la afectación real puesto que el dinero ha sido utilizado para otro servicio, a criterio del ejecutante, prioritario, y que de comprobarse que realmente se trataba de una necesidad apremiante, la máxima sanción que se podría sustentar sería una de tipo administrativo; ahora, en caso de acreditarse la utilización para un fin vano, fútil que no revista ninguna importancia para la administración pública y que no se encuentre contemplado en ninguno de los

finés de los instrumentos de gestión, sería imperativo imputar este hecho no ha título de malversación de fondos, sino de peculado, debido a que se encuadraría en la apropiación o utilización **en cualquier forma** de los caudales del Estado para sí o para otro.

Pongamos el ejemplo de la realización de un monumento al sombrero en Celendín o al toro en Chota que, de acreditarse que dichas obras no identifican la cultura y costumbres de la población y que no revestiría ningún beneficio o necesidad de haberse utilizado el presupuesto para las mismas y de acreditarse que se realizó una modificación presupuestal sin ningún sustento técnico, dejando de atender necesidades prioritarias; este hecho de ninguna manera podría ser catalogado como malversación de fondos, puesto que al no tratarse de obras de interés de la población, la actuación debería catalogarse como peculado, puesto que se ha utilizado el dinero del Estado, en cualquier forma distinta a la técnica preestablecida y, posiblemente, en favor propio o de terceros, según sea el caso.

B. En cuanto al principio de Probidad

La probidad es un principio íntimamente relacionado con el principio de dignidad aplicado a la administración pública, sin embargo, el ángulo desde el cual se lo observa ya no es desde la obligación de presunción de actuación de buena fe cada vez que se interpreta una actuación del funcionario público, sino, desde el ángulo del funcionario mismo, quién tiene el deber de actuar de conformidad con las reglas de la moralidad y el decoro.

El derecho no puede estar exento de las normas sociales debido a que precisamente sus normas propias también tienen carácter social; en ese sentido, tenemos que la probidad se constituye en un valor supremo según el cual deben desarrollarse las actuaciones de los funcionarios públicos y debe ser aplicado complementariamente con las normas y reglas de carácter netamente jurídico.

Con ello, hemos de tener en cuenta que la legalidad de una decisión administrativa es una circunstancia distinta a la buena fe de la misma, en el primer caso nos referimos a los aspectos formales expresamente establecidos en un instrumento normativo con rango legal, según el cual, en un primer término deben ser interpretadas las actuaciones de los funcionarios públicos; sin embargo, también deben tenerse en cuenta los valores como la buena fe en dicha actuación.

Por ello, si en la mayoría de los sistemas jurídicos occidentales se contempla o regula la presunción de legalidad del acto administrativo, no existe ningún obstáculo para que pueda presumirse la buena fe de esa categoría de actuaciones, en la medida en que comporta conceptos más subjetivos y vinculados con la condición y esencia del ser humano, como lo son la sinceridad, la honestidad, la probidad y la lealtad.

En relación con lo anteriormente señalado podemos aseverar que el acto administrativo discrecional o aquel que, siendo más o menos reglado, contiene conceptos jurídicos indeterminados, nace a la vida jurídica, amparado no sólo por la ya clásica presunción de legalidad, sino también por la presunción de buena fe. Este último beneficio probatorio se hace extensivo al servidor público titular de la potestad, para efectos de su responsabilidad personal.

Dicha responsabilidad involucra una actuación de parte del funcionario en cumplimiento de las regulaciones legales y reglamentarias, pero de ninguna manera puede permitirse que dicha actuación sea arbitraria o contraria a los principios ya señalados; en el contexto del actual Estado Social y Democrático de Derecho, es mucho más importante que se acredite que la actuación del funcionario se ha desarrollado con probidad de cara al beneficio de la administración pública, aun cuando formalmente se tenga que se han incumplido algunas reglas.

En el ejemplo ya planteado, es preferible que la Institución Educativa cuente con el equipo de cómputo adecuado para la enseñanza de informática a que se revierta el presupuesto debido a que las carpetas no necesitaban mantenimiento o, peor aún, que los directores se vean orillados a pagar mantenimientos que no son necesarios.

Esto, analizado de conformidad con el principio de *última ratio*, puede llevarnos a concluir que bien se puede analizar o sancionar, de ser el caso, este tipo de acto en el ámbito administrativo, pero de ninguna manera en el ámbito penal, cuya intervención está justificada para los casos en los que se advierte una verdadera afectación al aparato gubernamental o a sus caudales.

De requerirse delimitar el ámbito de intervención del derecho administrativo y del derecho penal, basta con señalar lo establecido tanto en la regulación penal para efectos de establecer los presupuestos del tipo delictivo como la regulación administrativa sancionadora que, para efectos de incumplimiento de los funcionarios públicos se encuentra regulada tanto en la Ley N° 30057 del

Servicio Civil como en la Ley N° 29622 de la Contraloría General de la República.

Respecto del primer caso, tenemos al artículo 389° del Código Penal que establece como tipo penal del delito de malversación de fondos al siguiente:

El funcionario o servidor público que da al **dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.”

En administración pública, referirnos al dinero o bienes administrados, implica una doble categoría jurídica: El presupuesto y los fondos públicos.

El *presupuesto público* es “...el instrumento de programación económica y financiera, de carácter anual y es aprobado por el Congreso de la República. Su ejecución comienza el 1 de enero y termina el 31 de diciembre de cada año...”(Ley N° 28112, 2003, art. 14°); vale decir que, el presupuesto público es el estimado o el cálculo de los ingresos públicos para el año siguiente cuya ejecución depende de los fondos públicos destinados a nivel de sistema financiero para cada entidad. Dicho de otro modo, el presupuesto son los cálculos de los que es necesario y posible de ejecutarse en el año próximo inmediato más no el dinero físico para cumplir con tal finalidad.

Los *fondos públicos*, en cambio, son “...sin excepción, los ingresos de naturaleza tributaria, no tributaria o por financiamiento que sirven para financiar todos los gastos del Presupuesto del Sector Público. Se desagregan conforme a los clasificadores de ingresos correspondientes...” (Ley N° 28112, 2003, art. 15°), es decir que, en el marco de la inversión pública, el presupuesto representa la planificación para la realización de actividades de mantenimiento u obras en el año próximo inmediato y, los fondos públicos, el dinero con el que se cuenta en el presente año para cumplir con la referida programación.

Tanto la programación a través de PEI, PIA, POI y PAC, es lo que determina el orden en la ejecución en la inversión pública, sin embargo, dicho orden depende de la asignación de los fondos públicos, con un ejemplo podemos decir que, a pesar de haberse presupuestado un millón de soles para la atención de pistas y veredas, si finalmente en el año fiscal se destinan únicamente ochocientos mil soles por parte del Ministerio de Economía y Finanzas, la ejecución del presupuesto deberá variar y ajustarse a este monto; asimismo, de asignarse un millón doscientos mil, la ejecución presupuestal también variará. Por otro lado, de ser necesario variar lo planificado en el PIA, esta acción es procedente debido a que la propia ley lo permite, siempre y cuando se justifique técnicamente la necesidad.

Por lo tanto, lo inicialmente programado, podría variar por permisión legal y ante una necesidad real, generando una variación entre PIA y PIM y PE; tal y como puede observarse del siguiente cuadro:

Tabla 7: Programación y ejecución presupuestal MEF - 2017

Nivel de Gobierno	PIA	PIM	Certificación	Compromiso anual	Ejecución			Avance %
					Atención CA	Devengado	Girado	
Nacional	105,113,439,451	109,475,504,672	70,190,925,320	59,282,215,440	24,314,454,342	22,120,580,543	19,704,071,311	20.2
Local	15,139,154,455	24,246,549,884	11,739,812,719	7,279,693,605	5,065,682,247	4,239,265,943	3,549,707,654	17.5
Regional	22,218,924,639	26,741,438,808	14,821,475,625	11,111,787,435	5,609,504,466	5,342,088,814	4,909,624,659	20.0

FUENTE: PÁGINA CONSULTA AMIGABLE DEL MEF

Asimismo, la variación no se presenta únicamente a nivel de presupuesto o financiamiento, sino a nivel de inversión; todo ello contando con las permisiones contenidas en la Ley N° 28411, artículos 39°, 40° y 41°; motivo por el cual, en la realidad, los hechos pasibles de subsumir en el delito de malversación de fondos, podrían encuadrarse únicamente en aquellos casos en los que la modificación en la ejecución presupuestal carezca de sustento técnico; sin embargo, este mero hecho, no es suficiente para acreditar la afectación al servicio o la función encomendada y, de acreditarse dicha afectación, la monta, no merece persecución penal puesto que solamente se trataría de una ejecución negligente de funciones, no así de una afectación real a la ejecución de actividades de mantenimiento u obras públicas.

C. En cuanto al principios de Eficacia y Eficiencia

La eficacia, consiste en la consecución de fines de interés general, actúa como principio esencial para la actuación administrativa buscando la calidad de los servicios y la buena gestión económica.

El principio de eficacia buscará, mediante su inspiración, que la Administración Pública cumpla los objetivos fijados en los servicios prestados a los ciudadanos. Pero debe ir más allá del mero cumplimiento, tendiendo hacia unos índices de calidad óptimos.

El principio de eficiencia, que completa al de eficacia, atiende a la optimización en el uso de los recursos materiales y humanos para la consecución de los fines planteados y la mejora de la calidad de los servicios, condicionando la toma de decisiones para lograr mayores logros a menores costos.

El principio de eficiencia puede ser analizado a partir de la utilización de los recursos asignados por el Gobierno de manera tal que, se consiga obtener un mayor beneficio con la utilización de la menor cantidad de dichos recursos, es decir, que en la actuación del funcionario se pueda observar que efectivamente se han adquirido los productos que resultan necesarios para el correcto desenvolvimiento y el cumplimiento de los fines de la entidad estatal a los menores costos posibles, sin afectar su calidad. (Ley 30225, 2014).

Otro de los extremos de la Eficiencia también se mide por el factor tiempo, es decir, que los plazos utilizados para ejecutar una actividad de parte del funcionario sean los más cortos posibles, sin afectar la responsabilidad al ejecutar dichos actos y buscando en todo momento mejorar la calidad del servicio prestado. (Ley N° 30225, 2014).

Finalmente, la economización de actos también está relacionada con el principio de eficiencia, por la cual se deben reducir los procedimientos a llevarse a cabo para conseguir una finalidad específica.

Si estos sub principios han sido cumplidos, a pesar de que se han incumplido formalidades, no es posible hablar de ninguna manera de una afectación estatal, puesto que finalmente se ha cumplido con eficiencia y eficacia con las finalidades de la administración pública, no existiría un perjuicio sino antes

bien un beneficio y mal se haría sancionando al funcionario y, mucho peor, sancionándolo penalmente.

Dichos principios son tomados en cuenta en el momento mismo de la ejecución presupuestal, es decir, una vez agotada la planificación, en el mismo año de la ejecución, dentro del año fiscal determinado para ello, se lleva a cabo la ejecución presupuestal respetando dichos principios.

La ejecución presupuestal debe ser destinada a distintos fines, cubrir el pago de recursos humanos (Ley N° 30057), adquirir los materiales de escritorio, gastos de movilidad, entre otros; asimismo, realizar las contrataciones necesarias para la ejecución de servicios públicos, actividades de mantenimiento y obras de infraestructura pública.

Para realizar dichas actividades es preciso tomar en cuenta lo regulado en las leyes anteriormente mencionadas, relativas a los sistemas administrativos de nuestro país, llámese: contabilidad, presupuesto, tesorería, contrataciones y recursos humanos.

Con un ejemplo, de haberse destinado determinado presupuesto (a nivel de planificación) para el mejoramiento de la infraestructura de una institución educativa primaria de la zona urbana de Cajamarca y, con motivo de las constantes lluvias ocasionadas por el fenómeno del niño, se ocasionará el desplomo de la infraestructura de la escuela de Chetilla, es posible legalmente hablando que el presupuesto destinado para la institución educativa de la zona urbana, sea destinado a la reconstrucción de la escuela desplomada en Chetilla, siempre y cuando se realice el informe técnico correspondiente.

Dicha actividad, a pesar de ser producto de un hecho fortuito y a pesar de no encontrarse conforme con lo consignado en los instrumentos de gestión (PEI y PIA), responde a una necesidad y busca dotar de un servicio público relativo al derecho fundamental a la educación, razón por la cual resultará acorde con el principio de eficiencia y eficacia de la administración pública; asimismo, es imposible que ante una actuación de este tipo el funcionario o servidor público a cargo sea procesado penalmente, incluso, habiendo omitido éste la elaboración del informe técnico requerido por Ley, omisión que podría ser pasible de procedimiento disciplinario más no penal.

La eficacia y la eficiencia entonces, en términos de administración pública no se mide según la aplicación de las formas, sino desde el plano de la realidad, en aplicación del principio de primacía de la realidad y de constatarse la necesidad y la atención, basta para exonerar de sanción penal.

D. En cuanto al principio de moralidad

El principio de moralidad es otro de los principios rectores de la administración pública que exige honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad en la actuación del funcionario o servidor público.

A pesar de que puede parecer subjetivo, estos principios deben tenerse en cuenta cuando de analizar las actuaciones de los funcionarios y servidores públicos se trata, puesto que los procedimientos administrativos no necesariamente deben estar revestidos de formalidad para que sean correctos, sino que deben ser eficaces, es decir, deben buscar cumplir con la finalidad, ello se encuentra contemplado en la propia Ley del Procedimiento Administrativo General, en el artículo IV de su Título Preliminar, numeral 1.6.

La tipificación del delito de malversación de fondos contradice incluso el principio de informalismo anteriormente mencionado, puesto que para efectos de este delito poco importa si es que se ha conseguido la finalidad o se ha cumplido con administrar eficientemente y eficazmente el servicio público brindado, sino si esta actividad se ha llevado a cabo cumpliendo con los parámetros fijados para ello en materia de utilización del presupuesto, lo cual constituye un craso error, puesto que la utilización correcta del presupuesto no puede estar supeditada a formas sino a necesidades; asunto distinto ocurre cuando dicho presupuesto ha sido utilizado para beneficio propio del funcionario o servidor o cuando dicha utilización de los recursos para un actuación diferente de la que estaban destinados se hace con la intención de defraudar al Estado, entonces se trataría de un modalidad de los delitos de peculado o de colusión, entre otros, donde lo relevante no es la llamada malversación, sino la defraudación misma a la administración pública, a sus fines.

Al respecto, cabe señalar que en la actualidad resulta prácticamente imposible realizar actuaciones que se subsuman en el delito de malversación de fondos, téngase en cuenta que desde el año 2013 se cuenta con paquetes informáticos o aplicativos manejados por los distintos ministerios que controlan de manera permanente el gasto público, por tanto, el sistema no permite que un funcionario público utilice los caudales públicos de manera desordenada y sin una finalidad específica; en la actualidad contamos con sistemas relativos a recursos humanos, interconectados con ESSALUD, SNP, AFP, Ministerio de Trabajo, etc.; en materia de contrataciones con el Estado, se cuenta con el

aplicativo del OSCE, en materia de presupuesto se cuenta con el aplicativo del MEF, el CONECTAMEF, entre otros relativos también al sistema de contabilidad y tesorería como es el caso del SIAF; en materia de inversión pública, se cuenta con el aplicativo de Invierte Perú SNPMI, anteriormente conocido como SNIP; entre otros aplicativos que facilitan la labor administrativa pero que también sirven de monitoreo constante de la utilización del presupuesto y los fondos públicos.

En este contexto, resulta imposible sustentar la existencia de una aplicación definitiva, del dinero o bienes públicos, diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada; puesto que su aplicación, o dicho de manera apropiada, la ejecución del presupuesto o utilización de los bienes públicos, es ahora controlada y, en determinados casos, la ejecución diferente a la planificada es permitida; siendo que la actuación en contra de la Ley involucra no una malversación sino peculado.

La moralidad en la actuación pública, entonces, resulta sumamente relevante, tan relevante que se pone de manifiesto en circunstancias difíciles como las que le ha tocado atravesar al país con el último fenómeno del niño ocurrido en los primeros meses del año 2017; sin embargo, las actuaciones incurridas en el caso de los funcionarios públicos en las que se han modificado presupuestos y ejecutado actividades y obras diferentes a las que estaban planificadas, debieron estar basadas en la necesidad apremiante generada por este fenómeno natural; en tal sentido, penalizar dichas conductas, lejos de beneficiar a nuestro sistema administrativo, lo perjudica, puesto que de presentarse nuevamente dichas circunstancias en el país, los funcionarios preferirán dejar de atender las

necesidades apremiantes por salvaguardar su interés personal de no ser procesado por delito de malversación de fondos.

Una situación distinta ocurre respecto del presupuesto destinado en el año 2015 para el año fiscal 2016 a efectos de que se lleven a cabo actividades u obras de prevención con motivo del fenómeno del niño; presupuesto que, de haber sido utilizado para fines diferentes de los que fueron destinados, generan responsabilidad penal en el funcionario o servidor, pero dicha responsabilidad no se genera debido a la utilización en obras distintas, sino en la afectación del principio de priorización regulado en el título preliminar de la Ley N° 28411.

Actitudes de este tipo redundan en contra de la administración pública por la contradicción a las propias permisiones legales, motivo por el que deberían ser drásticamente sancionadas, pero no subsumiendo la conducta en la malversación de fondos, cuya sanción es la “...pena privativa de libertad **no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación**, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con **ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa (...)** o en el peor de los casos (...) pena privativa de libertad será **no menor de tres ni mayor de ocho años; inhabilitación**, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, **trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.**”(Código Penal, 1991, art. 389°); sino, que deberían ser sancionadas y tipificadas como peculado, que es “...reprimido con pena privativa de libertad **no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación**, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con **ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa...**”; “...con pena privativa

de libertad **no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación**, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, **con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa...**” y con “...pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa...” (Código Penal, 1991, art. 389°).

Es perfectamente sustentable la tesis de la aplicación del peculado, debido a que este se aplica en los casos en los que existe utilización de caudales o efectos, es decir el presupuesto público, cuya administración le está confiada a los funcionarios públicos en razón de su cargo; dicha utilización en el caso mencionado, al tratarse de presupuesto destinado única y exclusivamente para asumir las actividades de prevención contra el fenómeno del niño, la utilización diferente se desliga de cualquier finalidad pública y obedece a una finalidad particular de una autoridad que ya no actúa en busca del bienestar general, sino de un bienestar propio o de terceros.

Deja de ser una finalidad pública, porque se contradice su propio objeto, prevención ante desastres naturales, y aunque haya sido utilizado para la construcción de una escuela o pistas o veredas, termina afectando un bien mayor, la integridad de los ciudadanos; motivo por el cual, lejos de tratarse de una malversación de fondos, que observa únicamente los fondos públicos, se trata de un peculado en el cual se afecta al Estado, entendido como el conglomerado de población, territorio, cultura y poder, y a su finalidad; motivo por el cual, dichos funcionarios deben ser objeto de un proceso penal.

Se resalta nuevamente, que este tipo de circunstancias es excepcional, puesto que en el común de actividades de la administración pública destinar el presupuesto para actividades distintas a las planificadas es perfectamente posible por la habilitación contenida en los artículos 38° al 43° de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto²⁶.

²⁶ **Artículo 38°.-** Modificación presupuestaria Los montos y las finalidades de los créditos presupuestarios contenidos en los Presupuestos del Sector Público sólo podrán ser modificados durante el ejercicio presupuestario, dentro de los límites y con arreglo al procedimiento establecido en el presente Subcapítulo, mediante: a) Modificaciones en el Nivel Institucional b) Modificaciones en el Nivel Funcional Programático

Artículo 39°.- Modificaciones Presupuestarias en el Nivel Institucional.

39.1 Constituyen modificaciones presupuestarias en el Nivel Institucional: los Créditos Suplementarios y las Transferencias de Partidas, los que son aprobados mediante Ley:

a) Los Créditos Suplementarios, constituyen incrementos en los créditos presupuestarios autorizados, provenientes de mayores recursos respecto de los montos establecidos en la Ley de Presupuesto del Sector Público; y,
b) Las Transferencias de Partidas, constituyen traslados de créditos presupuestarios entre pliegos.

39.2 En el caso de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, los Créditos Suplementarios de los fondos públicos administrados por dichos niveles de gobierno se aprueban por Acuerdo del Consejo Regional o Concejo Municipal según sea el caso.

Artículo 40°.- Modificaciones Presupuestarias en el Nivel Funcional Programático

40.1 Son modificaciones presupuestarias en el nivel Funcional Programático que se efectúan dentro del marco del Presupuesto Institucional vigente de cada Pliego, las habilitaciones y las anulaciones que varíen los créditos presupuestarios aprobados por el Presupuesto Institucional para las actividades y proyectos, y que tienen implicancia en la estructura funcional programática compuesta por las categorías presupuestarias que permiten visualizar los propósitos a lograr durante el año fiscal:

a) Las Anulaciones constituyen la supresión total o parcial de los créditos presupuestarios de actividades o proyectos.
b) Las Habilitaciones constituyen el incremento de los créditos presupuestarios de actividades y proyectos con cargo a anulaciones de la misma actividad o proyecto, o de otras actividades y proyectos.

40.2 Las modificaciones presupuestarias en el nivel Funcional Programático son aprobadas mediante Resolución del Titular, a propuesta de la Oficina de Presupuesto o de la que haga sus veces en la Entidad. El Titular puede delegar dicha facultad de aprobación, a través de disposición expresa, la misma que debe ser publicada en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 41°.- Limitaciones a las modificaciones presupuestarias en el Nivel Funcional Programático

41.1 Durante la ejecución del Presupuesto, las modificaciones presupuestarias en el nivel Funcional Programático se sujetan a las limitaciones siguientes:

a) Los Grupos Genéricos de Gasto podrán ser objeto de anulaciones: si luego de haberse cumplido el fin para el que estuvieron previstos generan saldos; si se suprime la finalidad; si existe un cambio en la prioridad de los objetivos institucionales o si las proyecciones muestran que al cierre del año fiscal arrojen saldos de libre disponibilidad, como consecuencia del cumplimiento o la supresión total o parcial de metas presupuestarias.

b) Los Grupos Genéricos de Gasto podrán ser objeto de habilitaciones si las proyecciones al cierre del año fiscal muestran déficit respecto de las metas programadas o si se incrementan o crean nuevas metas presupuestarias.

c) No se podrán autorizar habilitaciones para gastos corrientes con cargo a anulaciones presupuestarias, vinculadas a gastos de inversión.

41.2 No están sujetas a las limitaciones mencionadas en el numeral precedente las modificaciones en el nivel Funcional Programático que se produzcan como consecuencia de la creación, desactivación, fusión o reestructuración de Entidades, o cuando se realice el traspaso de Actividades o Proyectos de un pliego a otro.

Artículo 42°.- Incorporación de mayores fondos públicos

42.1 Las incorporaciones de mayores fondos públicos que se generen como consecuencia de la percepción de determinados ingresos no previstos o superiores a los contemplados en el presupuesto inicial, son aprobados mediante resolución del Titular de la Entidad cuando provienen de:

a) Las Fuentes de Financiamiento distintas a las de Recursos Ordinarios y recursos por operaciones oficiales de crédito que se produzcan durante el año fiscal.

b) La recuperación en dinero, resultado de la venta de alimentos y productos, en el marco de Convenios Internacionales.

c) Los diferenciales cambiarios de las Fuentes de Financiamiento distintas a las de Recursos Ordinarios, orientados al cumplimiento de nuevas metas, caso contrario se constituyen en recursos financieros para dar cobertura a los créditos presupuestarios previstos en el presupuesto institucional. El presente literal también comprende los saldos de balance generados por la monetización de alimentos y productos. d) Los recursos financieros, distintos a la Fuente de Financiamiento Recursos Ordinarios, que no se hayan utilizado al 31 de diciembre del año fiscal, constituyen Saldos de Balance, los mismos que se pueden incorporar durante la ejecución en el presupuesto de la Entidad, bajo la modalidad de incorporación de mayores fondos públicos que se generen por el incremento de los créditos presupuestarios. El Saldo

3. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Nuestra hipótesis de investigación fue sistematizada de la siguiente manera:

Las razones y fundamentos jurídicos por los que se justifica la descriminalización del delito de malversación de fondos a la luz de la aplicación de los principios de exigüidad y ofensividad al concepto de bien jurídico protegido en este delito, son:

F1: No existe relación directa entre el Bien Jurídico Genérico de los delitos contra la administración pública y el Bien Jurídico protegido en el delito de malversación de fondos; lo que le quita la categoría de tal.

de Balance de las Fuentes de Financiamiento recursos por operaciones oficiales de crédito y donaciones y transferencias que requiera de contrapartida, será asumida, exclusivamente, con cargo al respectivo presupuesto institucional aprobado para el pliego.

42.2 La mayor disponibilidad financiera de los fondos públicos que financian el presupuesto de los organismos reguladores, recaudadores, supervisores, así como de cualquier otra Entidad que no se financie con recursos del Tesoro Público, es incorporada en sus respectivos presupuestos, mediante la resolución del Titular correspondiente, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Finanzas respecto al cumplimiento de las metas del Marco Macroeconómico Multianual.

42.3 La mayor disponibilidad financiera de los fondos públicos que financian el presupuesto de las Empresas y Organismos Públicos Descentralizados de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, es aprobada mediante resolución del Titular correspondiente. La Dirección Nacional del Presupuesto Público sobre la base de dichas Resoluciones propone el proyecto de Decreto Supremo que aprueba las modificaciones al Presupuesto Consolidado de las Empresas y Organismos Públicos Descentralizados de los Gobiernos Regionales y Gobiernos locales.

Artículo 43°.- Incorporación de los Intereses

43.1 Los intereses generados por depósitos efectuados por las Entidades provenientes de fuentes distintas a las de Recursos Ordinarios y recursos por operaciones oficiales de crédito externo, se incorporan, mediante Resolución del Titular de la Entidad, en sus respectivos presupuestos, y en su caso, en las Fuentes de Financiamiento que los generan, previo a su ejecución

43.2 Los intereses de la fuente de financiamiento recursos por operaciones oficiales de crédito externo en el Gobierno Nacional se incorporan en la fuente de financiamiento Recursos Ordinarios, salvo los que se incorporan conforme al numeral 42.2 del artículo 42 de la Ley General. En el caso de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales dichos intereses se incorporan en los respectivos presupuestos, en la fuente que los genera salvo que se esté ejecutando la garantía de aval por parte del Estado, en cuyo caso los intereses deben ser depositados en el Tesoro Público, los cuales serán devueltos por este último al respectivo Gobierno Regional o Local, según sea el caso, a la cancelación del préstamo avalado.

43.3 Los fondos públicos provenientes de intereses correspondientes a Donaciones y Transferencias se utilizan de acuerdo a los términos establecidos en los respectivos Convenios y Contratos que hubieren dado lugar a dichas operaciones.

Es innegable que la determinación de cuál es el bien jurídico protegido con la tipificación de un ilícito penal es lo que determina la barrera diferenciadora entre lo que constituye un ilícito penal y un ilícito administrativo.

Respecto a la historia legislativa y doctrinaria en nuestro medio, tenemos que el bien jurídico que se dice lesionado por el funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública ha variado notablemente a lo largo del tiempo.

En principio se consideró no la lesión de la administración pública misma, sino el incumplimiento o la violación del deber del cargo encomendado al funcionario o servidor público, siendo el titular de este bien jurídico la Administración, casi reducida al gobierno o poder ejecutivo y entendiendo que protegía el derecho penal era su prestigio o su dignidad.

Esta posición resulta hoy inadmisibles ya que proviene de una visión totalitaria de la actividad administrativa y así hay que desechar que el bien jurídico común a todos estos delitos sea la infracción del deber del cargo ya que resulta incompatible con la idea del Estado de Derecho. Lo que castiga el derecho penal (por aplicación del principio de intervención mínima) no puede ser la relación que se establece entre la administración y el funcionario pues esto es objeto del derecho disciplinario que castiga la infracción del deber en sí misma. Lo que puede castigar el derecho penal es el incumplimiento de la relación que se establece entre el funcionario y la sociedad o los ciudadanos, es decir, que la determinación del bien jurídico protegido por el derecho penal ha de hacerse poniendo de relieve el servicio que los poderes públicos están obligados a ofrecer a la comunidad con arreglo a los principios y criterios constitucionales.

Es por ello que como bien jurídico protegido genérico de los delitos contra la administración pública, no está referida a una relación interior, sino al cumplimiento de los fines de esta, de cara a la sociedad, es decir, el correcto funcionamiento de ésta, de conformidad con los principio de moralidad, probidad, dignidad, eficiencia y eficacia.

La finalidad de la administración pública es dotar a la sociedad de los servicios públicos necesarios para su desenvolvimiento, llámese carreteras, luz eléctrica, pistas y veredas, limpieza pública, serenazgo, entre otros. Todos ellos a ser cumplidos de conformidad con la eficiencia y eficacia ya señalados, no así mediante el cumplimiento estricto de formalidades.

Por otro lado, el bien jurídico protegido del delito de malversación de fondo no parece ser el correcto desenvolvimiento de la administración pública, sino el cumplimiento de los parámetros preestablecidos, reglas y normas con rango de ley, para la utilización de los caudales del Estado.

Es totalmente cierto que en cuanto a utilización de los caudales del estado debemos ser muy cautelosos a fin de evitar colusiones o peculados; sin embargo, el cuidado no puede ser exagerado y extenderse hasta el cumplimiento estricto de las reglas, sino al cumplimiento de las finalidades de conformidad con los principios generales.

Con ello de ninguna manera estamos aseverando que se tenga que dejar de cumplir recurrentemente con las reglas preestablecidas, sino que, excepcionalmente dichas reglas puedan dejar de aplicarse en virtud de la necesidad material, con la clara obligación de parte del funcionario de justificar debidamente el por qué de su inaplicación.

F2: La naturaleza del Bien Jurídico protegido en el delito de malversación de fondos es meramente abstracta y está referida a la protección de la organización y el orden en la administración pública, por lo que no reviste la gravedad suficiente para ser objeto de criminalización.

En ese entendido, podemos asegurar que el bien jurídico protegido por el delito de malversación de fondos está referido únicamente a uno de los aspectos que involucra el correcto desenvolvimiento de la administración pública, el aspecto formal que involucra la protección del orden u organización, más no la eficacia, la moralidad, la probidad ni la dignidad que este correcto desenvolvimiento importa.

Por tanto no existe correlación entre uno y otro y, en virtud del principio de informalismo del derecho administrativo no puede ser objeto de sanción administrativa y mucho menos de sanción penal.

El derecho penal debe valerse de los principio del derecho administrativo para su aplicación en los casos referidos a los denominados delitos contra la administración pública, en ese entendido, su principal finalidad debe ser la corroboración de que se ha cumplido con las finalidades de la misma sin afectarla; únicamente bajo estos supuestos se puede analizar las responsabilidades penales de los funcionarios y servidores públicos, no así en cuanto al incumplimiento de formas, lo cual, tal vez, pueda ser analizado administrativamente pero no penalmente y, mucho menos, debió ser objeto de tipificación.

Ello ha sido perfectamente corroborado en el análisis de los procesos referidos en el acápite de análisis de datos, debido a que cualitativamente se puede observar que la orientación de los magistrados en la generalidad de los delitos contra la administración pública es la protección del correcto desenvolvimiento de la misma; sin embargo, en los casos específicos de malversación de fondos, existe una tendencia mayoritaria a la absolución de los funcionarios o servidores públicos debido a que no se evidencia la afectación de este bien jurídico.

F3: El principio aplicable al estudio teórico del Bien Jurídico protegido en el delito de malversación de fondos es el principio de exigüidad que nos revela que en la mayoría de los casos presentados por este delito no ha sido posible probar la afectación del bien jurídico de los delitos contra la administración pública, debido a que la afectación al bien jurídico concreto es mínima en comparación con el beneficio obtenido por otorgarle a los caudales una finalidad distinta a la formalmente establecida.

Otro aspecto importante a tener en cuenta en el análisis de la pertinencia o no de la tipificación del delito de malversación de fondos, es a nivel de obtención del óptimo o proporcionalidad y razonabilidad en la actuación previa del legislador.

En el caso concreto, es cierto de que dejan de cumplir con formalidades preestablecidas en virtud de uno de los extremos del correcto funcionamiento de la administración pública, pero dicha inaplicación formal resulta siendo una

pequeña afectación en comparación con la eficacia en la consecución de los fines de la administración pública.

Este fenómeno se encuentra relacionado íntimamente con el denominado principio de exigüidad por el que se puede observar que, la afectación al bien jurídico desde su aspecto formal o abstracto resulta tan mínima que no amerita la intervención del derecho penal en la búsqueda de responsabilidades.

Esa es la opinión mayoritaria recogida de los operadores jurídicos entrevistados para efectos de éste trabajo, quienes observan en su quehacer diario esta disociación existente entre ambos extremos del bien jurídico protegido y la innecesaridad de la intervención del derecho penal en los casos planteados con motivo del delito de malversación de fondos.

F4: La correlación entre el desarrollo abstracto del concepto bien jurídico afectado en el delito de malversación de fondos y la real afectación del bien jurídico concreto del referido en caso de malversación de fondos es dicotómica.

Finalmente, respecto a la dicotomía existente entre el desarrollo abstracto de delito en el tipo penal y la inexistente o mínima afectación del bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública y, antes bien, la consecución de los fines de ésta última; podemos aseverar que existe una disociación entre el bien jurídico tutelado de los delitos contra la administración pública que es la protección de los caudales del Estado, del aprovechamiento privado y el bien jurídico tutelado del delito de malversación de fondos que ha sido argumentada jurisdiccionalmente como “preservar la

correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y el empleo de dinero y bienes públicos, en suma, se trata de afirmar el Principio de Legalidad Presupuestal; esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio” (Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 3630-2001 del 23 de enero de 2003); sin embargo, dicho razonamiento únicamente debe ser empleado cuando existe una afectación real a dicho funcionamiento, por ejemplo en los casos en los que el presupuesto de los programas sociales es utilizado para obras de infraestructura que no revisten urgencia ni necesidad como la construcción de un monumento al sombrero; en estos casos, sí existiría afectación al presupuesto público, no así en los casos en los que el destino del presupuesto se cambia por razones de necesidad o apremio.

4. CONCLUSIONES

De los resultados obtenidos y del análisis de los mismos podemos concluir:

C1: El bien jurídico protegido general en los delitos contra la administración pública está referido al correcto funcionamiento de la misma.

C2: El correcto funcionamiento de la administración pública está determinado por los principios de dignidad, probidad, eficiencia y eficacia y moralidad.

C3: Otro extremo del correcto funcionamiento de los delitos contra la administración pública es la protección del orden dentro de la administración pública, el mismo que constituye el bien jurídico protegido del delito de malversación de fondos.

C4: La protección del orden dentro de la administración pública no puede ser interpretado o analizado de manera independiente sino de conformidad con los principios de dignidad, probidad, eficiencia y eficacia y moralidad; por lo que el bien jurídico protegido de los delitos contra la administración pública toma un matiz concreto.

C5: En el caso específico del delito de malversación de fondos, el bien jurídico protegido es únicamente abstracto y es contrario al principio de informalismo del derecho administrativo y *ultima ratio* del derecho penal.

C6: No existe correlación entre el bien jurídico protegido de los delitos contra la administración pública y el bien jurídico protegido del delito de malversación de fondos.

C7: Los principios aplicables al estudio teórico del delito de malversación de fondos son el principio de exigüidad, ofensividad e imputación necesaria.

C8: Las posiciones mayoritarias, ya sean extraídas de los procesos analizados o de las opiniones recogidas, contemplan la innecesaridad de regulación o tipificación del delito de malversación de fondos en virtud de los fundamentos ya señalados.

5. RECOMENDACIONES

R1: Se recomienda la derogación del tipo penal del delito de malversación de fondos en el ordenamiento jurídico peruano; así como su inclusión dentro del tipo penal de peculado en los casos en los que existe una afectación real al servicio o la función encomendada.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abastos, M. (2006). *Derecho Penal II - Curso (apuntes de clases) Trabajo mimioográfico*. Lima: San Marcos.
- Álvarez Arboleda, F. (2011). Il concetto di “esiguità” del reato: profili dogmatici e politico-criminali. *Revista Nuevo Foro Penal Vol. 7, No. 77*, 130-161.
- Carbonell Mateu, J. C. (2014). Reflexiones sobre el abuso del derecho Penal y la banalización de la legalidad. *Universitat de València. Estudi General*, 129-144.
- Congreso de la República. (28 de Noviembre de 2003). Ley N° 28112. *Ley Marco de la Administración Financiera del sector público*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Congreso de la República. (10 de Julio de 2014). Ley 30225. *Ley de Contrataciones con el Estado*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Cornejo, Á. G. (1938). *Derecho Penal, Parte Especial - Tomo II*. Lima: Librería Peruana.
- Díaz, A. (25 de Abril de 2017). *Blog de ArturoDiazF - PUCP*. Recuperado el 25 de Abril de 2017, de Blog de ArturoDiazF - PUCP:
<http://blog.pucp.edu.pe/blog/nortenciogua/2013/04/22/presupuesto-institucional-de-apertura-pia-y-presupuesto-institucional-modificado-pim/>
- Figuroa Navarro, A. M. (2015). Reserva de fallo condenatorio - ¿Pena abstracta o pena concreta? *PUCP*, 112-162.
- FRISANCHO APARICIO, M. (2008). *Delitos contra la Administración Pública. Segunda Edición*. Lima: FECAT EIRL.

- Frisancho Aparicio, M., & Peña Cabrera, R. (1999). *Delitos contra la administración Pública*. Lima: Fecat.
- Hernández Sampieri. (2003). *Metodología de la Investigación*. México.
- Hugo Álvarez, J. (2000). *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública: análisis sistemático de los tipos delictivos*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Lama Martínez, H. (2003). *Estado de Necesidad en el Delito de Malversación de Fondos*. Lima.
- Manes, V. (2012). Bien Jurídico y Reforma de los Delitos contra la Administración Pública. *Universidad de Trento*, 150-165.
- MEF. (2016). *Manual del Módulo de Programación y Formulación 2017*. Lima: MEF.
- OEA, T. o. (2001). *Convención Interamericana contra la corrupción*. Caracas: OEA.
- Ospina Sepúlveda, R. (2013). *Principio de la Buena Fe y Responsabilidad de la Administración Pública*. Cartagena: Universidad de Cartagena.
- Pariona Arana, R. (2011). *El delito de peculado como delito de infracción de deber*. Lima.
- Poder Ejecutivo. (08 de Abril de 1991). Código Penal. *Decreto Legislativo N° 635*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Portocarrero Hidalgo, J. (1996). *Delitos contra la administración pública - 1era edición*. Lima: Jurídica Portocarrero.

- ROJAS VARGAS, F. (2007). *Delitos Contra la Administración Pública. Cuarta Edición*. Lima: Editora Jurídica Grijley EIRL.
- Rousseau, J. (2009). *El Contrato Social*. Madrid: Edaf.
- Santiago Nino, C. (1995). *La teorías dogmáticas: Teoría del bien jurídico protegido*. Buenos Aires: Astrea.
- Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, 0012-2006-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 15 de Diciembre de 2006).
- Sieyès, E. (2008). *¿Qué es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza Editorial.
- UNAD. (14 de Marzo de 2016). <http://datateca.unad.edu.co/>. Obtenido de <http://datateca.unad.edu.co/>: http://datateca.unad.edu.co/contenidos/211621/PROY-GRADO_EN_LINEA/leccin_37_investigacin_transeccional_o_transversal.html
- Vásquez-Portomeñe Seijas, F. (2003). *Los delitos contra la administración pública - teoría general*. Madrid: Santiago de Compostela.