



UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES
CHIMBOTE

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA
POLITICA**

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRIA

LA DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE
MALVERSACIÓN DE FONDOS POR BENEFICIOS
SOCIALES Y SU RELACION CON Y LAS POLÍTICAS DE
PROTECCIÓN PENAL APLICADAS EN EL PERU
EN CASOS DEL PERIODO 2013-2014

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRA EN DERECHO CON MENCIÓN EN
DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

AUTORA
TERESA ESPERANZA ZAMUDIO OJEDA

ASESORA
DRA. WILMA YECELA LIVIA ROBALINO

LIMA – PERU
2016

JURADO EVALUADOR DE TESIS

Dr. Diógenes Jiménez Domínguez
Presidente

Mgtr. Daniel Moscol Aldana
Secretario

Mgtr. Braulio Zavaleta Velarde
Miembro

AGRADECIMIENTO

Al programa de Maestría de la ULADECH:

Por su constante colaboración y apoyo brindado a
nuestro desarrollo profesional como Abogados.

Teresa Esperanza Zamudio Ojeda

DEDICATORIA

A mis padres:

Por sus desvelos, por sus oraciones, por ser los que Dios
envió como el mejor ejemplo de esmero y trabajo para
seguir adelante siempre.

Teresa Esperanza Zamudio Ojeda

RESUMEN

Este trabajo de investigación interpretó la ley penal buscando solución a un problema de la realidad, el tema guardó relación con el problema que estuvo orientado a desarrollar el enunciado: ¿Cuál era la relación existente entre la despenalización del delito de malversación de fondos por beneficios sociales con y las políticas de protección penal que proporcionaban los delitos contra la Administración Pública hacia el ejercicio correcto del funcionario público en la ley penal peruana durante el periodo 2013-2014?, su objetivo fue General formulado se dirigió a determinar la relación existente entre la despenalización del delito mencionado con los beneficios sociales y las políticas de protección penal que proporcionaban a la Administración Pública durante el periodo mencionado, sobre la Hipótesis tuvo por finalidad demostrar la existencia de dicha relación; la Metodología utilizada fue: No experimental y el Nivel: correlacional; En los resultados, se afirmó que los postulados del delito investigado, ya no respondían a las exigencias de un derecho penal moderno y garantista, necesarios para establecer bases sólidas de un Estado Democrático de Derecho, donde predomine el respeto de derechos y garantías a los seres humanos; en las Conclusiones se expresa la relación que guarda con la hipótesis planteadas, que se requería una perspectiva jurídica que involucre la realidad social a fin de crear una legislación que persiga el bienestar social.

Palabras Claves: delito, malversación de fondos, beneficios sociales.

ABSTRACT

This research interprets the criminal law seeking solution to a problem of reality, the issue was related to the problem that was aimed at developing the statement: What was the relationship between the decriminalization of the crime of embezzlement by social benefits with criminal and political protection provided crimes against the public administration to the proper exercise of public official in the Peruvian criminal law during the period 2013-2014 ?, its objective was formulated General went to determine the relationship between decriminalization crime mentioned social benefits and policies penal protection provided to the Public Administration during that period, on the assumption had intended to demonstrate the existence of such a relationship; The methodology used was: No experimental and Level: correlational; In the results, it was claimed that the postulates of the crime under investigation, no longer responded to the demands of a modern and garantista necessary criminal law to establish solid foundations for a democratic state of law, where prevails the respect of rights and guarantees beings humans; Conclusions on the relationship of the hypotheses that a legal perspective involving the social reality in order to create legislation that seeks social welfare is required is expressed.

KEY WORDS: crime, embezzlement, social benefits.

INDICE GENERAL

AGRADECIMIENTOS.....	iii
DEDICATORIA.....	iv
RESUMEN	v
ABSTRACT.....	vi
INDICE	vii
INTRODUCCIÓN	xi
I. PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO.....	1
1.1. Introducción de la Formulación del Problema y Justificación	1
1.2.- Formulación del problema y justificación del estudio.....	1
1.2.1. Formulación del problema.....	1
1.2.2. Justificación del Estudio.....	2
1.3. Antecedentes relacionados al tema	3
1.4. Objetivos generales y específicos	5
1.4.1. Objetivo General	5
1.4.2. Objetivos Específicos	5
II. MARCO TEÓRICO	7
2.1. Bases teóricas relacionadas con el estudio	7
2.1.1. La Malversación	7

2.1.2. La corrupción administrativa en el mundo contemporáneo.....	9
2.1.3. El delito de Malversación desde una óptica comparada.....	17
2.1.4. Naturaleza jurídica de la malversación.	29
2.1.5. Sujeto activo del delito de malversación.....	30
2.1.6. El bien jurídico protegido.....	30
2.1.7. Principio de intervención mínima (última ratio del derecho penal).	32
2.1.7.1. El Carácter Fragmentario	32
2.1.7.2. El de Subsidiariedad	32
2.1.8. Principio de proporcionalidad de las penas.....	33
2.2. Definición De Términos Usados.....	35
2.2.1. Culpabilidad.	35
2.2.2. Circunstancia agravante.....	35
2.2.3. Medios probatorios	37
2.2.4. Primera instancia.....	37
2.2.5. Sala Penal.	37
2.2.6. Segunda instancia.	37
2. 3. Hipótesis.....	37
2.3.1. Hipótesis General	37
2.3.2. Hipótesis Específicas	37
2.4. Variable.....	38
2.4.1. Variable	38
2.4.2. Técnicas e instrumentos y matriz de evaluación	38

2.4.3. Plan de análisis	38
III. METODOLOGÍA	39
3.1. Diseño de la investigación	39
3.1.1. Tipo y nivel de la investigación.....	39
3.2. Población y muestra.....	39
3.2.1. Población	39
3.2.2. Muestra.....	39
3.3. Técnicas e instrumentos	39
3.1.1. Técnica	39
3.1.2. Instrumentos de Recolección de Datos.....	40
IV. RESULTADOS	41
4.1. Resultados	41
4.1.1. Políticas de protección penal	41
4.1.2. El Sujeto Activo	42
4.1.3. La acción típica	42
4.1.4. El objeto de la acción	42
4.1.5. Lealtad de los funcionarios con la Administración Pública	43
4.1.6. Ejercicio regular de la función pública.....	44
4.1.6.1. Acción punible.....	44
4.2. Análisis de los Resultados.....	45
4.2.1. Ventajas que implicaría la propuesta.	49

V. CONCLUSIONES	50
VI. RECOMENDACIONES	51
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	52
ANEXO – ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE – CASO JUNIN	56

INTRODUCCIÓN

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

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

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

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

1.1. Introducción al Formulación del problema y justificación del estudio

Dentro de nuestro marco normativo, y en especial el penal, las normas positivas son la base de la punibilidad; a través de los años se ha podido apreciar que la tipificación del delito no ha sido impedimento para que este se mantenga estático, generándose a través del tiempo, variantes que alteran el contenido de la misma y que necesitan ser incluidos en el texto que la regula.

Así como tenemos caso de la necesidad de agravar una pena, ante el actuar contrario a las costumbres y las normas de las personas lo que le da el carácter delictuoso, también debemos evaluar, aquellas conductas que siendo delitos no deberían ser reprochadas como delito, enunciado que se rige, entre otros, por el principio de mínima intervención del Derecho Penal, el mismo que reconoce una cierta pérdida de legitimación del Derecho Penal, en los casos en que este no sea necesaria. Revisadas las normas, el Estado no ha señalado figura jurídica alguna que como excepción a la regla permita la utilización de fondos dirigidos para la administración públicas destinadas a una partida específica para otra, en la que por realizar un bien social se tenga que hacer uso de estos fondos, contemplando que sea un caso de emergencia y evitando que de este modo se desarrolle una afectación mayor en la población. (Abanto, 2003)

1.2.- Formulación del problema y justificación del estudio

1.2.1. Formulación del Problema.

¿Cuál es la relación existente entre la despenalización del delito de malversación de fondos por beneficios sociales con y las políticas de protección

penal que proporcionan los delitos contra la Administración Pública hacia el ejercicio correcto del funcionario público en la ley penal peruana durante el periodo 2013-2014?

1.2.2. Justificación del Estudio.

El Estado de Peruano no contempla en ningún ordenamiento legal una figura jurídica que como excepción permita la utilización de fondos de administración públicas destinadas a una partida específica para otra, en la que por ejercer un bien social se tenga que hacer uso de estos fondos, contemplando que sea un caso de emergencia y evitando que de este modo se desarrolle una afectación mayor en la población (García, 2008).

Por lo tanto, con este trabajo de investigación se dará una alternativa, elaborando un proyecto de ley, para dejar de lado la incertidumbre en la población en caso de necesidad mientras se espera que puedan llegar los fondos para asistencia social y a su vez deslindar el rechazo a la figura de la malversación de fondos en el quehacer de la autoridad pública, brindándole la libertad al funcionario de poder ejercer su cargo en beneficio de la comunidad, manteniendo su conducta dentro del ámbito de la legalidad. Con ello permitimos la defensa de esos ámbitos de decisión íntimos y personales en donde nacen o surgen las decisiones individuales de la autoridad pública, en las que tiene que decidir si hacer un bien relativo a la vida, a la familia y la comunidad o esperar que se le asigne una partida especial para poder resolver los problemas sociales que puedan surgir, mientras debe esperar pudiendo agravarse la problemática o urgencia de la comunidad, que es la que da origen a tomar estas medidas drásticas y por las que buscamos encontrar una solución legalmente viable. (Caro-John, J. 2003)

1.3. Antecedentes Relacionados Al Tema

El hombre no es un ser de “derecho” por naturaleza, ya que inicialmente hemos estado regidos por el libre albedrío, es por el derecho que nuestra conducta está regida y delimitada, lo que respetamos por tener una idea de “justicia”.

Por el pasar de las épocas hemos observado que el derecho cambia, y no por nuestra voluntad, si no por la necesidad de hacerlo, al tener nuevas conductas que se presentan y necesitan una regulación, pues al compartir nuestras actividades cotidianas con nuestro prójimo la presencia de las normas (civil, penal, tributario, etc.) hacen ineludible su presencia.

Para los griegos, todo ocupaba un lugar en el espacio, y es el conocimiento quien determina su orden, ese conocimiento es diferente en casa sociedad, lo que hace que al imponer una norma ésta se haga subjetiva.

No es ajena a la realidad el que las normas penales son las que tienen el protagonismo al ser aquellas normas que sancionan con mayor “dureza” las conductas humanas imponiendo una pena (consecuencia jurídica del delito) que busca, a través de la ponderación de derechos, el resarcimiento del daño causado, el mismo que en ocasiones llegan a la privación de la libertad, el derecho más importante de las personas después del derecho a la vida, ello ha de justificar mi investigación, ya que siendo el delito investigado uno que se sanciona con la referida privación del derecho, se debe determinar si la conducta desplegada por el “sujeto activo” merece o no ser investigada inicialmente, incluyendo para ello el principio de “ultima ratio” y el de “presunción de inocencia.

La legislación comparada nos llevará a apreciar que la evolución no es ajena a su realidad, así como a la nuestra

El tipo penal de “malversación de fondos” - Art. 389 del Código Penal Peruano - siempre ha sido polémico, a diferencia del “peculado” del código citado, aquí no se da un “destino privado” a los bienes públicos, sino un destino “público”, aunque distinto a aquél que estaba previsto.

En contra de una corriente doctrinaria que exige la despenalización de esta figura para dejarla en el campo meramente administrativo, debe tenerse en cuenta que, en la práctica, algunos casos de desvío de destino pueden ser tan graves como los de aplicación privada (peculado). Y es que todo depende de la finalidad para la cual estaban destinados los bienes públicos; no es lo mismo que en vez de construir una escuela, un hospital o atender una emergencia pública (sismo, desastres naturales, epidemias, etc.), se apliquen los fondos para la construcción de un parque público o para mejorar el ornato público (Caro-John, J. 2003).

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

El tipo penal de malversación de fondos, se ha intentado precisar un poco más introduciendo en 1999 los elementos típicos adicionales de “aplicación definitiva” y “afectación del servicio o de la función encomendada” (Bacigalupo, 2004).

Debemos abordar los conceptos doctrinarios, los mismos que comparados con las tendencias actuales evidencia la naturaleza de evolucionar de la norma, observándose su cambio de una norma originaria y una más elaborada con la finalidad de abarcar las conductas practicadas en la actualidad.

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

1.4. Objetivos Generales y Específicos

1.4.1. Objetivo general.

- Determinar la relación existente entre la despenalización del delito de malversación de fondos por beneficios sociales con y las políticas de protección penal que proporcionan los delitos contra la Administración Pública hacia el ejercicio correcto del funcionario público en la ley penal peruana durante el periodo 2013-2014.

1.4.2. Objetivos específicos.

- Analizar la normativa legal penal vigente para el delito de malversación de fondos en la legislación peruana aplicable en el 2013-2014.

- Reconocer si las bases doctrinarias para la despenalización del delito de

malversación de fondos en la legislación peruana contribuyen a su tramitación y brindarle carácter social en casos del periodo 2013-2014.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Bases Teóricas Relacionadas con El Estudio

2.1.1. La Malversación.

Cuando nos referimos al término malversación encontraremos ésta tienen su origen del latín “male” y “versare”: que se traduce como mal utilizar algo y significa generalmente en destinar ilícitamente los bienes no propios que una persona tiene a su cargo en usos diferentes de aquellos para los que están destinados. (Hurtado 2005).

El término Malversación, ha sido usado frecuentemente en la doctrina y en la mayoría de legislaciones donde se le conoce como peculado, su antecedente más antiguo es en el Derecho Romano primitivo, lugar en el que tomó el nombre de *Apeculatus* o Apeculado y se describía como la conducta del hurto al patrimonio, se dirige ésta a un patrimonio privado o del pueblo romano. Originariamente se trató como una forma agravada del hurto; siendo que el cual el agravante se configuraba por el objeto sobre el que recaía la conducta típica del autor, esto es los bienes públicos. (Hurtado 2005).

Este tipo penal sancionaba la apropiación de cosas públicas, pero no quedó estático, a través de los tiempos el cambio se evidenció en diferentes etapas: En el derecho romano cesáreo, la característica básica del peculado dejó de recaer en la naturaleza de las cosas protegidas, para dirigirse a la calidad del sujeto activo y en la relación entre éste con los bienes objeto de la acción. Fue desde ese momento en que el concepto se amplió y pasó a incluirse hechos que no se contemplaban en el topo

penal del hurto. La característica básica para ésta nueva modalidad del peculado estuvo centrado en el abuso de la confianza, señalándose como bien jurídico protegido la fe pública (Hurtado 2005).

Para el Derecho Moderno, la figura del peculado fue tomando propios matices que le permitieron individualizarse del delito de hurto, pues se observa que la diferencia entre dichos tipos penales ya no era la naturaleza de la cosa sobre la cual recaiga la conducta, sino que se incluye la características que debía tener el autor, el sujero que desempeñaba a acción debía ser siempre un empleado público o funcionario. El bien jurídico protegido pasa a ser, además del patrimonio del Estado, el regular y legal cumplimiento de la función pública.

Por éstos motivos, si hacemos una comparación con otros tipos penales, observaremos que guarda similitud con el abuso de confianza, la retención indebida y la defraudación por administración infiel; con la precisión de que el peculado no sólo se define como un simple "abuso de confianza", sino un "abuso de la función pública".

Se debe tener en cuenta que, siempre, en todos los casos, se debe exigir que la conducta típica sobre el que recae el hechos son los fondos públicos que se encuentran asignados a un empleado o funcionario público en razón a su cargo.

Como todo delito, la Malversación, es parte de un fenómeno social, lo que implica un constante cambio, y al ser la afectación a los intereses del Estado, es la situación económica que es determinante, y que históricamente esta ligado a los intereses de los grupos de poder. (Creus, 1995).

Haciendo referencia a la Enciclopedia de carácter Jurídico, Malversación es:

“La acción y efecto de malversar, de invertir mal, contra su natural destino un caudal propio o ajeno. Cuando el caudal es propio, como su destino depende de la misma voluntad, el hecho carece de consecuencias jurídicas, a menos de que revista los caracteres de prodigalidad. Cuando el caudal es ajeno constituye o bien el género de la defraudación cuando se trata de caudales de particulares o específicos de Malversación de caudales públicos.” (Mouton y Ocampo, 1984).

El Derecho Español antiguo recogido en Las Partidas castigó la Malversación de los caudales del Rey y de los pertenecientes a villas y ciudades y la pena aplicable podía ser la de mayor rigor, cuando la Malversación constituía un Hurto propiamente dicho y en la Novísima Recopilación se castigó con el mismo rigor a las personas, consejeros que usurparen las rentas o derechos del Rey (Hurtado 2005).

2.1.2. La corrupción administrativa en el mundo contemporáneo.

Debo aclarar que aunque éste trabajo tiene como objeto el estudio del delito de Malversación, es importante que en forma sucinta no refiramos al contexto en el que se desarrolla éste tipo penal y a la forma en que se está enfrentando al tema de la corrupción en la actualidad a nivel mundial, en un análisis específico abordaré los antecedentes del delito y su desenvolvimiento en la sociedad..

El delito de Malversación es la especie de un tema genérico como lo es la corrupción administrativa, ha ido creciendo a través de los años por lo que el tratamiento que se le ha dado también debe estar a la par con el avance de las conductas para afectar los bienes del estado.

Es el Estado el indicado de organizar las legislaciones destinadas a luchar contra la corrupción, el mismo que al haberse desarrolla internacionalmente es la comunidad internacional, quien actúa en forma conjunta para desarrollar mecanismos

orientados a su erradicación.

Con el avance de la sociedad, tecnología y ciencia, no es extraño observar el desarrollo de las conductas que perjudican el correcto avance de la sociedad, siendo considerado a la fecha, a la corrupción como una conducta tan generalizado que el describirla en su totalidad resultaría imposible, porque hay tantas formas de corrupción como conductas humanas hay una vez tipificadas. Debido a esto, la Comunidad Internacional ha presenciado el énfasis de los Estados para combatirla. Hasta hace algunos años atrás el tocar el tema de la corrupción era considerado tabú y las naciones se cuidaban de no mencionarlo pues era tomado como un problema menor de carácter interno. En la actualidad hay un sin número de personas, instituciones, empresas, transnacionales, mecanismos que existen desde sus inicios para evaluar y analizar dicho problema. Si revisamos la evaluación de la conducta, hace unos quince años, existían países que no sancionaban los sobornos pagados a funcionarios del extranjero por la deducción tributaria. Existen acuerdos internacionales anticorrupción apoyados con políticas comprometidas a luchar con las conductas nocivas que afectan el correcto desenvolvimiento de los programas destinados al bienestar de sus pueblos (Mouton y Ocampo, 1984).

Mucho se ha discutido, evaluado y analizado por parte de los Estados sobre el tema, habiendo mostrado su disposición a la sanción y erradicación de las corrupción, promulgando normas internas, las mismas que se han consolidado a nivel internacional, pues los países tienen interés en que sus políticas de correcta aplicación y ejecución de sus funciones destinados al bienestar social se cumplan.

Cuando los países unidos en instituciones internacionales aceptan unirse para erradicar la corrupción, se abren las puertas de la cooperación multilateral y bilateral

en forma mas fluida, de trascendencia internacional pero con origen local. Esta conducta incentiva a masificar las conductas destinadas a su erradicación, optimiza las políticas y los resultados, genera cooperación y confianza entre los países, y se materializa el desarrollo entre éstos países (Creus, 1995).

Cuando los países firman acuerdos multilaterales para combatir la corrupción, éstos cuentan con los principios internacionalmente que son reconocidos por sus legislaciones internas, por lo que no es un impedimentos para su incorporación nacional.

Estos principios, de normas adquiridas y aprobadas las encontramos plasmadas en la UNCAC o mejor llamada Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que es una exhortación para que los gobierno de los países penalicen aquellos actos que perjudican el correcto funcionamiento del Estado

Al considerar que es necesario la unión de países que deben actuar concertadamente se dieron los siguientes acuerdos:

- **Aplicación de la ley:** Todo país es independiente y tiene la facultad de iniciar investigación, procesar y continuar el proceso judicial, lo que es lo básico para identificar la corrupción pública. Es así que prácticamente obliga a los gobiernos a promulgar tipos penales con sanciones que garanticen su efectividad y/o disuasión en la comisión de los ilícitos estudiados.

- **Prevención en el sector público:** Cuando los países se reúnen y asumen acuerdos éstos toman el carácter de internacional y estan en la obligación de cumplirlos por lo que a nivel interno deben hacerlos efectivos, buscando así que las conductas que manifiesten los empleados del sector público sean transparentes, de acuerdo a sus funciones, respetando las reglas de la moral y las leyes vigentes. Entre

alguno de los mecanismos es el hacer público los bienes de los funcionarios públicos a fin de establecer su origen así como el establecer trámites simples y eficaces para su control y sanción.

- **Prevención en el sector privado:** En muchos casos para que exista un acto de corrupción se requiere la participación de un particular que incite a la conducta del funcionario público, por lo que también se obliga a los estados a que a que las normas que se publiquen estén dirigidos a que intervengan en el desarrollo de las actividades del sector privado, previniendo así el uso de mecanismos como el generar de manera oculta pagos ilícitos como los sobornos al momento del pago de tributos.

- **Mecanismos de seguimiento:** Para el ámbito del desarrollo de la política internacional contra la corrupción, se generan instrumentos de lucha, mecanismos de evaluación complementarios o de revisión que facilitan la interrelación entre los Estados que fortalecen las áreas específicas. Si revisamos la normatividad internacional podemos apreciar que hay cuatro instrumentos destinados a evaluar a la corrección: el Mecanismo de Seguimiento de la Organización de los Estados Americanos, el Grupo del Consejo de Europa de los Estados contra la Corrupción, el Grupo de Trabajo de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico sobre el Soborno, y la Iniciativa del Pacto de Estabilidad contra la Corrupción.

Sin disminuir a los instrumentos nombrados, debemos afirmar que el mas elaborado y que esta siendo aplicado mundialmente es el que auspició las Naciones Unidas, donde después de dos años, más de 130 países acordaron la Convención de la ONU contra la Corrupción, que entró en vigencia en diciembre de 2005. en el que se describía el marco de las normas de cooperación para recuperar lo activos que se

pierdan por ésta causal, y así generar un procedimiento efectivo y eficiente.

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

Con el objeto de generar documentos que sirvan de guía a los Estados la Unión Europea (UE) ha participado, por lo que podemos mencionar a la Convención de 1997 de la UE sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios de las comunidades europeas o de los estados miembros y la acción conjunta de 1998 de la UE sobre la corrupción en el sector privado lo que se replicó en el año 2001, con ello la Unión Europea, con la finalidad de combatir la corrupción en el sector privado. Para el año 2000 se firmó el Pacto de Estabilidad, por parte de siete países de Europa sub-oriental con el objetivo de servir como un mecanismo que establezca los canales de revisión.

Describiendo los avances de América Latina, el inicio de la organización para combatirla de forjó bajo la mirada de la OEA - Organización de los Estados Americanos, la Convención Interamericana de 1996 contra la Corrupción, se encargó de crear un instrumento que sirva para la vigilancia y revisión de las conductas ilícitas, lo que se concretó en el año 2001.

Para el continente de Asia, se contó con veintiun países de la zona y del Pacífico el comprometerse a una normas, sin rango de ley, que sancionaban la corrupción, el nombre con el que se identifica es el Plan de Acción ADB/OCDE contra la Corrupción en Asia y el Pacífico, convenio que contó con el patrocinio del Banco Asiático de Desarrollo y la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, y es una antesala a la unificación de fuerzas entre los estados. Para el año 2004, los líderes de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico (APEC) confirmaron un Curso de Acción contra la Corrupción que involucra un gran compromiso para colocar en vigencia la Convención de la ONU contra la Corrupción y para generar una legislación a nivel regional que lleve a evitar que los países concedan asilo a aquellos funcionarios involucrados en actos de corrupción.

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

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

particularmente los esfuerzos para poner en efecto la Convención de la ONU contra la Corrupción.

Las naciones que ha asumido este compromiso, son un total de treinta y siete cuando el año 1997 firmaron la convención de la OCDE que básicamente se dedica a establecer lineamiento para la lucha del soborno que se realizan a los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales en el que se involucran , es una forma de vigilar las conductas que se generan, de ésta manera se facilita a los estados el tomar medidas que facilitan la cooperación.

La convención de la OCDE es una convención restringida a un tema específico y su finalidad básica es el tener al derecho nacional como un medio para penalizar las conductas de soborno de los funcionarios públicos extranjeros.

Contamos con muchos tratados, convenciones y acuerdos internacionales que nos ayudan a combatir las conductas de funcionarios corruptos, entre ellas la Convención de la ONU contra la Corrupción (UNCAC) que significa el punto de partida para la elaboración de los acuerdos internacionales contra la corrupción. Reunen aquellos temas y puntos que han sido descritos en forma local, nacional o regional y las complementa con aquellos otros que de alguna forma han tocado el tema. Tiene la característica de ser, a la fecha, el acuerdo internación con ochenta países que la aceptan, y observando la coyuntura se convertirá en el único instrumento que se aplicará en todo el mundo en el tema de corrupción. Los principios que rigen la lucha contra la corrupción están consagrados a nivel mundial, a pesar de haber nacido de sólo un grupo de países.

El controlar y erradicar la corrupción no se limita a publicar acuerdos o

ratificar convenios, pues es conforme los gobiernos asuman lo acordado en la UNCAC que se crearan procesos de seguimiento para fomentar la práctica y aplicación de los compromisos y no queden olvidados u obsoletos por su falta de puesta en práctica, Además esta comprobado que cuando se pone en práctica las normas éstas se perfeccionan al detectarse las deficiencias de su aplicación en el sistema, lo que ayuda a su modificación y/o actualización para incluir a aquellas nuevas conductas que se presentana traves del tiempo por ser fenómenos sociales, para esto se debe contar con la activa cooperación y participación de los Estados y de las empresas privadas.

A pesar de existir voluntad nacional que se aprecia a nivel internacional con el objetivo de controlar y erradicar la corrupción, con la firma y ratificación de tratados, convenios o convenciones, que pasan a formar parte de la legislación interna, no es meos cierto que ésto no se podra lograr si la voluntad política y económica de turno en el poder no se subordina a ésta, llevando así a promulgar y aplicar normas actualizadas para la lucha contra las conductas ilícitas que evolucionan y se presentan.

Con la legislación comparada, las emitidas internacionalmente, así como las actuaciones de los medios probatorios dentro de un proceso judicial, cualquiera que sea su índole, se encaminan a confirmar la verdad o a demostrar la falsedad de los hechos aducidos en el juicio (Lex Jurídica, 2012), ello aunado a uno de los principios como del debido proceso, que según Fix Zamudio (1991) es una garantía de los derechos de la persona humana que implica una protección procesal a través de los medios procesales por conducto de los cuales es posible su realización y eficacia, y el de la garantía de la motivación que consiste en la exigencia de fundamentación y

explicación que debe tener toda resolución judicial, la que debe estar amparada en una base construida de referentes de derecho y razonamiento, que expliquen la solución que se da un caso concreto que se juzga, no bastando una mera exposición, sino que consiste en realizar un razonamiento lógico (Franciskovic I., 2002),

2.1.3. El delito de Malversación desde una óptica comparada.

Las figuras penales no son propias de nuestro país, teniendo sus antecedentes en las legislaciones que la antecedieron, por lo que la finalidad en ésta etapa es realizar una comparación de cómo se encuentra regulado el delito de Malversación en otros países y en que circunstancias son similares a nuestro país, iniciaré en exponer el tipo penal de cada país señalando bajo que título se encuadra en cada cuerpo penal, cual es el tratamiento que se le dá, desde su descripción hasta su identificación, así como las partes y el bien Jurídico que se protege.

Si hacemos una regresión en la historia podemos apreciar que las naciones en latinoamerica elegidas fueron 09 y a España, las mismas que al tener antecedentes históricos con unos de los mayores puntos de referencia para nuestra legislación penal. Nos centraremos en realizar un análisis comparativo cada uno de los artículos, desde la conducta de los tipos penales, los sujetos activos y pasivos, los bienes jurídicos protegidos, incluyendo las variantes o modificatorias.

Bolivia.

Título II Delitos Contra La Función Pública.

Capítulo I Delitos cometidos por funcionarios Públicos.

“Artículo 142°.- (Peculado). El funcionario público que aprovechando del cargo que desempeña se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado con privación

de libertad de tres a ocho años y multa de sesenta a doscientos días”.

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

“Artículo 144°.- (Malversación). El funcionario público que diere a los caudales que administra, percibe o custodia, una aplicación distinta de aquella a que estuvieron destinados, incurrirá en reclusión de un mes a un año o multa de veinte a doscientos cuarenta días”.

Colombia.

Título: VII Delitos Contra el Patrimonio Económico.

Capítulo: Sexto. De las Defraudaciones.

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

España.

Título: XIX Delitos Contra la Administración Pública.

Capítulo: VII De la Malversación

Artículo 432. Malversación.

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

2. “Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de

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

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

Artículo 433.

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

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

Artículo 434.

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

público por tiempo de tres a seis años”.

Artículo 435.

Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

1. A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas.

2. A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.

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

Uruguay.

Título IV Delitos contra la Administración Pública.

CAPITULO I

Artículo 153. (Peculado)

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

Artículo 154. (Circunstancia atenuante).

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

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

El funcionario público que en ejercicio de su cargo, aprovechándose del error de otro, recibiere o retuviere, indebidamente, en beneficio propio o ajeno, dinero u

otra cosa mueble, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión y dos a cuatro años de inhabilitación especial.

Artículo 156. (Concusión)

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

Venezuela.

Título: III De los delitos contra la cosa

pública Capítulo: I

Del peculado.

Artículo 195.-

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

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

Argentina.

Título: XI Delitos Contra la Administración Pública.

Capítulo VII Malversación de caudales públicos

Artículo 260.-

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

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

Artículo 261.-

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

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

Artículo 262.-

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

Artículo 263.-

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

Artículo 264.-

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

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

Guatemala.

Título: XIII Delitos Contra la Administración Pública.

Capítulo IV De Los Delitos de Peculado Y Malversación.

Peculado.

Artículo 445.

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

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

Peculado Culposo.

Artículo 446.

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

Malversación.

Artículo 447.

El funcionario o empleado público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados, será

sancionado con multa de cien a un mil quetzales.

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

Honduras.

Título: XIII Delitos Contra la Administración Pública. Capítulo VI Malversación de Caudales Públicos.

Artículo 370.

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

Artículo 372.

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

“Si ocasiona daño a dichos intereses o entorpece un servicio público, la multa será igual al cien por ciento (100%) del valor del daño causado o de los gastos que el Estado deba realizar para normalizar el correspondiente servicio público, más

inhabilitación absoluta de cinco (5) a ocho (8) años. En ningún caso la multa será inferior a la señalada en el párrafo precedente”.

Nicaragua.

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

Capítulo X Malversación de caudales públicos

Artículo 405.-

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

Artículo 406.-

“El funcionario o empleado público que hace uso para sí o para otro, de caudales que custodia o administra, sufrirá la pena de inhabilitación especial de uno a dos años y multa de veinticinco a cincuenta por ciento sobre la cantidad de que hubiere hecho uso, si la reintegra después de haber causado daño al servicio público”.

Si la devolución se hace antes de haber causado daño o entorpecimiento en el servicio público, la pena será de multa de diez a veinte por ciento.

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

Artículo 408.-

“Los funcionarios o empleados públicos que administren, recauden o de cualquier otro modo manejen o tengan en depósito caudales o efectos de la Hacienda

del Estado, que por negligencia o descuido dieran lugar a que se extravíen o pierdan algunos de estos bienes, o dejen arruinar o deteriorar los edificios u otros bienes públicos que estén bajo su cuidado, sufrirán la pena de inhabilitación especial de seis meses a un año y pagarán los caudales o efectos perdidos o extraviados, o el valor del deterioro que hayan sufrido”.

Artículo 409.-

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

Artículo 410.-

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

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

Artículo 411.-

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

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

Artículo 412.-

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

Artículo 413.-

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

Artículo 414.-

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

Luego de ver como se encuentra regulado el delito de Malversación en los países antes relacionados, centraremos el análisis en algunos aspectos específicos como son:

“Los países de Guatemala y Honduras, coinciden con el Título XIII, donde se encuentra ubicado el delito de Malversación, pero con ubicación diferente del bien jurídico que protegen, así como los capítulos, Guatemala Título: XIII Delitos contra la Administración Pública, Capítulo. IV Delitos Peculado y Malversación y Honduras Título: XIII Delitos contra la Administración Pública, Capítulo: VI Malversación de caudales públicos”.

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

Si tomamos en cuenta la objetividad de lo jurídico, esto es el bien que buscan proteger contamos inicialmente a Colombia que protege Los delitos contra el Patrimonio Económico, Costa Rica y Bolivia, y que tienen mucha relación cuando protegen a los Delitos contra la Función Pública, como observamos un gran porcentaje de la Protección está orientada de los Delitos contra la Administración Pública, aquí tenemos nuestro país, a España, Uruguay, Argentina, Guatemala, Honduras y Venezuela, este último cambia la Administración Pública por Cosa Pública.

En referencia al Sujeto Activo General, se señala que se puede tratar de cualquier persona, en el caso de Colombia, no se aprecia alguna similitud con algun

otro país, al mencionar al Sujeto Activo Especial pues se restringe sólo al Funcionario Público o Empleado Público; a nuestra legislación, los países que tienen semejanzas son: Nicaragua, Honduras, Guatemala, Bolivia, Argentina España, Venezuela y Uruguay, todos los mencionados tienen una relación cuando protegen al sujeto pasivo que es el Estado.

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

- *Se apropie* se recoge de igual manera en Bolivia, Uruguay, Honduras y nuestro país, en el caso de Perú tienen una segunda variante que es utilizar en cualquier.

- Malverse o dilapide, lo recoge Colombia.

- *Sustrajere* se recoge de igual manera en España, Venezuela, Argentina y Guatemala, en los casos España, Guatemala, Argentina tienen como otro aspecto, consintiere, los dos primeros y provecho propio en el último caso.

- Hace uso para sí o para otro, lo recoge Nicaragua.

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

2.1.4. Naturaleza jurídica de la malversación.

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

lesionando los intereses patrimoniales del Estado” (Muñoz, 1991)

Al respecto el tratadista “al referirse a la naturaleza del delito de malversación, indica que la pena que se impone por cometerla, es en sí por los actos que violan la fidelidad que los funcionarios deben observar en el manejo de los recursos que tienen a su cargo y reprime no sólo el perjuicio económico causado sino también y muy especialmente, el abuso, por parte del funcionario, de la confianza públicamente depositada en él” (Cuello, 1975).

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

2.1.5. Sujeto activo del delito de malversación.

Como ya se señaló supra, autor o sujeto activo del delito de malversación de fondos públicos, “es el funcionario (o empleado público, según nuestra legislación) que administra los recursos o efectos que se aplican indebidamente; ese carácter de administrador se da cuando el funcionario está facultado administrativamente para disponer de los bienes, o sea, para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas, lo cual no implica la exigencia de que los tenga materialmente” (Creus, 1995).

No es administrador quien solo tiene la facultad de imputar los bienes a un destino sin poder disponer de ellos - el cambio abusivo de la imputación a otro destino puede entonces constituir un abuso de autoridad -, ni los simples custodios de los bienes. Ello no impide que los funcionarios tengan cualquier facultad de decisión

sobre los bienes -como es la de imputarlos-, pueden aparecer como partícipes del malversador, cuando la aplicación ilegal se realizó mediando su actividad culpable.

2.1.6. El bien jurídico protegido.

Este delito tutela la regularidad del cumplimiento de las actividades patrimoniales del Estado, sea con relación a sus bienes propios, sea con relación a bienes privados sobre los cuales aquel haya asumido una especial función de tutela, por la naturaleza de las instituciones a las que pertenece o por las especiales circunstancias en que se encuentra. (Creus, 1995).

“El tipo no protege específicamente la propiedad de esos bienes (eso queda para los delitos contra la propiedad), sino la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido o creado; por eso, tiene en común su caracterización como manejo anormal de los bienes por parte de quienes funcionalmente están encargados de hacerles cumplir sus finalidades o preservarlos para ello” (Creus, 1995).

El profesor Chileno, indica que: “el bien jurídico protegido, en este caso es la función administrativa, pero concretada al cuidado de los fondos públicos, que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario” (Bustos, 1961).

No es un delito patrimonial en primer término, aunque su efecto sea de carácter patrimonial, pues el patrimonio está en consideración de la función administrativa y tampoco es un delito socioeconómico, pues no se considera al funcionario socioeconómico del sistema. En razón del bien jurídico es que el sujeto activo sólo puede ser un funcionario público en los diferentes tipos legales que se comprende. En segundo lugar, el objeto material es siempre los recursos públicos,

por los cuales hay que entender cualquier clase de bienes muebles con valor económico y que pertenezcan a la administración en amplio sentido.

El autor español indica que: “los delitos de malversación afectan el patrimonio público. No puede decirse con ello que sean técnicamente delitos contra la propiedad cualificados. La gestión desleal de los recursos causa un perjuicio patrimonial cierto, como el dar a los recursos del Estado un destino diferente del que tenían asignado, que obliga a proveer con otros medios económicos no previstos a las necesidades que aquellos recursos habían de cubrir o dejar desatendidos los servicios públicos para los que habían sido presupuestados. Objeto de ataque son, por consiguiente, los intereses patrimoniales del Estado, la provincia, el municipio y en general de los entes públicos, tengan o no autonomía administrativa” (Rodríguez, 1983).

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

No se puede desconocer que el principio de intervención mínima está establecido en último término en el reconocimiento de una cierta pérdida de legitimación del Derecho Penal, que se originaría en la interacción entre la gravedad de las sanciones idóneas de imponerse a los ciudadanos a través de este subsistema de control social y la limitada eficacia social a él atribuida.

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

2.1.7.1. El carácter fragmentario.

“El Derecho Penal, permite utilizar a éste exclusivamente para la salvaguarda de los presupuestos equivocadamente imprescindibles para el mantenimiento del

orden social, y aun entonces sólo frente a los ataques más intolerables a tales presupuestos imprescindibles” (Diez, 2010).

2.1.7.2. El de subsidiariedad.

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

Sin embargo, el principio de intervención mínima precisa de una renovación y profundización conceptuales. Por un lado resulta profundamente cuestionado de modo implícito a partir de la potenciación que está produciendo de la utilización simbólica del derecho penal. Por otra parte, se suele basar en la infundada creencia de que cuando los demás subsistemas de control social no funcionan, o lo hacen insuficientemente, es precisamente cuando funciona el subsistema penal de control: en realidad, la subsidiariedad del derecho penal opera estrictamente en un sólo sentido, esto es, debe renunciarse a la utilización de este sector jurídico si el problema se puede solucionar al margen de él, pero el mero fracaso de cualesquiera otros mecanismos sociales, de control o no, no legitima sin más el acudir al control social penal. (Creus, 1995).

2.1.8. Principio de proporcionalidad de las penas.

“El principio de proporcionalidad de las penas. Una exigencia constitucional, derivada protegido en el delito y el jurídico que se va a privar al autor de un ilícito penal, forma de sanción o pena. Sin duda, un criterio de proporcionalidad exige que se tenga como criterio el valor del bien jurídico protegido, así como las necesidades de eficacia penal” (Diez, 2010).

El valor del bien jurídico protegido, da el máximo de pena que es permisible imponer, luego de realizar un juicio de ponderación entre los intereses en juego. De ahí que no sea lícito, por ejemplo, sancionar el hurto con la pena de muerte, puesto que el bien jurídico propiedad tiene un valor o una ponderación muy inferior al bien jurídico vida. La cuestión, por supuesto, es más compleja frente a otros bienes jurídicos, pero, en todo caso, el juicio de ponderación determina que nunca un bien jurídico tutelado puede ser protegido a través de la privación de un bien jurídico de mayor entidad o jerarquía del autor. (Creus, 1995).

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

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

Sobre este punto el Tribunal Constitucional Alemán, ha señalado que “en el área de imposición de penas por parte del Estado, del principio de culpabilidad - basado en el artículo 1 de la Ley del Estado de Derecho y de las garantías de libertad

se deduce que la gravedad de un hecho punible y la culpabilidad del autor deben estar en proporción justa en cuanto a la pena. Una amenaza de pena no debe ser desmesurada en relación con el tipo y gravedad de la conducta que se desea castigar.

La situación de hecho y las consecuencias jurídicas deben adecuarse objetivamente. (A esto se le denomina también principio de prohibición de exceso)". El Tribunal Constitucional Alemán afirma que "tomando en cuenta la prohibición de exceso, este examen puede tener por consecuencia que un medio de tutela de un bien jurídico que de por sí sería inadecuado y necesario, no pueda ser utilizado, porque el menoscabo que su aplicación representaría en las garantías individuales de la persona afectada claramente superan la ventaja que su aplicación representaría para la tutela de un bien jurídico, lo que convierte la aplicación de la medida tutelar en desmesurada. Con el objeto de determinar si existe una violación de la proporcionalidad -lo que le denomina principio de exceso-, se debe realizar un examen para establecer si el medio de tutela de un bien jurídico es adecuado y necesario o por el contrario representaría una violación a garantías individuales por ser desmesurada por una tutela adecuada del bien jurídico. Y afirma que en todos aquellos casos en los delitos de insignificancia o de escasa significación legal la pena puede llegar a ser desmesurada. (Creus, 1995).

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

2.2. Definición de Términos Usados

2.2.1. Culpabilidad.

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

2.2.2. Circunstancia agravante.

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

Tales resultados deben reconocer su origen en la indebida aplicación de los recursos o efectos; no basta que la mala aplicación haya contribuido a su producción, si es que ella reconoce una fuente causal preponderantemente distinta. Además, tienen que referirse al servicio al cual reglamentariamente estaban afectados; por eso, no desaparece la agravante por el hecho de que el desvío haya producido beneficios en otras esferas de servicios administrativos: no es la lesión patrimonial a la administración lo que aquí se pune específicamente, sino la inobservancia de la ley en orden al uso de los bienes. (Diez, 2010).

Sujeto activo: “es el funcionario público que por razón de sus funciones tiene a su cargo recursos o efectos públicos” (Cuello, 1975). Situación que es compartida por Juan Bustos Ramírez y Eugenio Cuello Calón. Es de hacer resaltar que este es un elemento esencial del delito. El carácter de sujeto de este delito no lo da sólo el hecho de ser funcionario público, sino la relación del funcionario con el objeto

material del delito: los recursos públicos. Por caudal o efecto se entiende cualquier objeto o cosa mueble, dinero, efectos negociables, etc., que tengan un valor económico apreciable. El carácter público se determina por la pertenencia de los bienes a la administración pública; pudiendo decirse que tal pertenencia comienza desde el momento en que existe un derecho expectante de la administración a la entrega de los recursos, aunque aún no hayan ingresado formalmente en las arcas de la entidad. Basta tan solo con la percepción por parte del funcionario de los recursos destinados a la administración para que estos adquieran ya la categoría de públicos.

2.2.3. Medios probatorios. Son las actuaciones que, dentro de un proceso judicial, cualquiera que sea su índole, se encaminan a confirmar la verdad o a demostrar la falsedad de los hechos aducidos en el juicio (Lex Jurídica, 2012).

2.2.4. Primera instancia. Es la primera jerarquía competencial en que inicia un proceso judicial (Lex Jurídica, 2012).

2.2.5. Sala Penal. Es aquel órgano que ejerce las funciones de juzgamiento de los procesos ordinarios y de apelación en los procesos sumarios (Lex Jurídica, 2012).

2.2.6. Segunda instancia. Es la segunda jerarquía competencial en que inicia un proceso judicial (Lex Jurídica, 2012).

2. 3. Hipótesis

2.3.1. Hipótesis General.

- La despenalización del delito de malversación de fondos por beneficios sociales se relaciona significativamente con y las políticas de protección penal que proporcionan los delitos contra la Administración Pública hacia el ejercicio correcto del funcionario público en la ley penal peruana durante el periodo 2013-2014.

2.3.2. Hipótesis Específicas.

- La normativa legal penal vigente para el delito de malversación de fondos en la legislación peruana, requiere una perspectiva jurídica que involucre la realidad social en la que vivimos, con el fin de crear una legislación que persiga el bienestar social.

- Existen bases doctrinarias que pueden ser utilizadas para la despenalización del delito de malversación de fondos en la legislación peruana que podrían hacerse efectivas en cuanto a su aplicación, tramitación y carácter social en casos del periodo 2013-2014.

2.4. Variable

2.4.1. Variable.

La variable de estudio es la relación existente entre la despenalización del delito de malversación de fondos por beneficios sociales y las políticas de protección penal que proporcionan los delitos contra la Administración Pública hacia el ejercicio correcto del funcionario público en la ley penal peruana durante el periodo 2013-2014.

2.4.2. Técnicas e instrumentos y matriz de evaluación.

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

2.4.3. Plan de análisis.

Se evaluarán las leyes vigentes frente a la realidad nacional con el propósito de medir el grado de incidencia entre las variables que se manipulan en el problema, de tal manera que sí se relacionan la variable independiente y la variable

dependiente, con el fin de evaluar la variaciones de comportamiento, con la determinación de las causas, efectos y conceptualizando con la teoría disponible con el fin de elaborar un proyecto de ley que contribuya a la despenalización de la figura de malversación de fondos en el caso de perseguir bienes sociales.

CAPITULO III

METODOLOGÍA

3.1. Diseño de la Investigación

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

3.1.1. Tipo y nivel de la investigación.

Tipo de Investigación: No experimental

Nivel de Investigación: Correlacional

3.2. Población y Muestra

3.2.1. Población.

La Legislación vigente en el Perú durante los años 2013 – 2014 sobre Malversación de Fondos.

3.2.2. Muestra.

La Legislación tipificada en el Código Penal Peruano durante los años 2013 – 2014 sobre el delito de Malversación de Fondos.

3.3. Técnicas e Instrumentos

3.1.1. Técnica.

Para el desarrollo de la presente investigación se han aplicado las siguientes técnicas de recolección de datos:

- a. Análisis de textos,
- b. Observación.

3.1.2. Instrumentos de Recolección de Datos.

Los instrumentos empleados respectivamente son:

- a. Observación,
- b. La recopilación documental,
- c. La técnica del análisis de contenido.

CAPITULO IV

RESULTADOS

4.1. Resultados

4.1.1. Políticas de Protección Penal.

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

“Artículo 389.- El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres años ni mayor de ocho años”.

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

“La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa”.

4.1.2. El Sujeto Activo.

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

4.1.3. La Acción Típica.

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

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

4.1.4. El Objeto de la Acción.

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

Al respecto, el artículo 389° del Código Penal peruano al referirse el objeto de este delito sólo se refiere "al dinero o bienes" que administra el funcionario público, sin limitar su alcance a los que son de propiedad del Estado.

Consecuentemente el sentido literal permite incluir en la protección a los bienes de particulares encomendados a la administración pública.

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

“Se consideran funcionarios o servidores públicos: Inciso 4°.- Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares”.

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

4.1.5. Lealtad de los funcionarios con la Administración Pública.

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

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

La disposición se refiere a los administrados y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente. Cualquier otro administrador o depositario queda sometidos a las disposiciones del título de los delitos contra la propiedad. Requisito indispensable para que pueda cometerse es que tanto el acto del embargo, secuestro o depósito, como la designación de

administrador o depositario tanga plena validez. No se requiere condición particular alguna en el autor, que puede ser el propio dueño.

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

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

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

4.1.6. Ejercicio Regular de la Función Pública.

Según el punto de vista de la tesis del riesgo, fondos públicos son los de la administración pública nacional, en cuanto no están afectados a compañías de tipo comercial. Cuando el estado emplea sus fondos en actividades de tipo financiero, asume las responsabilidades propias de ellas, y sería absurdo que dispusiera, al mismo tiempo, de las ventajas de la libre empresa y las garantías de los actos de autoridad. La malversación supone una capa protectora mayor para los bienes de la administración pública, que no parece justo mantener cuando se ha dado a los fondos el destino señalado. (Creus 1995).

4.1.6.1. Acción punible.

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

ni fin de lucro para el autor o para un tercero. El destino que se da a los fondos debe ser público.

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

El daño a que la ley se refiere no es preciso que sea de apreciación económica: es suficiente pensar que esta equiparado a él el entorpecimiento del servicio. (Diez, 2010).

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

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

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

4.2. Análisis de los Resultados

Teniendo en cuenta cada una de las situaciones analizadas vemos como estos postulados y motivos, ya no responden a las exigencias actuales de un derecho penal moderno y garantista, que es fundamental para establecer bases sólidas de un Estado Democrático de Derecho, en donde predomine el respeto a los derechos y garantías de los seres humanos, claramente regulados en instrumentos internacionales de derechos humanos y nuestra Carta Magna y que el derecho penal como azote del Estado, sea la última alternativa para solucionar conflictos sociales. (Creus, 1995).

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

Cabe resaltar que si bien es cierto el delito de malversación, se comete con el simple hecho de darle distinto uso a los fondos que tienen un fin específico, determinado y debidamente programado analíticamente en el presupuesto, también lo es que con esta situación, el funcionario no se está apropiando de los fondos, y como consecuencia enriqueciéndose en forma ilícita, sino simple y sencillamente se da una mala aplicación y ejecución presupuestaria.

Para que se atribuya la acción al sujeto activo en éste caso el funcionario público, al que se le ha colocado bajo su cargo los fondos de carácter público deben darse un destino diferente al que se le había otorgado o destinado por la vía legal. Es así que se presentan dos supuesto o conductas, una en la que la aplicación diferente a la presupuestada o destinada es en beneficio público; y otra en que la aplicación, no

es en beneficio público, lo que significa que las conductas independientemente de que redunden o no en beneficio público, serían siempre sancionadas.

Debemos considerar que para que la conducta desplegada por el agente pueda agredir al bien jurídico, se exige que el comportamiento del sujeto sea sancionable, calificada como ilegal, situación que no se presente cuando nos referimos al hecho que el agente esta destinando el presupuesto (económico o bien) a una finalidad diferente pero con el objetivo de servir al interés social, en beneficio de la población, es evidente entonces que el sujeto está actuando en forma recta y probo, apreciaciones que son parte de la finalidad del presente trabajo. Si evaluamos la última conducta descrita podemos afirmar que el bien jurídico no puede ser agredido, ya que el comportamiento desplegado (ejecución a favor del beneficio de la sociedad con un fin público) no va ajena a su propia naturaleza materializadora de los propios intereses o valores que la norma ha querido tutelar. Es reiterativo afirmar que El Estado a través del ejercicio de la Administración Pública tiene el deber de atender en forma privilegiada las necesidades e intereses de la comunidad, incluso por encima de sus intereses propios, por ello su actividad está enmarcada dentro de la obligación de satisfacer los intereses y necesidades fundamentales de la ciudadanía. Por lo ya afirmado no es lógico pensar que un funcionario público que decida utilizar los fondos para la satisfacción de necesidades primordiales de la comunidad puede lesionar o poner en peligro el Patrimonio Público en su sentido inmaterial, si precisamente, es dicha función lo que le obliga a la búsqueda de los canales 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.

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

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

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

Finalmente, el comportamiento analizado (aplicación en beneficio público) no es capaz de lesionar ni de poner en peligro grave el bien jurídico tutelado por el tipo penal. Si esto es así, obligatoriamente 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 pública de los fondos diferente a la presupuestada, pero en beneficio público) 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 puede en ningún caso constituir el delito.

4.2.1. Ventajas que Implicaría la Propuesta.

Con ello se lograría:

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

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

CAPITULO V.

CONCLUSIONES

1.- La despenalización del delito de malversación de fondos por beneficios sociales se relaciona significativamente con las políticas de protección penal que proporcionan los delitos contra la Administración Pública hacia el ejercicio correcto del funcionario público, delegando a la misma administración pública la potestad de ejercer su autonomía sancionadora, no solo despenalizando sino también desjudicializando el delito para convertirlo en parte de un accionar que podría ser sancionado a nivel administrativo.

2.- La normativa legal penal vigente para el delito de malversación de fondos en la legislación peruana, requiere una perspectiva jurídica que involucre la realidad social en la que vivimos, con el fin de crear una legislación que persiga el bienestar social. La persecución penal, a la que se ve sometido el funcionario público, por cometer el Delito de Malversación de Fondos Públicos, es una situación degradante, toda vez que en primer orden es una pena anticipada y viola el principio de presunción de inocencia de toda persona humana, regulado en la Constitución Política.

3.- El delito de Malversación de Fondos Públicos se consuma desde el momento en que los fondos con destino específico, son destinados a satisfacer otras necesidades. Existen bases doctrinarias que pueden ser utilizadas para la despenalización del delito de malversación de fondos en la legislación peruana que podrían hacerse efectivas en cuanto a su aplicación, tramitación y carácter social.

CAPITULO VI

RECOMENDACIONES

La propuesta concreta y objeto de estudio del presente trabajo, es el de lograr despenalizar y posteriormente desjudicializar el delito de Malversación de Fondos Públicos, o sea la despenalización del mismo, excluirlo del catálogo de delitos del Código Penal y que éste quede regulado en una normativa administrativa, para que sea el Derecho Administrativo, el que, a través de sus diversos procedimientos, se encargue de imponer la sanción correspondiente, o sea una multa administrativa. Por lo que deberá hacerse llegar la propuesta concreta al Congreso de la República, para que en uso de su poder legislativo, emita la reforma correspondiente al Código Penal, respecto al delito de Malversación de Fondos Públicos y además, emita la disposición legal y el procedimiento por el cual se sancionará el mismo, a través de una multa de carácter pecuniario y que sea la misma administración pública, la Institución que imponga la misma.

CAPITULO VII

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Abanto, M. (2003) *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Peruano*, Lima: Palestra Editores. 2º Edición.
- Bacigalupo, E. (2004) *Derecho Penal - Parte General*. Lima: Ara Editores.
- Bernal-Pinzón, J. (1965) *Delitos contra la Administración Pública y Asociación para delinquir*. Madrid: Temis.
- Bramont-Arias, L. (2000) *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Lima: Ed. Santa Rosa.
- Bustos, J. (1961) *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona: Ariel.
- Caro-John, J. (2003) *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Castro, A. y Otero, M. (2004) *Estudio comparativo de los delitos de malversación y peculado en los códigos penales español y peruano*, Trujillo: Editora Norma.
- Cuello , E. (1975) *Derecho penal. Parte Especial*. Decima cuarta edición, Barcelona: Bosch.
- Creus, C. (1995) *Derecho penal. Parte Especial*. 1t.; 5a. ed, Buenos Aires: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, S.R.L.
- Ferreira, F, (1995) *Delitos contra la administración pública*, Bogotá: Temis
- Fontan , C. (1978) *Tratado de Derecho Penal – Parte Especial*, Tomo VII, Quinta Edición, Buenos Aires: Abeledo-Perrot,

Franciskovic Ingunza. (2002). *Derecho Penal: Parte General*. (3ra Edición). Italia:

Lamia

Ganzemüller, Escuder, y Frigola. (Coordinadores) (1998) *Delitos contra la*

Administración Pública, Barcelona: Bosch.

García, P. (2008) *Lecciones de Derecho Penal - Parte General*, Lima:

Editorial Grijley

Hurtado , J, & Prado S, V.. (2011) *Manual de Derecho Penal – Parte*

general, Tomo II. Cuarta Edición. Lima: Idemsa.

Hurtado, J. (2005) *Manual de Derecho Penal - Parte General I*, Tercera

Edición, Lima: Editorial Grijley.

Manzini, V. (1961) *Tratado de Derecho Penal*, Tomo 8, Buenos Aires: Ediar.

Muñoz , F. (1991) *Derecho penal. Parte Especial*. 8a. ed. Valencia: Bosh.

Rodríguez, J. (1983) *Derecho penal español. Parte Especial*. 9ª. ed.; Madrid:

Ed. Artes Gráficas Carasa,

Roca, L. (1999) *El Delito de Malversación de Recursos Públicos*,

Barcelona: Bosh.

Rojas, F. (2007) *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta Edición.

Rojas, F. (1997) *Actos preparatorios, tentativa y constitución del delito*,

Lima: Editorial Grijley.

Sánchez-Vera, J. (2002) *Delito de infracción de deber y participación*

delictiva, Madrid: Tirant to Blanch.

Villavicencio, F. (2006) *Derecho Penal - Parte General*, Lima: Editorial

Grijley.

ARTÍCULOS

Abanto, M. (2004) Autoría y Participación y la Teoría de los delitos de infracción de deber. *Revista Penal (Numero 14)*. Buenos Aires, Argentina.

Donna, E. (2002) El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú. *Revista Peruana de Ciencias Penales (Número 11)*, Lima, Perú.

Pariona, R (Enero 2011) La Teoría de los Delitos de Infracción de Deber. Fundamentos y Consecuencias. *Revista Gaceta Penal y Procesal Penal (Tomo 19)*, Lima, Perú.

A

N

E

X

O

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 4009 – 2011

JUNIN

Lima, veintitrés de enero del dos mil trece.-

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

Interviene como ponente el señor SAN MARTIN CASTRO.

CONSIDERANDO

PRIMERO. Que el Procurador Público Municipal en su recurso formalizado de fojas mil novecientos sesenta y ocho alega que la apreciación probatoria de la Sala sentenciadora es incorrecta. Los encausados – insiste – destinaron doscientos sesenta mil nuevos soles provenientes del canon minero para gastos corrientes de la

Municipalidad Distrital, entre sueldos y dietas. A estos efectos los imputados vulneraron disposiciones legales que prohíben que los fondos del canon minero sean usados para fines distintos a gastos de inversión. No se ha tomado en cuenta el actuar doloso de lo encausados, ni la prueba pericial que acredita que dio destino definitivo distinto al dinero del canon minero.

SEGUNDO. Que, según la acusación fiscal de fojas mil doscientos veintiocho, integrada a fojas mil quinientos sesenta y uno y aclarada a fojas mil seiscientos cinco, los miembros – en su mayoría – Del Consejo Municipal – Nuñez Torres, Bonifacio Oroya, Durán Tovar, Matos Guerrero y Ángeles Cárdenas – a propuestas de los Directores de Administración y de Planificación y Presupuesto, encausados Luis Almerco y Valencia Mendoza, en sesión extraordinaria de Consejo convocada por el Alcalde, encausado Barrionuevo Cahuana, de fecha veintisiete de diciembre de dos mil dos, aprobaron ilegalmente un préstamo interno inicial de doscientos mil nuevos soles, ampliado adicionalmente el veintiocho de diciembre a doscientos sesenta mil nuevos soles que se tomó de la partida del canon minero para solventar en forma definitiva gastos corrientes de la institución: pago de remuneraciones al personal activo, de pensiones al personal cesante, de beneficios sociales y dietas para los regidores desde octubre a diciembre del dos mil dos, con lo que se infringió la Ley Orgánica de Municipalidades N° 23853, la Ley del Canon N°27506, y el Decreto Supremo N°88-95EF de Participación de Canon minero para los Gobiernos Regionales y Locales. Este “préstamo interno” fue tramitado por autorización del Administrador Luis Almerco y del Jefe de la Unidad de Contabilidad Recuay Meza, en coordinación con el Alcalde Barrionuevo Cahuana. Además estaba condicionado a ser devuelto hasta el mes de marzo del dos mil tres, pese a que no era segura la

devolución del dinero por el cambio de administración municipal en atención a la culminación del mandato del Alcalde y sus Regidores.

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

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

El informe número tres guión dos mil seis guión GPP diagonal MDCH, de fojas mil ciento treinta y tres acredita que en el dos mil dos la Municipalidad agraviada tenía deudas por pagar por el Programa de Inversiones por las fuentes de financiamiento

de Canon, sobre canon y fondos de compensación municipal. Este año también se comprometió la adquisición de maquinarias, lo que no se cumplió porque no se ejecutó ningún gasto y por el contrario, se transfirió fondos.

Lo expuesto prueba la realidad de (i) una sesión irregular con incorporación de montos luego de la sesión del veintisiete de diciembre del dos mil dos (ii) la realización de un “préstamo interno” prohibido por la ley al tomar recursos del Canon minero; (iii) la aplicación de esos fondos fue definitiva: se pagaron remuneraciones, pensiones, beneficios sociales y dietas, además el préstamo nunca se pagó, amén de que parte de lo requerido no se destinó siquiera a esos rubros – se transfirió doscientos setenta y siete mil nuevo soles y sólo consta un pago de doscientos dos mil ochocientos dos nuevos soles con catorce céntimos que incluyó una cantidad en exceso para determinados funcionario, y (iv) el entorpecimiento del funcionamiento de la Municipalidad, pues no se ejecutaron los compromisos programados para inversiones y se pagaron deudas que debían pagarse por las fuentes de financiamiento del Canon.

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

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

La simple alegación de falencia de liquidez de la Municipalidad no es suficiente, debe comprobarse con medios de pruebas idóneas. Es importante exponer que probados por la parte acusadora los hechos constitutivos del tipo penal – como lo está en el sublite - corresponde a la parte acusadora probar hechos impositivos, extintivos o excluyentes de responsabilidad.

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

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

De otro lado una cosa son las remuneraciones y pensiones necesarias para el mantenimiento del trabajador y del jubilado y otra son los beneficios sociales y mas aún la dieta de los regidores, que no importa una situación de necesidad – vista la particular situación de aquellos – digna de valoración positiva para afectar el bien jurídico que tutela el delito de malversación. La diferenciación se impone, y por ello, en esos dos extremos no se puede alegar con tanta flexibilidad una situación de amenaza de peligro actual e inminente y la consiguiente necesidad de salvaguarda.

Siendo así, el recurso acusatorio debe ser estimado y así se declara. Es de aplicación el artículo 301° in fine del Código de Procedimientos Penales

DECISION

Por estos fundamentos con lo expuesto por el Señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal: **DECLARARON NULA** la sentencia de fojas mil novecientos treinta y seis, del dieciocho de octubre del dos mil once que absolvió a: 1. Manuel Barrionuevo Cahuana – es Alcalde – 2. Agustín Leoncio Nuñez Torres. 3. Jhonny Gregorio Bonifacio Oroya, 4. Freddy Alberto Durán Tovar. 5. Ramon Guillermo Matos Guerrero, 6. Víctor Angeles Cárdenas – ex regidor. 7. Jaime Robert Luis Almerco- ex Director de Administración. 8. Aldolfo Andrés Recuya Meza – Ex jefe de la Unidad de Contabilidad, y 9. Raúl Jesús Valencia Mendoza – ex Director de la Oficina de Planificación y Presupuesto de la acusación fiscal formulada contra ellos por el delito de malversación de fondos en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Chilca, con lo demás que al respecto contiene. En consecuencia **ORDENARON** se realice nuevo juicio oral por otro colegiado. **DISPUSIERON** se devuelvan los autos al Tribunal de origen. Hágase saber.

S.s

SAN MARTIN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRIGUEZ TINEO

NEYRA FLORES

ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE – CASO JUNIN



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

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

Lima, veintitrés de enero de dos mil trece.-

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

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

CONSIDERANDO:

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

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



[Handwritten mark]

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

[Handwritten mark]

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

[Handwritten mark]

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

[Handwritten mark]

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

[Handwritten mark]

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



1

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

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

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

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

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

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

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



y, más aún, las dietas para los regidores, que no importan una situación de necesidad -vista la particular situación de aquéllos- digna de valoración positiva para afectar el bien jurídico que tutela el delito de malversación. La diferenciación se impone y, por ello, en esos dos extremos no puede alegarse con tanta flexibilidad una situación de amenaza del peligro actual o inminente y la consiguiente necesidad de la acción de salvaguarda.

Siendo así, el recurso acusatorio debe ser estimado y así se declara. Es de aplicación el artículo 301° in fine, del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN

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

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ/TINEO

NEYRA FLORES

CSM/Lczh

Handwritten signatures and scribbles over the text, including a large signature that appears to be 'Juan...' and another that looks like 'H. Prado'.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

13 MAYO 2013