

RAZONES JURÍDICAS PARA CONSIDERAR A LOS VIÁTICOS COMO INSTRUMENTO CONFIGURADOR DEL DELITO DE PECULADO

LEGAL REASONS TO CONSIDER THE VIATICAL AS AN INSTRUMENT CONFIGURATOR OF PECULATION 'S CRIME

*Milagros Patricia Campos Maldonado*¹

SUMMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTENIDO. 2.1. Aspectos Generales. 2.2. Distinción cualitativa entre delito e ilícito administrativo. 2.3. El concepto de funcionario y/o servidor público en el derecho penal. 2.4. Delitos contra la administración pública. III. Sanción al menor Infractor de la ley penal. 2.5. La teoría de la "Infracción del Deber". 2.6. El delito de peculado. 2.7. Bien jurídico protegido en el delito de peculado. 2.8. Caudales o efectos, administración, percepción y custodia. 2.9. "Viáticos" ¿Caudales o Efectos?. III. CONCLUSIONES. REFERENCIAS.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. CONTENT. 2.1. General Aspects. 2.2. Qualitative distinction between crime and administrative illegality. 2.3. The concept of official and / or public servant in criminal law. 2.4. Crimes against public administration. III. Punishment at the lowest Offender criminal law. 2.5. The theory of "Breach of Duty". 2.6. The peculation 's crime. 2.7. Legally protected interest in the peculation 's crime. 2.8. Or assets, administration, collection and custody. 2.9. "Viatical" Flow or effects?. III. CONCLUSIONS. REFERENCES.

Resumen

Mediante la presente investigación que es de suma importancia, conoceremos de cerca cómo es que los Funcionarios y Servidores Públicos, en su mayoría, utilizan los viáticos que les son otorgados para realizar funciones fuera de su sede habitual de trabajo, de manera desproporcional y excesiva, sin ningún tipo de observancia de las medidas de austeridad, racionalidad y transparencia del gasto público; así como también sin la observancia de los Principios regulatorios de economicidad, veracidad y oportunidad previstos en la Ley N° 28693, Ley General del Sistema Nacional de Tesorería, así como de los principios rectores contenidos en el Código de ética de la Función pública, sancionado por la Ley N° 27815, que informa sobre los principios de probidad, eficiencia, idoneidad y veracidad.

Es así, que a través de la presente investigación, podremos determinar qué tipo de consecuencias jurídico-penales podría generar la indebida utilización y administración de viáticos por parte de los funcionarios y servidores públicos de la Administración Pública en Cajamarca; como es el caso cuando no se rinden cuentas del monto de

¹ Abogada, con estudios concluidos de Maestría en Derecho Penal y Criminología. Secretaria Judicial en el Segundo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca. Docente de la Universidad Nacional de Cajamarca. E-mail: millicam10@hotmail.com.

dinero asignado por concepto de viáticos, o como cuando se presentan rendiciones de viáticos con comprobantes de pago que contienen consumos excesivos, o cuando simplemente deciden sustentar sus gastos realizados en las comisiones de servicio a través de declaraciones juradas simples.

Asimismo, el presente estudio es necesario, pues a través del mismo, se podrá contribuir al establecimiento de soluciones frente a esta problemática; pues lo que se busca es que exista una plena garantía de la protección penal de la funcionalidad de la Administración Pública, la misma que se encuentra en la confianza de la Sociedad en la Administración Pública y en sus funcionarios.

Palabras Clave: Administración Pública, Comisión de Servicios, Declaración Jurada, Delito doloso, Peculado, Rendición de Cuentas, Viáticos.

Abstract

By this research is paramount, we will know how closely the officials and civil servants, mostly used per diem granted to them to perform tasks outside their usual place of work, disproportionately and excessively, without any enforcement of austerity measures, rationality and transparency of public spending; as well as without the observance of regulatory principles of economy, reliability and timeliness under No. 28693, General Law of the National Treasury System Act and the guiding principles contained in the Code of Ethics of Public Service, sanctioned by Act No. 27815, which reports on the principles of integrity, efficiency, adequacy and accuracy. So, that through this research, we can determine what type of criminal legal consequences could generate misuse and managing travel expenses by public officials and Public Administration in Cajamarca; as is the case when you do not have the amount of money allocated per diem, or give up when surrenders diem are presented with receipts containing excessive amounts, or when you simply decide to support their expenditures on service fees through simple affidavits. Furthermore, this study is therefore necessary therethrough, may contribute to establishing solutions to this problem; because what is sought is to have a full guarantee of the criminal protection of the functionality of Public Administration, the same that is found in the Company's confidence in public administration and its officials.

Key Words: Public Administration, Services Commission, Affidavit, wrongful Crime, Embezzlement, Accountability, Expenses.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos, los Delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos en las diferentes entidades estatales, han suscitado una polémica inesperada, en especial por el tema de la corrupción sistemática que se apodera de los más altos niveles de la Administración Pública; representando así conductas antijurídicas que entorpecen el correcto funcionamiento de la Administración Pública, y del mismo modo, ocasionando graves perjuicios económicos al Estado. Y precisamente, uno de los delitos que comúnmente es perpetrado por los funcionarios y/o servidores públicos es el delito de peculado, el mismo que se encuentra contemplado en el Artículo 387° del Código Penal, que exige que la acción típica recaiga sobre caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas al funcionario o servidor público por razón de su cargo. Desde esa perspectiva, se puede señalar que a través de la presente investigación, se pretende analizar a los viáticos, que son sumas de dinero otorgadas por las entidades de la administración pública a funcionarios y

servidores públicos, a fin de que realicen determinadas funciones fuera de su sede habitual de trabajo, conocidas como comisiones de servicio; es decir, los viáticos constituyen caudales confiados en administración al funcionario o servidor público en función a su cargo. En atención a ello, es que surge la necesidad de investigar y de realizar ciertas precisiones, respecto a las consecuencias jurídico-penales que podría generar la indebida utilización y administración de viáticos por parte de los funcionarios y servidores públicos de la Administración Pública, de lo cual se desprendería entonces el poder admitir a los viáticos como objeto material del delito de peculado.

II. Contenido

2.1. Aspectos Generales

Conforme se expresaba en líneas precedentes, uno de los delitos que comúnmente es perpetrado por los funcionarios y/o servidores públicos es el Delito de Peculado, el mismo que se encuentra contemplado en el artículo 387° del Código Penal, dispositivo que exige que la acción típica del Delito de Peculado recaiga sobre efectos o caudales del Estado; de modo que la doctrina especializada (Peña, 2010), ha reconocido los diversos alcances de estos términos, estableciéndose así, que la expresión “efectos” hace referencia a los objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público (documentos de crédito negociables); mientras que la expresión caudales identifica a todo objeto con valor patrimonial valorable pecuniariamente en forma directa, siendo que dentro de estos últimos encontramos precisamente a los famosos viáticos, materia de la presente investigación.

En tal sentido, el artículo antes señalado, exige que la acción típica del Delito de Peculado recaiga sobre caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas al funcionario o servidor público por razón de su cargo. Desde esa perspectiva, se puede señalar que el funcionario o servidor público recibe el viático para su administración (pues la percepción y custodia, por sus propias características no resultan aplicables en el contexto de los viáticos), pues dicho caudal es asignado con fines de administración en torno a una circunstancia concreta: la necesidad de viajar para desempeñar las específicas funciones públicas que le han sido encomendadas. Por lo que en atención a lo señalado, es posible sostener la existencia de una relación funcional específica entre el caudal y la función pública que permitiría reconocer uno de los elementos centrales del sistema de imputación penal propio de los delitos funcionariales: *la infracción del deber*.

En atención a ello, es que surge la necesidad de investigar y de realizar ciertas precisiones, respecto a las consecuencias jurídico penales que podría generar la indebida utilización y administración de viáticos por parte de los funcionarios y servidores públicos de la Administración Pública; como es el caso cuando no se rinden cuentas del monto de dinero asignado por concepto de viáticos, o como cuando se presentan rendiciones de viáticos con comprobantes de pago que contienen consumos excesivos, o cuando simplemente deciden sustentar sus gastos realizados en las comisiones de servicio a través de declaraciones juradas simples (pese a que la normativa pertinente, artículo 3° del Decreto Supremo N° 028-2009-EF, que establece la Escala de Viáticos para Viajes en Comisión de Servicios en el territorio nacional para los funcionarios públicos, personal de confianza, incluido los que realicen el personal contratado bajo el régimen especial de Contratación Administrativa de

Servicios – CAS, *ha dispuesto que los viáticos deben ser sustentados con comprobantes de pago; y sólo de ser necesario, se puede incluir una Declaración Jurada para sustentar los gastos por los que no sea posible obtener comprobantes de pago reconocidos y emitidos de conformidad con lo establecido por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT; es decir, que la declaración jurada sustenta gastos cuando éstos se realizan en lugares o en circunstancias que imposibilitan o hace irrazonable la obtención de la correspondiente boleta o factura, tales como los alimentos adquiridos en ruta, en zonas rurales o alejadas de la ciudad; en casos fortuitos o de fuerza mayor. Sin embargo, es una práctica muy común y frecuente, que los funcionarios y servidores públicos usen esta Declaración Jurada no obstante haber realizado la comisión de servicios en lugares donde sí se expiden comprobantes de pago).*

No obstante lo señalado, es necesario advertir que la normativa esgrimida líneas ut supra (Decreto Supremo N° 028-2009-EF), ha sido recientemente modificado a través del Decreto Supremo N° 007-2013-EF *“que regula el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión de servicios en el territorio nacional”*, de fecha 22 de Enero del año 2013; trayendo consigo una serie de cambios en lo correspondiente a los montos establecidos para el otorgamiento de viáticos; así como en lo concerniente a los montos y al plazo de la Rendición de cuentas y gastos realizados en las comisiones de servicios (rendiciones de viáticos).

Por otro lado, cabe señalar de que a nivel estatal, es muy común de que no exista un control efectivo respecto de estos caudales del Estado que son otorgados a los funcionarios y servidores públicos con la finalidad de que el aparato estatal funcione adecuadamente, pues se evidencia una inexistencia o relativización de exigencias administrativas de rendición de cuentas de los viáticos asignados. Pues en efecto, como se mencionaba, los viáticos pueden ser sustentados a través de comprobantes de pago (sustentación documentaria), pero también a través de declaraciones juradas simples; es decir se basan en el principio de confianza y la declaración del propio funcionario público, lo que determinaría la imposibilidad material de apreciar actos de apropiación de viáticos; de igual forma, en algunas entidades estatales, al momento que tienen los trabajadores del Estado de presentar sus respectivas rendiciones de viáticos, jamás los hacen, y no se les hace el seguimiento respectivo, ni los requerimientos adecuados para la sustentación de los gastos que realizarán durante la comisión de servicios.

2.2. Distinción cualitativa entre delito e ilícito administrativo

Los primeros planteamientos teóricos para distinguir el delito judicial del delito administrativo tuvieron lugar en la doctrina alemana a principios del siglo XX. Estos planteamientos postularon una diferencia material no meramente procesal, sobre la base de contenidos de injusto y culpabilidad completamente diferentes. La diferencia central radicaba en que el delito judicial constituía la lesión de un bien jurídico, es decir, la afectación de un valor social vital, mientras que el delito administrativo era tenido simplemente como un acto de desobediencia a la relación de dependencia con la Administración estatal. Si bien a esta posición se le criticó desconocer que detrás de los delitos administrativos hubiese también un interés jurídicamente protegido, se aceptó que éstos eran culturalmente indiferentes, es decir, que infringían una norma

jurídica, pero no una norma de cultura. Algunos llegaron incluso a admitir un concepto de bien jurídico de carácter dogmático en los delitos administrativos como punto de referencia formal del juicio de antijuridicidad, pero sustancialmente distinto del bien jurídico de carácter filosófico-jurídico propio de los delitos judiciales.

Con el desarrollo doctrinal que se le dio al concepto de bien jurídico en los años setenta, se produjo un fenómeno que afectó la diferencia sustancial propuesta por la doctrina en la primera mitad del siglo XX. En efecto, el bien jurídico se alejó de consideraciones éticas y pasó a ser fundamentado en aspectos socio-funcionales, lo que significó, de alguna manera, un acercamiento con el fin de la regulación administrativa. Es así que terminó asentándose en la doctrina penal la opinión de que tanto el injusto penal como el administrativo lesionan bienes jurídicos, por lo que entre el delito y la infracción administrativa no habría más que una diferencia cuantitativa. La diferencia radicaría únicamente en la mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico, dejándose en manos del Derecho penal las lesiones más graves. Un sector doctrinal lleva esta interpretación a un extremo tal que incluso deja de lado el criterio de la gravedad cuantitativa y lo sustituye por un criterio formal, es decir, que es el legislador el que decide qué es delito y qué es una infracción administrativa (García, 2013).

No obstante, pese a los esfuerzos realizados para establecer una distinción cualitativa entre el ilícito penal e ilícito administrativo, ha quedado claro que no hay elementos de juicio suficientes para sostener la diferenciación, al no existir diferencia ontológica alguna. Entre ambos ilícitos sólo podemos hallar una diferencia meramente cuantitativa, en función a la mayor o menor gravedad del hecho antijurídico.

Por lo que, ambos ilícitos se diferencian desde el punto de vista formal, es decir, el único criterio para diferenciarlos es el de la naturaleza de las sanciones: el ilícito penal se caracteriza por ser castigado mediante una pena criminal, en cambio al ilícito administrativo se le asocia una sanción administrativa.

Otro criterio diferenciador lo ubicamos en la competencia, al verificar que la imposición de la sanción penal está reservada al órgano jurisdiccional, en tanto, la sanción administrativa puede ser impuesta por la administración pública.

Podemos mencionar, que desde un punto de vista cualitativo, la diferencia entre el injusto administrativo y el penal, se basa en el hecho de que el Derecho Penal se funda en la protección de los bienes jurídicos de la sociedad y en la defensa del orden público; mientras que el ilícito administrativo comprende sólo la perturbación de un orden especial.

Desde una perspectiva cuantitativa, el injusto penal está constituido por los atentados más graves a la administración pública, reservándose los más leves para el derecho administrativo.

El ilícito penal administrativo siempre contiene un ilícito administrativo concretado en la infracción inevitable de normas de dicha índole. Generalmente, el mismo supuesto de hecho es presupuesto de sanción administrativa como penal. Presentadas las

diferencias entre ambos ilícitos, debemos tener en cuenta que pese a ello, la sanción penal y la sanción administrativa pueden conformar una protección global del orden administrativo del Estado. Ambas se complementan y refuerzan recíprocamente. La norma administrativa regula y limita las actividades potencialmente dañinas para la Administración Pública, sancionando, como regla general, las actuaciones que violen la normativa reguladora.

En resumidas cuentas, el Derecho penal sólo ha de intervenir ante aquellas conductas que de forma trascendente, defraudan los intereses de la comunidad, que se ven afectados cuando el funcionario perturba dicho cometido, implicando a la vez un aspecto "funcional" de referente individual. La necesidad de la intervención penal, en un Estado democrático, sólo está legitimada en la medida en que sea necesaria para la protección de la sociedad (Abanto, 2003).

2.3. El concepto de funcionario y/o servidor público en el derecho penal

Tal y como lo hemos venido manifestando, la Administración Pública se organiza a través de una serie de estamentos, cuya correcta funcionalidad es vital para la consecución de los fines sociales que se le asigna al Estado, según lo preceptos constitucionales pertinentes, su concreta actuación se manifiesta a partir de los servicios públicos que ejecutan, desarrollan y desempeñan los denominados, funcionarios y/o servidores públicos.

Es así, que funcionario público es toda aquella persona que en mérito de una designación especial y legal como consecuencia de un nombramiento o de una elección y de una manera continua, bajo normas y condiciones determinadas, y en una delimitada esfera de competencia, ejecuta la voluntad del Estado en virtud de un fin público.

Por su parte servidor público es el denominado empleado público, que es la persona técnica o profesional que presta su actividad para la realización de los fines de interés público, cumpliéndolos de hecho o ayudando a su realización, a cambio de ciertos derechos exigibles a la administración (Peña, 2010).

2.4. Delitos contra la administración pública

La realidad criminológica ha evidenciado que la Administración Pública puede ser objeto de utilización o instrumentalización por parte de quienes están obligados a cumplir tareas dentro del subsistema y que se presentan como abusos o desviaciones de la legalidad. En ese sentido, la Administración Pública como personalidad jurídica encaminada a la realización y ejecución de las prestaciones públicas, necesita estar dotada de cierta sustantividad, con la finalidad de cautelar su materialidad como bien jurídico, merecedor de tutela penal. Es decir, cuando aparece una disfunción, esto es, un ataque a los intereses generales y a la eficacia, se afirma un comportamiento con intereses contrapuestos, viniendo a ser entonces penalmente relevantes.

Por lo que, la relevancia y la necesidad de tutela de bienes jurídicos supraindividuales, en este caso, de naturaleza estatal o dígame "institucional", se sostiene sobre la necesidad de hacer efectivos los bienes comprendidos en la esfera de libertad del individuo. Se trataría por tanto de "bienes intermedios" que posibilitan el acceso social

a los ciudadanos a las prestaciones públicas que el Estado se encuentra obligado a desarrollar conforme al interés general de los administrados (Polaino, 2004). Y, es entonces por esa necesidad que se ha tipificado como delito a aquellas conductas que afecten el normal desarrollo y funcionamiento de la Administración Pública.

Desde otro plano, debemos señalar, que el ataque a la Administración Pública, no sólo se presenta con aquellos injustos típicamente funcionariales, como es el caso de los Delitos de Peculado, Abuso de Autoridad, Concusión, etc.; pues también encontramos a aquellos injustos perpetrados por los particulares, como es el caso del tipo penal de Usurpación de Funciones, así como aquellos que significan “Violencia y resistencia a la Autoridad” (Peña, 2010); no obstante debemos aclarar que a través del presente trabajo investigativo, y por ser necesario para la solución de la problemática planteada, únicamente se incidiremos desarrollándolos con mayor amplitud, a los primeros (injustos funcionariales), y más específicamente, al Delito de Peculado.

2.5. La teoría de la “Infracción del Deber”

Una de las teorías dogmáticas más utilizadas en la jurisprudencia nacional, al momento de resolver los casos de autoría en los delitos contra la Administración Pública, es la teoría del dominio del hecho. Se trata de una teoría enmarcada en el normativismo, en donde el sujeto activo responde penalmente según las reglas de la imputación objetiva. Así, se considera autor a quien domina el hecho descrito en el tipo; en otras palabras, aquel que es señor de un suceso delimitado en sus contornos mediante la descripción del delito de la parte especial del Código Penal correspondiente. El punto de referencia para la determinación de la relación de dominio es, pues, la descripción del tipo penal.

Pero, por otro lado, encontramos a la categoría de los delitos de infracción de deber, que como teoría no ha sido acogida totalmente por nuestros magistrados. Esto se debe a que la total recepción de esta categoría, para determinar la autoría y participación en los delitos contra la administración pública, originaría innumerables controversias en el ámbito de la política criminal, del principio de legalidad y proporcionalidad. Por ejemplo, traería como consecuencia la necesidad de castigar penalmente a los funcionarios que infringen los denominados deberes positivos institucionales o deberes de fomento y cuidado de los bienes jurídicos institucionales. Deberes que, a pesar de no constar en la norma penal expresa, obligan al funcionario público a actuar en aras de salvaguardar el óptimo desarrollo de la administración pública.

Es así, que en donde tiene mayor repercusión la categoría de los delitos de Infracción del deber es en lo que respecta a la autoría y participación. Ayuda a establecer con cierta claridad los límites de la imputación ante la infracción de los deberes institucionales de los intraneus.

En tal sentido, la infracción del deber, puede resultar válida como premisa, para fundamentar la relevancia jurídico penal de un comportamiento que pueda realmente poner en peligro al bien jurídico, pero si no se le complementa con otros añadidos, que hayan de incidir en su contenido material de injusto penal cualificado, este dato será insuficiente, permitiendo la punición de conductas carentes de dicha concreción

material, constitutivos únicamente de una contravención administrativa. Por lo que, siguiendo a esta teoría, no sería el dominio del hecho lo que da sustento a la calidad de autor, sino más bien la infracción de un deber extra-penal, de quien revestido de ciertas obligaciones, infringe normas propias del cargo. Son deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que se originan en otras ramas del Derecho. Expresado en otros términos, el contenido material de antijuridicidad que se exige para la intervención del Derecho penal no se satisface en la mera infracción de un deber del cargo, sino que es necesario que esa infracción comporte una cierta entidad para afectar a un correcto funcionamiento de la Administración, que incluso sin ulterior especificación constituye una referencia demasiado general e insuficiente en sí misma para determinar la necesidad de tutela penal (Peña, 2010).

2.6. El delito de peculado

Nuestro Código Penal tipifica al Delito de Peculado doloso y culposo en su artículo 387°, el mismo que a la letra señala: *“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años”.*

Como señalábamos precedentemente, la administración estatal cuenta en su poder con un acervo patrimonial importante, que se expresa a través de una serie de bienes, de caudales, de objetos, cuyo valor es apreciable en dinero; es decir, los estamentos públicos requieren para prestar correctamente el servicio que brinda a la comunidad, de todo un aparato logístico, material, definido en la necesidad de adquirir un conjunto de bienes, valores u otros, que al ingresar a la esfera de la Administración, el Estado se convierte en su propietario, pero su custodia, conservación y utilización se le confiere a los funcionarios y servidores públicos, quienes a su vez asumen funcionalmente un deber de custodia, de que dichos bienes sean debidamente conservados, adecuadamente empleados y que no sean objeto de sustracción (Peña, 2010).

Entonces, la relación funcional entre los bienes y el funcionario público importa la configuración de una relación de *garantía*, en atención a la cual el *intrañeus* ha de desarrollar y ejecutar todas las acciones pertinentes para su debida conservación y protección. De tal forma, que se advierte un desvalor jurídico de mayor intensidad y de reproche culpable, en mérito a la importancia de los deberes infringidos por el agente. Es así, que podemos señalar que el Delito de Peculado hace referencia a aquella conducta delictiva atribuida a un funcionario o servidor público, quien en pleno uso de sus facultades funcionariales debidamente atribuidas por ley, y quienes además aprovechando indebidamente su posición de custodio de caudales o efectos de propiedad del Estado, se apropia de los mismos, para luego extraerlos de la propia Administración Pública y así poder ejercer un nuevo dominio de forma particular sobre los mismos.

Señalado ello, podemos mencionar que el delito bajo análisis puede ser realizado de manera dolosa o culposa. Así el peculado doloso es aquel hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas por razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública (Salinas, 2009).

Por otro lado, podemos señalar, que el principio de *mínima intervención*, ha de ser concatenado con las necesidades de prevención del objeto tutela jurídica, lo que en el plano de la política criminal de esta conducción criminal, ha significado la acriminación del delito de Peculado culposo, tal como se desprende del último párrafo del tenor literal del artículo señalado líneas *ut supra*, determinado incidencias importantes en los fines preventivo generales de la pena. Por lo que, en tal sentido, el peculado culposo puede ser conceptualizado como aquella atribución que recalca sobre el funcionario y/o servidor público, encargado de la custodia del bien, que al no adoptar las medidas necesarias y pertinentes para su adecuada protección o en franca dejadez a sus deberes de garantía, permite que otro sujeto (*intraneus* o *extraneus*) se apropie o lo sustraiga de la esfera interna de la administración pública, quebrantamiento de los deberes específicos de garantía que es objeto de acriminación por parte del legislador (Peña, 2010).

De otro lado, cabe mencionar que el delito bajo examen pertenece a los delitos que en la doctrina se conoce como *delitos especiales propios*, o *de quebrantamiento de deber funcional*, por cuanto en forma excluyente solo puede ser autor quien detente la calidad de funcionario o servidor público, exigiendo como uno de sus elementos objetivos dicha cualidad del agente. Es decir, el tipo penal de peculado es un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en una responsabilidad penal de corte institucional (Sala Penal Transitoria R.N. N° 62-2009-ICA).

Entonces, la relación funcional entre los bienes y el funcionario público importa la configuración de una relación de "garantía", en virtud de la cual el *intraneus* ha de desarrollar y ejecutar todas las acciones pertinentes e idóneas para su debida conservación y protección; lo que genera deberes específicos de actuación funcional, cuyo quebrantamiento puede ser constitutivo del delito de peculado. Es así como se advierte un desvalor antijurídico de mayor intensidad y de reproche culpable, en mérito a la importancia de los deberes infringidos por el agente, pues en la presente hipótesis delictiva implica una afectación al patrimonio estatal, en tanto la Administración se ve despoja implícitamente de un caudal por parte del autor del delito de peculado. No obstante, ello no debe entenderse como una especie de patrimonialización del bien jurídico tutelado, en el sentido de que la sustantividad del delito no ha de contemplarse en términos de un perjuicio económico al erario estatal, no obstante pertenece al desvalor de un resultado que puede o no acontecer, sino en los principios inherentes al cargo público, donde el desvalor de la acción tiende a

expresar una vulneración a los principios constitucionales de la administración pública conforme a los valores de un Estado Constitucional de Derecho.

Por otra parte, uno de los verbos rectores que delimita la acción se centra en "apropiarse" o "utilizar", lo que significa, en el primer supuesto, extraer o quitar los bienes (caudales o efectos) de la tenencia efectiva o simbólica que han sido colocados en el ámbito de la Administración por las leyes y reglamentos, derivándose la apropiación de la voluntad de disponer de la cosa como dueño. La conducta del autor está dirigida a apartar el bien de la esfera pública, retirarla de la custodia que normativamente ejerce, para introducirla a su ámbito particular o de un tercero. No se trata indispensablemente de un apoderamiento o de una apropiación, puesto que no es necesario que el agente actúe con el ánimo de hacer penetrar el bien en su propia esfera de tenencia o en la de un tercero; sustrae el que quita el bien de la esfera de tenencia administrativa, aunque solo lo haya hecho con la exclusiva voluntad de apartarlo o separarlo de ella (Frisancho, 2011).

Otro de los verbos rectores que también delimitan la acción en este tipo penal es el de "utilizar", por lo que al respecto cabe hacer la precisión que el presente proyecto de investigación se centrará básicamente en dicho verbo. Es así, que "utilizar" entraña el uso indebido del bien puesto bajo tutela del agente, sin ánimo de desposesión, resultando su uso indebido de tal entidad que grava o perturba la correcta administración. No existe en este supuesto ánimo de extraer el bien, porque el funcionario reconoce a la Administración, solo que relaja su deber de probidad y quebranta la marcha adecuada de aquella. Existe una incorrecta aplicación o uso de las cosas que le fueron confiadas, en provecho propio o de un tercero, dándoles un fin sustancialmente distinto al cual estaban destinadas, quebrantando así la confianza depositada (utilizando esta como medio para cometer el delito).

Los bienes deben ser extraídos por el funcionario de la actividad patrimonial del Estado, lo que realiza en razón de detentar competencia directa sobre ellos, o de tener capacidad jurídica de disposición sobre ellos en representación de la entidad estatal que los detenta, excediendo arbitrariamente los poderes del que está investido en razón del título o cargo asignado. En efecto, la administración o custodia de los bienes por el funcionario debe derivarse de la entrega de estos por razón de la función o cargo (competencia funcional específica), quedando descartada la tipicidad de la conducta cuando la entrega del bien deriva de la mera confianza depositada, de la costumbre o de cualquier otra circunstancia; es relevante penalmente solo cuando la asunción de tutela del bien deriva de lo dispuesto por la ley, reglamento o disposiciones administrativas (Benavente & Calderón, 2012).

La norma señala que la apropiación o uso deben referirse a caudales o efectos, conceptualizándose a los caudales como todas las clases de bienes, especialmente el dinero, dotados de valor económico. Aquí deben incluirse bienes artísticos, recreativos e históricos valubles económicamente. Los efectos, a su vez, son documentos de crédito negociables emanados de la administración pública, valores en papel, títulos, sellos, estampillas y bonos.

Por su parte, Creus define la *percepción* como la función de recibir bienes para ingresarlos o regresarlos a la Administración, siempre y cuando pertenezcan a esta, ya que solo entonces adquirirán el carácter de públicos. Dicho de otro modo, la percepción es la facultad de recibir bienes para la Administración Pública. Es "la facultad por la cual se reciben bienes para la Administración Pública, lo que tiene indudable referencia a la cobranza de tributos o derechos" (Creus citado por Cornejo, 1938).

La *administración* hace referencia a las funciones activas de manejo y conducción de los recursos asignados a la Administración Pública para el logro de sus finalidades. Esta se rige por principios y objetivos, de modo que administrar bienes es disponer de estos y destinarlos para los fines que la norma señala.

2.7. Bien jurídico protegido en el delito de peculado

Respecto al bien jurídico que se tutela, existe consenso en que es un delito pluriofensivo. Dado que el concepto de Administración Pública es muy genérico, abstracto y general, la doctrina no es uniforme con relación a determinar en concreto qué se tutela; aunque suele señalar que el bien jurídico es el deber de probidad, de lealtad y fidelidad del funcionario público; por otro lado, se apunta que esta infracción se caracteriza por materializarse causando un perjuicio al patrimonio público. Por lo que "*...si bien la disponibilidad jurídica a la que hace referencia intrínsecamente el delito de peculado se refiere a proteger y garantizar que no se lesionen los intereses patrimoniales de la Administración Pública y evitar el abuso de poder con que pueda estar facultado el funcionario o servidor público, no siendo necesaria entonces la tenencia material directa del bien público*" (Sala Penal Transitoria R.N. N° 4568-2008-Huánuco).

El objeto de tutela es la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración Pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad (Abanto Vásquez, 2003:180). La teoría que mantiene la teoría de la pluriofensividad del peculado, mantendrá la fórmula de que el bien jurídico es de modo genérico los intereses implícitos en la administración pública (patrimonio público y deberes de lealtad), ya dando preferencia a uno u otro interés (Rojas, 2002).

2.8. Caudales o efectos, administración, percepción y custodia

El funcionario o servidor público que administra es aquel que con arreglo a la normatividad vigente se le ha entregado los efectos o caudales por razón de su cargo en administración; lo que implica facultad de gobernar y regir los bienes, de manera que puede afectar legalmente los bienes, disponer de los mismos, etc. Esta facultad de gobernar o regir no entraña necesariamente la posesión material de los bienes, porque al agente le basta tener la llamada "*disponibilidad jurídica*"; aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley, tiene el funcionario. Por ello, es importante dar respuesta a la interrogante: ¿qué debe entenderse por: caudales o efectos, administración, percepción y custodia?, así tenemos que Hugo Alvarez, señala. (Alvarez, 2002):

2.8.1. Caudales.- Comúnmente se ha identificado al concepto de "caudales" con una suma determinada de dinero; sin embargo, dicha expresión no puede ser

reducida en su contenido tan sólo a un aspecto pecuniario, sino que debe entenderse en un sentido más amplio que comprenda todo género de bienes que representan un valor determinado. No hay duda alguna de que los caudales constituyen el patrimonio que comprende toda clase de bienes.

2.8.2. Efectos.- El concepto de "efectos" tiene una connotación más restringida y está referida a los documentos de crédito o valores emitidos legalmente que conllevan un contenido económico y reconocidos como negociables. Verbigracia, cheques, letras de cambio, títulos, acciones, etc.

2.8.3. Administración.- La administración es el ejercicio de la dirección, gobierno y disposición de los bienes. La administración es de un contenido más amplio, que representa algo más que tener la custodia o la percepción de los bienes.

2.8.4. Percepción.- Es la facultad que tiene el funcionario o servidor público de recibir dinero para incorporarlo en la pertenencia de la Administración. Ingresan bienes por concepto de tributos o derechos, donación, por servicios, etc., que integrados a la pertenencia de la Administración adquieren el carácter público. No basta una simple tenencia por razones de seguridad, por ejemplo depósitos en garantía de particulares que no entran a ser pertenencia de la Administración.

2.8.5. Custodia.- Implica una actividad de cuidado y vigilancia de los efectos o caudales que por razón de su cargo le fueron entregados al funcionario o servidor público. Por razón de su cargo le compete la guarda, vigilancia, conservación y cualquier otra medida sobre los bienes que importa su tenencia tendientes a preservarlo del peligro, evitar la amenaza, la posibilidad de ser sorprendidos por ataques conscientes y fortuitos.

Precisamente, el empleo de estos dos últimos conceptos (custodia y percepción) al diferenciarlos de la administración nos remite a darle una interpretación o significación idiomática que le atribuye acción de gobierno o de regir los bienes.

2.9. “Viáticos” ¿Caudales o Efectos?

En el ámbito administrativo estatal, los viáticos constituyen las sumas de dinero que la Administración otorga a los funcionarios y servidores públicos a fin de que cubran los gastos que realizan para el cumplimiento de sus funciones fuera de su sede habitual de trabajo, comprendiendo los de transporte, alimentación y alojamiento. Esta asignación constituye el reconocimiento normativo por parte del Estado de la necesidad de cubrir los gastos de sus empleado públicos con el propósito de que desempeñen adecuadamente sus funciones dentro de la Administración Pública, y esta cumpla con sus propios fines, existiendo en contrapartida la obligación legal del servidor de dar cuenta documentada de aquéllos.

Debe tenerse presente que el concepto de *viático* constituye un elemento de índole normativa y como tal sus alcances deben ser extraídos ya sea de normas jurídicas y/o sociales. En este caso, la interpretación de la expresión "viáticos" obliga a remitirse a la variada y densa normativa administrativa reguladora de dicho concepto. En tal sentido, como se ha señalado líneas ut supra, el viático es una asignación de dinero

destinada a permitir que el funcionario o servidor público, en caso de necesidad de viaje, pueda desarrollar adecuadamente sus funciones públicas, comprendiendo los gastos de alojamiento, alimentación y movilidad. De esta noción pueden extraerse algunas consideraciones de trascendencia ulterior: Primero, los *viáticos* constituyen, en sentido técnico-penal, *caudal*; segundo, su entrega responde a fines instrumentales, pues su *finalidad específica* se encuentra asociada al ejercicio regular de la función pública (Salinas, 2009).

2.7. Las Formas de Acceso al Caudal Estatal (Percepción, Administración o Custodia): Caso De Los Viáticos

No es suficiente con afirmar que los viáticos constituyen caudal del Estado para dar respuesta a la cuestión aquí planteada, sino que resulta indispensable conectar el problema planteado con el examen de la naturaleza jurídica de la posesión del caudal estatal.

En efecto, el Artículo 387° del Código Penal exige que la acción típica del delito de peculado recaiga sobre caudales o efectos cuya *percepción, administración o custodia le estén confiadas al, funcionario o servidor público por razón de su cargo*. Desde esa perspectiva, corresponderá determinar si los *viáticos* se encuentran en posesión del funcionario público en virtud de alguno de esos modos de acceso.

Para ello, debemos señalar que la naturaleza jurídica de las asignaciones entregadas a los funcionarios o servidores públicos como viáticos, constituyen entregas de dinero al trabajador como parte de sus condiciones de trabajo, por ser necesarias para la prestación de servicios excepcionales que realizan fuera de su lugar de trabajo, lo que significa que el dinero entregado por dicho concepto se traslada del ámbito de la Administración Pública al ámbito de su competencia personal a efectos de usarlo para los fines asignados. Por ello, será necesario determinar si el funcionario público recibe el viático para su *administración*, pues la *percepción y custodia*, por sus propias características no resultan aplicables en el contexto de los *viáticos*.

Pues bien, en la medida que la expresión *administración* en el sentido del artículo 387° del Código Penal alude a la posesión del dinero que implica funciones activas de manejo y conducción del patrimonio estatal, esto es, de dominio o gobierno del patrimonio estatal, no cabe sino aceptar que los *viáticos* son asignados al funcionario o servidor público con fines de administración en torno a una circunstancia concreta: La necesidad de viajar para desempeñar las específicas funciones públicas que le han sido encomendadas. Así, resulta posible vincular el título de posesión del caudal con la exigencia típica de *relación funcional* (Peschiera, 2004) entre el caudal público y la función pública desempeñada por el autor, derivada de la exigencia legal de que el patrimonio del Estado haya sido confiado al funcionario o servidor público en razón de su cargo.

2.7. Razones jurídicas para considerar a los viáticos como instrumento configurador del delito de peculado

Como se ha expuesto, se tiene el hecho de que los funcionarios y servidores públicos consideran que los viáticos otorgados a sus personas para la realización de funciones fuera de la sede habitual de trabajo, con el fin de dar cumplimiento a determinadas

actividades programadas para el cumplimiento de metas específicas, constituyen patrimonio integrado ya a su ámbito personal, lo que trae como consecuencia que utilicen indebidamente el monto de dinero que se les fuera asignado por concepto de viáticos, destinando el mismo no únicamente para cubrir los gastos estrictamente necesarios para el desarrollo de la comisión de servicios encomendada, sino que además, o se apoderan del mismo o lo utilizan para satisfacer otras necesidades no vinculadas al ejercicio de dicha comisión; y ello, precisamente se debe a que la concepción erróneamente asumida, ha hecho que se conciba excluir la relevancia penal del hecho, pues se niega la consideración de dicho importe (viático) como “caudal” del Estado.

Asimismo, se tiene que la falta de control posterior a la entrega del viático supone su liberalidad y, por lo tanto, les permite sostener que se trata de patrimonio integrado ya al ámbito personal del funcionario público. Pero además permite que se considere dichos actos de los funcionarios y/o servidores públicos como “actos de distracción” de dichas sumas dentro del margen del riesgo permitido, al considerar que la implementación de un sistema de control o fiscalización de los viáticos podría generar el efecto adverso de obstaculizar el funcionamiento adecuado del aparato estatal.

Sin embargo, se olvida que estas deficiencias administrativas o esta normativa permisiva, no supone que la suma de dinero asignada al funcionario o servidor público a título de viáticos se traslade a la esfera patrimonial de aquél, ni que la apropiación de dinero de la Administración Pública por parte del funcionario público resulte irrelevante penalmente porque la fiscalización y el control adecuados resulten de difícil concreción.

Esta afirmación encuentra sustento en la propia caracterización del Delito de Peculado, que como lo hemos señalado anteriormente, consistente en la infracción del deber que irroga al sujeto cualificado obligaciones y deberes positivos de protección del patrimonio del Estado, los cuales no resultan soslayados ni por la diversidad en el tratamiento legal de la rendición de viáticos (que en ciertas entidades del Estado es más estricto que en otras), ni por el hecho de que la Administración Pública permita la rendición de viáticos vía declaración jurada del funcionario o servidor público.

Por lo que, desde una perspectiva político-criminal, resulta evidente que dentro de los elementos a tomar en consideración para la articulación de la protección penal de la funcionalidad de la Administración Pública se encuentra la confianza de la sociedad en la Administración Pública y sus funcionarios, que indudablemente se ve afectada por la conducta del funcionario público que defrauda sus expectativas.

En efecto, conforme lo ha reconocido el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, el delito de peculado tiene como propósito político-criminal: a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y, b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. Estos objetivos deben necesariamente ser conseguidos dentro de los contornos estrictos impuestos por el principio de legalidad penal; pues a través de este principio la regulación del delito de peculado como delito cualificado por el agente, es el que permite reconocer al

funcionario público un halo de deberes de protección del patrimonio del Estado que inciden en el mayor desvalor subyacente a la infracción de los mismos.

Finalmente, cabe aclarar que a través del presente ensayo no se está postulando que la responsabilidad penal por Delito de Peculado sobre viáticos radique en la simple omisión de la obligación administrativa de rendición de cuentas por parte del funcionario o servidor público, pues es en la apropiación en la que reside el desvalor de la conducta propia del Delito de Peculado. Si bien el incumplimiento administrativo de la rendición o justificación de los viáticos constituya un indicio de la apropiación del caudal, sin la acreditación probatoria más allá de toda duda razonable de la realización del acto de apropiación del patrimonio estatal no será posible la imposición de una pena por el delito bajo examen.

Es así, que debido a que los viáticos son asignados al funcionario público para realizar actos de función específicos (los relacionados a las actividades que debe desempeñar fuera de la localidad) es posible sostener la existencia de una *relación funcional específica* entre el caudal y la función pública que permitiría reconocer uno de los elementos centrales del sistema de imputación penal propio de los delitos funcionariales: *La infracción del deber*.

Dicho esto, es posible afirmar que los viáticos constituyen caudales confiados en administración al funcionario o servidor público en función a su cargo y, por lo tanto, se admite su condición de objeto material del delito de peculado.

Así podremos sostener que, las razones jurídicas principales para considerar a los viáticos como instrumento configurador del delito de peculado, además de las anteriormente expuestas son: La indebida utilización y sustentación de viáticos, lo cual transgrede el Principio de la No Lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública, fin político-criminal del Delito de Peculado. Y, el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público, quien quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, a consecuencia de la indebida utilización y sustentación de viáticos.

III. CONCLUSIONES

1. Las razones jurídicas para considerar a los viáticos como instrumento configurador del delito de peculado, son: La indebida utilización y sustentación de viáticos, lo cual transgrede el Principio de la No Lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública, fin político-criminal del Delito de Peculado. Y, el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público, quien quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, a consecuencia de la indebida utilización y sustentación de viáticos.
2. Los viáticos constituyen caudales confiados en administración al funcionario o servidor público en función a su cargo y, por lo tanto, se admite su condición de objeto material del delito de peculado.
3. En el ámbito administrativo estatal, los viáticos constituyen las sumas de dinero que la Administración otorga a los funcionarios y servidores públicos a fin de que

cubran los gastos que realizan para el cumplimiento de sus funciones fuera de su sede habitual de trabajo, comprendiendo los de transporte, alimentación y alojamiento.

4. Desde una perspectiva político-criminal, resulta evidente que dentro de los elementos a tomar en consideración para la articulación de la protección penal de la funcionalidad de la Administración Pública se encuentra la confianza de la sociedad en la Administración Pública y sus funcionarios, que indudablemente se ve afectada por la conducta del funcionario público que defrauda sus expectativas.
5. En los últimos tiempos, los Delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos en las diferentes entidades estatales, han suscitado una polémica inesperada, en especial por el tema de la corrupción sistemática que se apodera de los más altos niveles de la Administración Pública; representando así conductas antijurídicas que entorpecen el correcto funcionamiento de la Administración Pública, y del mismo modo, ocasionando graves perjuicios económicos al Estado.
6. El Delito de Peculado tiene como característica fundamental el ser considerado como un delito consistente en la infracción del deber que irroga al sujeto cualificado obligaciones y deberes positivos de protección del patrimonio del Estado, los cuales no resultan soslayados ni por la diversidad en el tratamiento legal de la rendición de viáticos, ni por el hecho de que la Administración Pública permita la rendición de viáticos vía declaración jurada del funcionario o servidor público.
7. El funcionario o servidor público recibe el viático para su administración (pues la percepción y custodia, por sus propias características no resultan aplicables en el contexto de los viáticos), pues dicho caudal es asignado con fines de administración en torno a una circunstancia concreta: la necesidad de viajar para desempeñar las específicas funciones públicas que le han sido encomendadas.
8. Es posible sostener la existencia de una relación funcional específica entre el caudal y la función pública que permitiría reconocer uno de los elementos centrales del sistema de imputación penal propio de los delitos funcionariales: La infracción del deber.
9. En algunas entidades estatales, al momento que tienen los trabajadores del Estado de presentar sus respectivas rendiciones de viáticos, jamás los hacen, y no se les hace el seguimiento respectivo, ni los requerimientos adecuados para la sustentación de los gastos que realizaran durante la comisión de servicios, lo que está permitiendo que los funcionarios y servidores públicos consideren que la falta de control posterior a la entrega del viático supone su liberalidad y, por lo tanto, les permite sostener que se trata de patrimonio integrado ya al ámbito personal del funcionario público y llevar así a excluir la relevancia penal del hecho, pues se niega la consideración de dicho importe como "caudal" del Estado.

10. Existe una mínima exigencia administrativa en la sustentación de viáticos, pues éstos pueden ser sustentados no sólo a través de comprobantes de pago (sustentación documentaria), sino también a través de declaraciones juradas simples; es decir se basan en el principio de confianza y la declaración del propio funcionario público, lo que determinaría la imposibilidad material de apreciar actos de apropiación de viáticos.

Referencias

- Abanto Vásquez, M. (2003). Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano. Lima: Palestra.
- Benavente Chorres, Hesbert y CALDERÓN VALVERDE, Leonardo. (2012). Delitos de corrupción de funcionarios (Primera ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Cornejo, Á. G. (1938). Derecho Penal especial. Lima: Librería Peruana.
- Frisancho Aparicio, M. (2011). Delitos contra la Administración Pública (Cuarta ed.). Lima: Editora FECAT.
- García Cavero, P. (2013). El principio del Non Bis In Idem a la luz de una distinción cualitativa entre delito e infracción administrativa. En el penalista de dos mundos (págs. 169-188). Lima: IDEMSA.
- Hugo Alvarez, J. B. (2002). Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública. Lima: Gaceta Jurídica.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2010). Derecho Penal-Parte Especial (Vol. TOMO V). Lima: IDEMSA.
- Peschiera, J. L. (2004). Formas de intervención en los Delitos de Peculado y tráfico de influencias. Lima: Jurista Editores.
- Navarrete, M. P. (2004). Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas. Lima: Grijley.
- Rojas Vargas, F. (2002). Delitos contra la Administración Pública (Tercera ed.). Lima: Editorial Grijley.
- Salinas Siccha, R. (2009). Delitos contra la administración pública. Lima: IUSTITIA Grijley.

Correspondencia: Campos Maldonado, Milagros Patricia. Jr. Mariano Melgar N° 309, Cajamarca – Perú.

Recibido: 17/08/2014

Aprobado: 30/11/2014