

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

“LA RENDICIÓN DE CUENTAS DE LOS VIATICOS Y EL DELITO DE PECULADO”

Presentada por:

Br. Snayber Augusto Airton Lozada Yamunaqué

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Línea de Investigación:

LEGISLACIÓN Y CIENCIAS POLÍTICAS

Sub Línea de Investigación:

DERECHO PENAL: NUEVAS TENDENCIAS

PIURA – PERÚ

2018

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

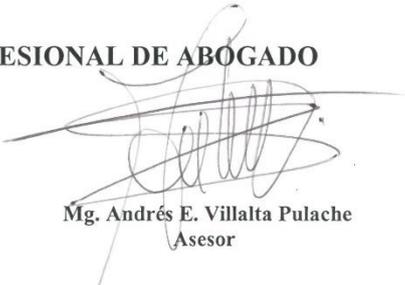


TESIS

“LA RENDICIÓN DE CUENTAS DE LOS VIATICOS Y EL DELITO DE PECULADO”

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO


Bach. Snayber Augusto Lozada Yamunaqué
Ejecutor


Mg. Andrés E. Villalta Pulache
Asesor

Línea de Investigación

Legislación y Ciencias Políticas

Sub Línea de Investigación

Derecho Penal: Nuevas Tendencias

PIURA – PERÚ
2018

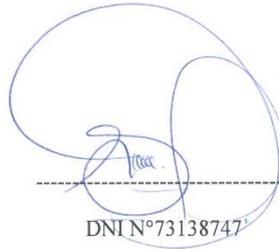
**DECLARACIÓN JURADA
DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACION**

Yo: **SNAYBER AUGUSTO AIRTON LOZADA YAMUNAQUE**, identificado con DNI N°**73138747**, en la condición de Bachiller, de la Facultad de **DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**, Escuela Profesional de **DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS** y domiciliado en Marco Jara Shenone I etapa Mz. Y Lote 06, del Distrito y Provincia de Paita, Departamento de Piura, Celular: **939130159**, Email: **snayber-07@hotmail.com**.

DECLARO BAJO JURAMENTO: que el trabajo de investigación que presento a la Oficina Central de Investigación (OCIN), es original, no siendo copia parcial ni total de un trabajo de investigación desarrollado, y/o realizado en el Perú o en el Extranjero, en caso de resultar falsa la información que proporciono, me sujeto a los alcances de lo establecido en el Art. N°411, del código Penal concordante con el Art. 32° de la Ley N°27444, y Ley del Procedimiento Administrativo General y las Normas Legales de Protección a los Derechos de Autor. En fe de lo cual firmo la presente.



Piura, diciembre de 2018



DNI N°73138747

Artículo 411.- El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Art. 4. Inciso 4.12 del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales –RENATI Resolución de Consejo Directivo N° 033-2016-SUNEDU/CD

UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

“LA RENDICIÓN DE CUENTAS DE LOS VIATICOS Y EL DELITO DE PECULADO”

TESIS REVISADA Y APROBADA POR EL JURADO



DR. JUAN CARLOS NEGRO BALAREZO

Presidente



DR. JUAN WILBER CEBRIÁN BARZOLA

Secretario



MAG. JORGE OMAR SANTAMARIA MORILLO

Vocal

PIURA – PERÚ
2018



UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD"

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS
030-UI-FDCCP-UNP-2019

Los miembros del Jurado Calificador que suscriben, reunidos para evaluar la Tesis titulada: "LA RENDICIÓN DE CUENTAS DE LOS VIÁTICOS Y EL DELITO DE PECULADO", presentada por el Bachiller **SNAYBER AUGUSTO AIRTON LOZADA YAMUNAQUE**, con el asesoramiento del Mag. Andrés Ernesto Villalta Pulache; oídas las observaciones y respuestas a las preguntas formuladas y, de conformidad al Reglamento de Tesis para la obtención del Título Profesional, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, la declaran:

APROBADA (X)

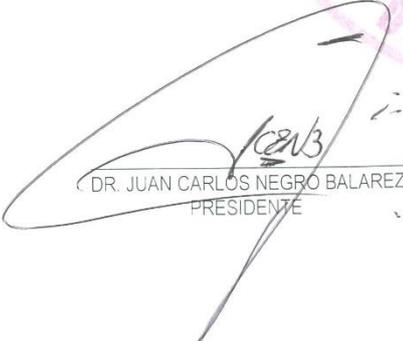
DESAPROBADA ()

Con la mención de:

SOBRESALIENTE

- En consecuencia, queda en condición de ser ratificado por Consejo de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado.
- En consecuencia, queda en condición de ser ratificado por el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título Profesional de Abogado, después de que el sustentante incorpore las sugerencias del Jurado Calificador.

Piura, 26 de enero de 2019


DR. JUAN CARLOS NEGRO BALAREZO
PRESIDENTE


DR. JUAN WILBER CEBRIÁN BARZOLA
SECRETARIO


MAG. JORGE OMAR SANTA MARÍA MORILLO
VOCAL

DEDICATORIA

*A **SAN JUDAS TADEO**, por cuidarme siempre y porque viene derramando muchas bendiciones en mi vida.*

*A **MIS PADRES**, Augusto y Griselda, por su amor, cariño y apoyo incondicional en el transcurso de mi vida.*

*A **MI HERMANO**, Marlon que es mi motivo para esforzarme cada día, y darle un buen ejemplo.*

AGRADECIMIENTO

Agradecer a Dios por bendecirme en toda mi vida, y por haberme permitido disfrutar de muchos logros junto a mi familia y amigos.

A mis asesores Mg. Andrés Villalta Pulache, y a la Dra. Esthely Bayona Castro, quienes con su dedicación me guiaron con sus enseñanzas para la elaboración de la presente tesis.

A mi gran amigo Ronald LLacsahuache Lizana por su ayuda incondicional, brindándome sus aportes y sugerencias para la orientación de la presente investigación.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	VI
AGRADECIMIENTO	VII
RESUMEN	11
ABSTRACT	12
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I: ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA	15
1.1. Descripción de la problemática	15
1.2. Justificación e importancia de la investigación	16
1.3. Objetivos.....	16
1.3.1. Objetivo General	16
1.3.2. Objetivo Específico.....	16
1.4. Delimitación de la investigación.....	16
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	17
2.1 Antecedentes de la investigación.....	17
2.2. Bases teóricas.....	18
2.3. Glosario de términos	19
2.4. Marco referencial	21
2.4.1. La corrupción.....	21
2.4.1.1. Definición.....	21
2.4.1.2. Tipos de corrupción.....	22
2.4.1.3. Enfoques sobre la corrupción	23
2.4.1.4. Causas de la corrupción.....	25
2.4.1.5. Consecuencias de la corrupción	27
2.4.1.6. La corrupción en el Perú	28
2.4.1.7. La corrupción en el mundo.....	29
2.4.1.8. El plan de lucha contra la corrupción.....	32
2.4.2. El delito de peculado.....	34
2.4.2.1. Generalidades	34

2.4.2.2.	Evolución legislativa.....	34
2.4.2.3.	Definición	35
2.4.2.4.	Bien jurídico protegido	36
2.4.2.5.	Tipicidad objetiva	36
2.4.2.6.	Objeto material del delito: los caudales o efectos.....	37
2.4.2.7.	La percepción, custodia y administración de los bienes deben estar confiados en “razón del cargo”.....	38
2.4.2.8.	Modalidades delictivas	39
2.4.2.9.	El perjuicio patrimonial	40
2.4.2.10.	La no relevancia de la cuantía del perjuicio patrimonial	41
2.4.2.11.	El destinatario: para sí o para otro	41
2.4.2.12.	Tipicidad subjetiva.....	42
2.4.2.13.	Circunstancias agravantes.....	44
2.4.2.14.	Penalidad.....	45
2.4.2.15.	Otras modalidades delictivas	46
2.4.2.16.	Diferencias típicas entre el peculado por utilización y el peculado por uso.....	49
2.4.2.17.	Fundamentos jurídicos del Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116.....	50
2.4.2.18.	El peculado en la legislación comparada	50
2.4.3.	Rendición de cuentas de los viáticos.....	53
2.4.3.1.	Generalidades.....	53
2.4.3.2.	Concepto de viáticos.....	55
2.4.3.3.	Normatividad vigente sobre el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión del servicio en el territorio nacional.	56
2.4.3.4.	Principios que regulan la administración de rendición de cuentas de la función pública.....	59
2.4.3.5.	Naturaleza jurídica de los viáticos	60
2.4.3.6.	De la rendición de viáticos y el uso excepcional de la declaración jurada para sustentar gastos.....	61
2.4.4.	Responsabilidad en la administración pública.....	62
2.4.4.1.	Concepto de responsabilidad.....	62
2.4.4.2.	Tipos de responsabilidad	63
2.4.4.3.	Concurso de responsabilidades.....	66
2.4.4.4.	El derecho penal administrativo	67
2.4.4.5.	La tendencia autonomista del derecho penal administrativo.....	67
2.4.4.6.	El derecho penal administrativo como parte del derecho penal	67
2.4.4.7.	Distinción cualitativa entre delito e ilícito administrativo.....	68
2.4.4.8.	Criterios de delimitación de lo penal y lo administrativo.....	69

2.4.4.9. La concurrencia del proceso penal y administrativo sancionador - prohibición de doble procesamiento (non bis in idem procesal)	70
2.5. Hipótesis	71
2.5.1. Hipótesis General	71
2.5.2. Hipótesis Específica	71
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO	72
3.1. Enfoque y diseño	72
3.2. Métodos	72
3.3. Técnicas e instrumentos.....	73
3.4. Aspectos éticos.....	74
CAPÍTULO IV: PROBANZA JURÍDICO DOCTRINAL	75
CONCLUSIONES	84
RECOMENDACIONES	86
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	87
ANEXOS	90
ANEXO N°01.....	90
ANEXO N°02.....	91
ANEXO N°03.....	93
APÉNDICES	94

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se analizará uno de los temas de permanente discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional, en torno a los delitos contra la administración pública: La configuración del delito de peculado en los supuestos en que el agente público se apropie de los fondos que le son entregados por concepto de viáticos, ya sea que dicha apropiación se produzca ante una aparente o inexistente sustentación de viáticos, o cuando se aprovecha del saldo sobrante de los mismos.

Es tal el interés por esta materia, que el Sistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Poder Judicial convocó a los Jueces Superiores Anticorrupción a nivel nacional al I Pleno Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en donde se debatió dicha problemática de los viáticos y el delito de peculado, concluyendo que dicha apropiación no tiene relevancia penal, por lo que debe acarrear una responsabilidad administrativa; sin embargo nuestra postura es totalmente distinta, dado que los viáticos constituyen objeto material del delito de peculado, porque pese a existir la autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, estos no pierden la naturaleza de fondos públicos, y subsiste la obligación de sustentar documentariamente los gastos.

Por lo tanto, en el presente trabajo se buscará justificar la relevancia penal ante la inexistencia e irregular rendición de cuentas, por parte de los funcionarios o servidores públicos, configurando el delito de peculado doloso en la modalidad de apropiación, dado que se pone en peligro la administración íntegra, leal y proba del dinero público confiado al funcionario en razón de su cargo.

Palabras Claves: Delito, Peculado, Viáticos, Rendición de cuentas.

ABSTRACT

In the present research work will be analyzed one of the issues of permanent discussion both in the doctrine and in national jurisprudence, about crimes against public administration: The configuration of embezzlement crime in the cases in which the public agent appropriate of the funds that are given to him for travel expenses, whether said appropriation is made in the face of an apparent or non-existent support of travel expenses, or when taking advantage of the balance left over from them.

Such is the interest in this matter, that the National Specialized System in Corruption Crimes of Officials of the Judicial Branch summoned the Superior Anticorruption Judges at the national level to the First National Plenary Specialized in Corruption Offenses of Officials, where the problematic of travel allowance and the crime of embezzlement were discussed, concluding that appropriation doesn't have criminal relevance, for which reason it must entail an administrative responsibility; however, our position is totally different, since the travel allowance is a material object of the crime of embezzlement, because despite the authorization to the official or public servant to dispose of the money granted, they don't lose the nature of public funds, and remains the obligation of sustain documentarily the expenses.

Therefore, in the present work we will seek to justify the criminal relevance to the inexistence and irregular rendering of accounts, by public officials or servants, configuring the crime of fraudulent embezzlement in the modality of appropriation, given that it's put in danger the full, loyal and faithful administration of the public money entrusted to the official by reason of his position.

Key words: Crime, Embezzlement, Travel allowance, Accountability.

INTRODUCCIÓN

La corrupción definida como un mal que frena el desarrollo del país, en la que inescrupulosos funcionarios y servidores públicos, ejercen su poder estatal para satisfacer intereses propios o de terceros, desnaturalizando nuestro modelo de Estado social, democrático y constitucional de Derecho, y de tal manera que obstaculiza el bienestar general produciendo resultados injustos e ineficientes.

Es así que hoy en día la corrupción es un monstruo social gigante que comprende una amplia gama de delitos, que va desde el soborno a un policía de tránsito, hasta el desfalco de fondos públicos por altos funcionarios del Estado, impidiéndonos crecer como nación, y lo peor aún que se viola derechos fundamentales de los peruanos a tener un mejor nivel de vida en salud, educación, etc.

Lo esbozado en los párrafos precedentes es el impulso del presente trabajo de investigación, en el cual nos dedicaremos a estudiar una de las principales figuras de la corrupción que ha suscitado en los últimos tiempos una polémica inesperada, como es la configuración del delito de peculado en la apropiación de los viáticos, ante una inexistente o aparente rendición de cuentas de los mismos, entorpeciendo el correcto funcionamiento de la administración pública, y del mismo modo ocasionando graves perjuicios económicos al Estado; y precisamente, es uno de los delitos con mayor frecuencia en la administración pública, el mismo que se encuentra tipificado en el artículo 387° del Código Penal.

Y que, pese a que dicho problema aparentemente ha quedado “zanjado”, con el Primer Pleno Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, donde señala que ante dichas circunstancias carece de relevancia penal, y que dicha responsabilidad debe dilucidarse en la vía administrativa; lo cual a mi criterio resulta cuestionable dicha posición, dado que tal como señalan los Jueces Supremos, la recepción de viáticos por parte del sujeto público tiene naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, y que ello no debe servir para justificar la no punibilidad de la apropiación de los viáticos en todos los casos; puesto que debe recordarse que objeto de protección penal en el delito de peculado no está centrado solo en la lesión al patrimonio público, sino también en la funcionalidad de la administración pública; y con ello el reconocimiento de que el sujeto público defrauda la confianza depositada en él, al apropiarse de fondos estatales, destinados a finalidades públicas.

Es por ello que con la presente investigación se buscará determinar qué tipo de consecuencias jurídico-penales podría generar la indebida o inexistente rendición de cuentas de los viáticos por parte de funcionarios y/o servidores públicos, quienes en su mayoría utilizan estas asignaciones denominados viáticos, 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.

Sin perjuicio de ello se intentará contribuir al establecimiento de soluciones frente a esta problemática; pues lo que se busca es que exista una plena y total garantía de la protección penal de la funcionalidad de la Administración Pública, la misma que se encuentra en la confianza de la sociedad en sus funcionarios que nos representan.

Por ello la presente investigación deviene en una de diseño no experimental, ya que con la misma se pretende observar el fenómeno tal y como se dan en su contexto natural, para luego analizarlo. Es decir, se analizará y recolectará información respecto al delito de peculado, con la

finalidad de poder comprender la segunda parte del trabajo, la cual consiste precisamente en desarrollar la configuración del delito de peculado ante una aparente o inexistente rendición de cuentas de los viáticos.

Siendo así, dentro del marco referencial en el punto I se realizará el estudio de la figura de la corrupción, definiéndola e identificando los tipos existentes, así como los factores que contribuyen al desarrollo de la misma. En el punto II desarrollaré el delito de peculado, sus aspectos básicos, bien jurídico protegido, así como la clasificación del delito. En el punto III se analizará la rendición de cuentas, específicamente respecto a su regulación con los viáticos. Por último, en el punto IV estudiaré la figura de las responsabilidades existentes en nuestro ordenamiento jurídico, todo esto con la finalidad de comprender y probar la hipótesis planteada en la presente investigación.

El autor.

CAPÍTULO I: ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA

1.1. Descripción de la problemática

Partamos precisando que, en el delito de peculado es un delito pluriofensivo, en el que el objeto de protección es el patrimonio del Estado y el correcto funcionamiento de la administración pública, con el propósito de evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público.

Ahora bien, ubiquémonos en uno de los posibles y diversos escenarios en el que a un funcionario público se le asigna una cierta cantidad de dinero, llamados viáticos para que cubra gastos de alojamiento, alimentos, y movilidad, ante la necesidad de un viaje, con el fin de realizar actividades propias de su función; sin embargo, este aprovechándose de la inexistencia o relativa exigencias de control por parte de algunas instituciones públicas, no rinden cuentas de dichos recursos del Estado - *viáticos* – o lo hacen de manera errada, y de esa forma se apropian de dichos montos entregados, no cumpliendo su finalidad propia y legal.

Ante dichas circunstancias, la Corte Suprema por mucho tiempo ha resultado tener posiciones contradictorias, al señalar por un lado que los viáticos no son objeto del delito de peculado y que los hechos deben ser dilucidados en la vía administrativa (Véase, las ejecutorias supremas en los R.N. 260-2009-LORETO; R.N. 1886-2009-LIMA, y; R.N 1315-2014-LIMA), este último concluye que la apropiación de viáticos no constituye delito de peculado, sin embargo sin sustento alguno también sostiene que; “(...) cuando al procesado se le asigna un monto por viáticos y este, para apoderarse de los caudales entregados para cumplir la labor encomendada, adultera boletas, se configura el delito *sub materia*”; a nuestro criterio no expresa fundamentos de por qué ante la presencia de boletas adulteradas sí se configura el delito de peculado, y por qué ante la inexistencia de las mismas no es típico el tipo penal.

De otro lado, la misma Corte Suprema de Justicia de la República ha sostenido, en otros pronunciamientos, que la apropiación de viáticos sí configura el delito de peculado, incluso en concurso con falsificación de documentos (Véase la ejecutoria suprema en el R.N. 889-2007-LIMA, ejecutoria suprema en el R.N. 3186-2014-Cusco, ejecutoria suprema en el R.N. 2665-2008 Piura y el Voto en discordia en la ejecutoria suprema del R.N. 1886-2009-LIMA), aunque tampoco señalan fundamentos válidos, lo que ha conllevado en muchos casos, a que los jueces de inferior jerarquía se limiten a asumir una de las dos posturas sin brindar ningún argumento adicional a lo sostenido.

Ante dichas posiciones contradictorias, el Sistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Poder Judicial convocó a Jueces Superiores Anticorrupción a nivel nacional al Primer Pleno Nacional Especializados en Delitos de Corrupción de Funcionarios; donde se debatió, entre otros temas más, la problemática de los viáticos y el delito de peculado; en el cual por mayoría se concluye que; “*No configura el delito de peculado debido a que la recepción de viáticos por parte del sujeto público tiene naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia que exige el delito de peculado. En consecuencia, la conducta del agente público debe dilucidarse en el ámbito administrativo*” (DELGADO TÓVAR, 2017, págs. 195-197).

En mérito a tal posición vinculante es que, deja más dudas que certezas, en torno al ámbito de pertenencia de los viáticos, en medida que aquello podría permitir considerar que la falta de control posterior a la entrega del viático supone su liberalidad, y, por lo tanto, podría llevar a sostener que se trata de patrimonio integrado ya al ámbito personal del funcionario público y de esa forma excluir la relevancia penal de tales hechos.

En consecuencia, conforme a lo mencionado, corresponde verificar, en primer lugar, si en verdad la apropiación de viáticos debe dilucidarse en la vía administrativa, tal como lo señala el Pleno Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, es decir, si se debe justificar la no punibilidad de la apropiación de los viáticos en todos los casos, así como luego verificar, si los viáticos son objeto material del delito de peculado.

Por lo que la pregunta en el presente trabajo queda formulada de la siguiente manera: **¿LA INEXISTENTE O APARENTE RENDICIÓN DE CUENTAS DE LOS VIÁTICOS POR PARTE DE LOS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS CONFIGURA EL DELITO DE PECULADO DOLOSO POR APROPIACIÓN?**

1.2. Justificación e importancia de la investigación

El presente Proyecto de Tesis se justifica en la necesidad de rescatar la esencia del bien jurídico de peculado, dado que, al apropiarse de los viáticos, mucho más allá de que se esté causando un perjuicio económico al Estado, se está defraudando la confianza depositada en aquellos malos funcionarios o servidores públicos, que se aprovechan del dinero asignado por concepto de viáticos para cubrir otras necesidades no vinculadas al ejercicio de dicha comisión de servicios encomendada, ya sea presentando rendiciones de cuentas erradas o cuando simplemente deciden sustentar sus gastos realizados, a través de declaraciones juradas simples; y como saben que a nivel estatal, es muy común que no exista un control efectivo respecto a estos caudales del Estado – viáticos -, pues se aprovechan de dichas circunstancias.

En razón a ello, la importancia del presente estudio, radica en contribuir a los operadores jurídicos a establecer 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, dado que se encuentra la plena confianza de la ciudadanía hacia sus funcionarios, que indudablemente defrauda sus expectativas quedando impune dicha apropiación.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General

- Justificar la configuración del delito de peculado por apropiación, ante una inexistente o aparente rendición de cuentas de los viáticos por parte de los funcionarios o servidores públicos.

1.3.2. Objetivo Específico

- Determinar, que, como consecuencia de la indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos se afecta el patrimonio del Estado y el buen funcionamiento de la Administración Pública.
- Determinar que los viáticos constituyen objeto material del delito de peculado por apropiación.

1.4. Delimitación de la investigación

La presente investigación, se limita a buscar toda la información necesaria tanto a nivel doctrinal, como jurisprudencial, que existen en el ordenamiento jurídico peruano; y en lo que respecta a la limitación económica se financia la presente con recursos propios.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación

Milagros Patricia Campos Maldonado¹ (2014) en su artículo científico denominado **“RAZONES JURÍDICAS PARA CONSIDERAR A LOS VIÁTICOS COMO INSTRUMENTO CONFIGURADOR DEL DELITO DE PECULADO”** concluye; 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.

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. 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.

Walther Javier Delgado Tovar² (2017) en su artículo científico **“Delito de peculado: La apropiación de los viáticos”** (artículo publicado el 19 de enero del 2018 en el libro *Ius Puniendi*) llegó a las siguientes conclusiones: Los viáticos constituyen fondos públicos y con ello caudales estatales entregados al agente público para la realización de una finalidad pública. Aun cuando el comisionado está autorizado a gastar el íntegro de los viáticos, estos no constituyen ingresos del comisionado; siendo que el agente estatal se encuentra en calidad de administrador de los mismos.

La apropiación de los viáticos configura el delito de peculado; el cual podría concursar con otros delitos como falsedad material o uso de documento falso. Solo podría recurrirse al principio de mínima intervención en el caso de montos realmente insignificantes que no tengan incidencia ni en el patrimonio estatal o la funcionalidad de la administración pública.

La Corte Suprema del Perú también ha tenido pronunciamientos respecto a dicho tema, algunos ejemplos de ello son la ejecutoria suprema N° 3186-2014-Cusco, de fecha 13 de julio del 2015, la misma que sostiene que; [...] existe pronunciamiento expedido con anterioridad en esta causa, en el que se señala expresamente que los viáticos constituyen fondos públicos que son otorgados a un funcionario o servidor público para el cumplimiento de una determinada comisión de servicios, por lo que le son entregados para su correcta administración; esto es, el funcionario, servidor público, recibe un monto a efectos de disponer de él y aplicarlo a la finalidad correspondiente. Por tanto, en caso de que dicho sujeto activo use tales viáticos para fines privados y no para cumplir con los fines propios de la comisión de servicios, se apropiará indebidamente de los caudales públicos, y pondrá en peligro los intereses patrimoniales del Estado; tanto más si se tiene en cuenta que en el caso sub índice los caudales, materia de apropiación, no solo estaban destinados a cubrir gastos de viáticos, sino también a la realización de actividades y gestiones municipales que estaban a cargo de los acusados.

Aunado a ello, ya existe un pronunciamiento en esta instancia suprema, recaído en el expediente signado como recurso de nulidad número dos mil seiscientos sesenta y cinco-dos mil

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. Email: milicam10@hotmail.com.

² Fiscal Provincial Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Magister en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ocho-Piura, en el que se determinó que constituye delito de peculado que el funcionario o servidor público efectúe actos de disponibilidad, de un monto de dinero que le fue asignado, para un determinado fin -viáticos, gestiones municipales, realización de actividades, entre otros-, lo que conlleva a que el Estado pierda la disponibilidad sobre el bien y que los caudales entregados no cumplan su finalidad propia legal; y, por otro lado, se quebrantan los deberes de lealtad y probidad con relación al sistema de administración pública. [...]

Así como la ejecutoria suprema mencionada, existe a nivel jurisprudencial la Resolución N° 2665-2008, del 21 de enero de 2010, emitida por la Sala Penal Permanente donde concluye; que no retornar el saldo del viático no utilizado constituye un delito de peculado pues se habrían realizado “actos de disponibilidad de un monto de dinero que le fue asignado [al funcionario público] para determinado fin (viáticos), sin sustentarlo cuando correspondía, es decir, realizó actos de libre disposición en su condición de funcionario público, lo que conllevó a que el estado pierda la disponibilidad sobre el bien y que los caudales entregados no cumplan su finalidad propia y legal”.

2.2. Bases teóricas

- **El delito de peculado**

En el Perú, el Código Penal vigente en su artículo 387° tipifica el delito de peculado señalando que: “*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 (...)*”.

Este tipo penal proviene del vocablo *peculado* es una palabra compuesta que deriva de dos voces latinas *pecus* (ganado) y *latus* (hurto), que forman la palabra *peculatus*. El ganado, que era el bien máspreciado, servía de medio de cambio en la Roma monárquica y republicana y definía el estatus socioeconómico y hasta político del ciudadano romano.

La figura penal de peculado ha evolucionado a través del tiempo, con el desarrollo y la complejidad de la función pública, lo que no pasó desapercibido para las modificaciones normativas a través de la Ley Nro. 29703 de fecha 09 de junio del 2011, hasta la última modificación de la Ley Nro. 29758 de fecha 21 de julio de 2011.

- **La rendición de cuentas**

De otro lado, el concepto de rendición de cuentas es entendido como la acción de computar, evaluar, juzgar o verificar colectivamente algo. La rendición de cuentas significa responder, explicar, justificar y, como resultado de estas acciones, involucrar el reconocimiento o castigo. En la actualidad, se conceptúa la rendición de cuentas desde diversas perspectivas. Una de ellas es la perspectiva legal, en la cual se entiende como la concatenación estructural de las normas jurídicas y las instituciones responsables de rendir cuentas, y se señala que el que ejerce poder dado por el pueblo debe estar sujeto a restricciones legales.

La rendición de cuentas fue abordada en sus aspectos político económicos, en relación a cómo los gobiernos sustentaban ante los ciudadanos los gastos y acciones realizados. Durante la transferencia de poder resultaba necesario un mecanismo para que el gobierno diese cuenta de sus decisiones y de ser necesario se impusiesen sanciones. Este concepto ha ido expandiéndose desde un enfoque centrado en lo político-económico a un enfoque que incluye aspectos políticos, económicos, sociales y ambientales. (CHAHUILLCO GUZMÁN, 2015, págs. 11-12)

2.3. Glosario de términos

- **Administración Pública**

Conjunto de Órganos Administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin (bienestar general), a través de los servicios públicos (que es el medio de que dispone la Administración Pública para lograr un fin (el bienestar general), regulada en su estructura y funcionamiento, normalmente por el Derecho Administrativo.

Asimismo, es entendida como toda actividad cumplida o realizada por los funcionarios y servidores públicos encargados de poner en funcionamiento al Estado, orientado al cumplimiento de sus fines y funciones, sometidos a una jerarquía o niveles en todos sus órganos o entidades. (SALINAS SICCHA R. , 2011).

- **Corrupción**

Aquella conducta que se desvía de los deberes normales de un cargo público por consideraciones privadas, pecuniarias o de estatus; o aquella que viola normas restrictivas de cierto tipo de influencias de beneficio privado. (REÁTEGUI LOZANO, Corrupción de funcionarios, 2018).

Del mismo modo, en el Plan Nacional Anticorrupción 2012-2016, se define a la corrupción como el “uso indebido del poder para la obtención de un beneficio irregular, de carácter económico o no económico, a través de la violación de un deber de cumplimiento, en desmedro de la legitimidad de la autoridad y de los derechos fundamentales de las personas.

- **Declaración jurada**

Manifestación personal, verbal o escrita, donde se asegura la veracidad de esa misma declaración bajo juramento ante autoridades administrativas o judiciales. Como consecuencia se presume como cierto lo señalado por el declarante hasta que se pueda acreditar lo contrario.

- **Delito**

Entendido como aquella acción u omisión típica, antijurídica, y culpable sometida a una sanción penal, en el presente trabajo desarrollaremos el delito de peculado, que es un delito de infracción al deber.

En ese sentido, los delitos de infracción de deber son llamados así por cuanto en ellos el sujeto activo que comete el delito mantiene vinculación con la administración pública, mediante deberes preexistentes de cuidado, protección y fomento de los valores integrantes del bien jurídico penal “administración pública”, frente a los que se ha obligado cumplir, estableciéndose mundos en común (entre el funcionario-servidor y la administración y en general con las instituciones positivas) que identifica la administración pública en un conjunto de subsistemas. La violación a estos deberes, cuando concurren además los específicos elementos del tipo penal que agrega el plus de relevancia, implica la comisión de un delito de infracción del deber. (ROJAS VARGAS , 2017)

- **Funcionario público**

El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por una norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas. (REÁTEGUI LOZANO, Corrupción de funcionarios, 2018).

- **Servidor público**

Es agente sin mando, que brinda al Estado sus datos técnicos o profesionales para tareas o misiones de integración y facilitación de la de los funcionarios públicos. No resultan vinculados a la Administración Pública con la misma intensidad que los funcionarios públicos. (REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2015)

- **Patrimonio público**

Comprende a todos los bienes muebles e inmuebles que se hallan repartidos en los diferentes sectores de la Administración Pública. Más aún, por patrimonio público se entiende también a aquellos bienes particulares (privados) que se encuentran temporalmente bajo administración del sector público, sea cual sea su dependencia, porque el Estado está asumiendo en esos momentos una relación de posesión jurídica sobre esos bienes. (ROJAS VARGAS , 2017).

- **Principio de lesividad**

Se puede sintetizar en el tradicional aforismo liberal “no hay delito sin daño”, que hoy equivale a afirmar que no hay hecho punible sin bien jurídico vulnerado o puesto en peligro. Principio que limita la persecución penal a hechos que en verdad lesionen o pongan en peligro significativamente un bien jurídico.

- **Rendición de cuentas**

Este término tiene una acepción general, propia de las relaciones comerciales o civiles, pero de naturaleza extrajudicial, en cuya virtud toda persona que recibe un encargo o la administración de algo debe rendir (ajustar) cuentas detallando los resultados de la gestión efectuada. (AMADO EZAINE, pág. 497),

- **Viáticos**

Prevención, en especie o en dinero, de lo necesario para el sustento del que hace un viaje. Subvención que en dinero se abona a los diplomáticos para trasladarse al punto de su destino. (MANUEL OSSORIO, 2012).

2.4. Marco referencial

2.4.1. La corrupción

2.4.1.1. Definición

En su definición etimológica la palabra corrupción proviene del vocablo latino “corrumpere” que significa echar a perder, romper algo entre dos, destruir conjuntamente en su integridad.

La corrupción es el abuso del poder público encargado (por elección, selección, nombramiento o designación) para obtener beneficios particulares (económicos o no) violando la norma en perjuicio del interés general o interés público.

Pero en su sentido actual, social y legal, la palabra corrupción, es la acción humana que viola las normas legales y los principios de la ética. Hay quienes al hablar de la corrupción se refieren a los actos deshonestos en que incurren los empleados del Estado. No es apropiado usar solo esa palabra en ese sentido, pues las leyes incriminan y castigarán a la corrupción de menores, y en los códigos morales los predicadores condenan a la corrupción de menores, y en los códigos morales los predicadores condenan a la corrupción de las buenas costumbres. La corrupción administrativa sería, entonces, el genérico de los delitos que se comete en el ejercicio de un cargo público.

Llegar a una definición precisa de corrupción constituye una tarea muy complicada, pues desde que la corrupción empezó a ser estudiada por las ciencias sociales (economía, historia y ciencia política, principalmente) se han registrado amplias discusiones respecto de qué concepto era el más apropiado. El problema de la corrupción no es solo de índole jurídico o moral en donde hay que castigar a quienes realizan este tipo de prácticas o reeducarlos para poder convivir en sociedad, sino que en los últimos lustros se ha advertido los graves y nocivos efectos que provoca ese mal en los regímenes democráticos y sobre las reglas que rigen en un Estado de Derecho.

Para algunos juristas como RAFAEL BIELSA³, “la corrupción en la función pública es la desnaturalización o desviación del regular ejercicio de la función pública, entendida esta como la entera actividad del Estado, incluidas no solo las funciones del Poder Ejecutivo, como órgano administrador, sino también el ejercicio de las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, nacionales, provinciales y municipales, frente al comportamiento de sus titulares o al de terceros, destinatarios o no del acto funcional. No todas las prácticas corruptas son delitos tipificados en el código. La corrupción no se limita solo a las transacciones de dinero; en determinados casos, la corrupción es el precio que se paga a los individuos por participar en decisiones contrarias al interés general y a las que fueran sus propias convicciones. (REÁTEGUI LOZANO, Corrupción de funcionarios , 2018)

La Convención Interamericana contra la corrupción, pronunciándose sobre este término, establece en su artículo VI sobre actos de corrupción que aquellos son “el requerimiento, aceptación, ofrecimiento u otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualquiera de los actos de corrupción. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier

³ BIELSA, R.: “Hacia un Compromiso de transparencia y eficacia de la gestión pública”, en Edición 14 Revista Probidad mayo junio del 2001.

otra forma en la comisión, tentativa de comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquier acto de corrupción.

Entonces, se tiene que el fenómeno social llamado corrupción tiene elementos esenciales que precisan su concepto. Estos son:

- **Antinormatividad:** Todo acto de corrupción transgrede normas penales, administrativas y/o éticas.
- **Interés privado:** Todo acto corrupto busca obtener un beneficio privado, que no siempre está relacionado directamente con el corrupto, por lo que puede ser para una persona cercana al corruptor o para un tercero.
- **Abuso de una función:** Todo acto de corrupción implica el abuso de una función asignada por el Estado, es decir, de una función pública.

Desde el punto que nos interesa y del que se desprenderá el desarrollo de la presente investigación, la corrupción es los poderes públicos es, entonces “Aquella conducta por parte de un servidor público o de un particular en ejercicio de sus funciones públicas, que dispone de sus particulares, diferentes al servicio público, y a los fines de la administración, con la consecuente lesión al patrimonio económico o moral de la misma y, en especial de la sociedad, y en contravención a normas legales, éticas y morales.⁴

2.4.1.2. Tipos de corrupción

Para comprender mejor el fenómeno social de la corrupción nos parece oportuno considerar algunos tipos de corrupción desarrollados en la doctrina.

a. Corrupción directa

Se habla de corrupción directa cuando en los comportamientos concretos e individuales, los autores, las víctimas, el objeto y los móviles pueden ser identificados o determinados claramente. Dichos comportamientos están frecuentemente tipificados como delitos o faltas y los responsables deben ser, en principio objeto de procesos penales, (concusión, colusión, peculado, etc.).

Esta percepción directa y personal de la corrupción es posible, sobre todo, en el nivel inferior o intermedio de la jerarquía administrativa. Esto se debe a que las tareas de los funcionarios y servidores en este nivel consisten básicamente en ejecutar las decisiones tomadas por los altos funcionarios.

b. Corrupción institucionalizada

Se tiene en cuenta, primero, la distorsión significativa que existe entre la sociedad que formula exigencias y el Estado que no puede o no quiere responder convenientemente a las mismas.

Luego, se señala que esta situación se debe a la actuación de agentes no identificados cuyo objetivo es desnaturalizar o perturbar el funcionamiento de los órganos del Estado. Este se ve debilitado y deviene ineficaz.

⁴ De frente al País, Programa Presidencia de Lucha contra la Corrupción, liderando el Cambio, 1999 – 2000, Bogotá, Pág. 9

Este fenómeno resulta de una ausencia de valores o de su violación frecuente; vale decir de una anomia social. Estos dos elementos (actuación irregular y anomia) se influyen y refuerzan recíprocamente.

Este tipo de corrupción se caracteriza entonces por su naturaleza oculta o disimulada y forma parte de la estructura institucional. Es decir, establecer un vínculo entre las causas y los efectos y de hacer una diferenciación entre lo correcto e incorrecto, o moral y lo inmoral. Dicha corrupción es percibida, por ejemplo, cuando desde la perspectiva estructural global, se constata que determinados mecanismos del Estado no funcionan correctamente, sin que se llegue a precisar la causa o a individualizar a los responsables.

Se caracteriza por estar generalizada y se manifiesta en múltiples esferas a través de redes de corrupción. De esta manera, es difícil determinar a todos los agentes que intervienen. Este tipo de corrupción se propaga fácilmente y provoca la ausencia de valores, lo que vuelve confusa la diferencia entre lo correcto e incorrecto.

c. Corrupción política

Se puede observar en las altas esferas de decisión e involucran a los funcionarios públicos que ejercen funciones de poder político (congresistas, ministros, presidentes y otros).

La corrupción política se refiere a los actos delictivos cometidos por funcionarios y autoridades públicas que abusan de su poder e influencia al hacer un mal uso intencional de los recursos financieros y humanos a los que tienen acceso, anticipando sus intereses personales y los de sus allegados, para conseguir una ventaja ilegítima generalmente de forma secreta y privada. El término opuesto a corrupción política es transparencia.

d. Corrupción burocrática o administrativa

El término “burocracia” hoy en día ha pasado a formar parte de nuestro lenguaje cotidiano, en especial en lo referente a las organizaciones públicas que constituye el Estado, olvidándose que también ello implica a la empresa privada.

Este tipo de corrupción afecta los niveles intermedios y bajos de los organismos públicos. En este sentido, ya no involucra funcionarios con capacidad de decisión, sino funcionarios encargados de la ejecución de las normas y del trato con los ciudadanos.

e. Corrupción pública o privada

Aunque el concepto de corrupción, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, se ha asociado tradicionalmente al ámbito de lo público, en la actualidad es posible afirmar que la corrupción es también una realidad a la esfera privada, en el mundo de las empresas, cuando se vulneran las reglas del juego, los valores del sistema, las leyes de funcionamiento de la economía de mercado o el sistema normativo, con el claro propósito de obtener determinados beneficios o ventajas. (REÁTEGUI LOZANO, Corrupción de funcionarios , 2018, pág. 31)

2.4.1.3. Enfoques sobre la corrupción

La compleja naturaleza del fenómeno de la corrupción ha motivado que diversas disciplinas científicas estudien y planteen diversas maneras de comprenderlo. En ese sentido, y a modo de resumen, los enfoques más importantes sobre la corrupción son tres:

a. El enfoque económico, que incluye tres objetivos:

En primer lugar; la medición de los niveles de corrupción en una sociedad determinada, pero no tanto para planificar su erradicación, sino para que los inversores privados controlen la variable de riesgo que este fenómeno implica.

En segundo lugar, la determinación de las consecuencias económicas (perjuicio) de la corrupción en una sociedad.

Finalmente, plantea un modelo de entendimiento del contexto que facilita los actos concretos de corrupción conocido como "agente y principal". El más popular lo ha definido KLITGAARD⁵ al señalar que la corrupción puede ser explicada como una ecuación en donde, si un agente tiene el monopolio (M) de las decisiones y actúa con altos niveles de discrecionalidad (D) o autonomía y sin rendición de cuentas (A), se posibilitan márgenes de desviación.

La corrupción tiene costos de eficiencia en términos de la pérdida y mala asignación de recursos que frecuentemente la acompañan, genera "males públicos" (inseguridad, desastres, accidentes) y deforma las políticas que terminan por beneficiar a un reducido grupo.

Desde el punto de vista de la distribución del ingreso, la mayoría de los estudios realizados sobre corrupción demuestra que los ricos y privilegiados se benefician de las operaciones corruptas a expensas de los pobres, campesinos y aquellos grupos poblacionales en situación social y económica muy baja.

El Fondo Monetario Internacional y Transparencia Internacional también han elaborado documentos sobre el problema de la corrupción, pero carecen de datos cuantitativos que comprueben la expansión del fenómeno. Ambos organismos lo analizan desde una perspectiva exclusivamente financiera, ya que lo señalan como un elemento que distorsiona los circuitos económicos internacionales, obstaculiza la realización de las grandes transacciones entre países y coarta la libertad del mercado, al desestimular la competitividad.

b. El enfoque jurídico institucional;

Esta perspectiva jurídica ha girado en torno a tres ejes (MONTROYA VIVANCO, 2015); respecto al estudio de la corrupción desde las premisas legales para entrever las deficiencias del sistema penal, el modo en el que se deben plantear leyes para poder subsanar esos espacios y el intento de explicar la corrupción desde las ambiciones personales de determinados sujetos, reduciendo el fenómeno a un juego de intereses de individuos, a los que se debe controlar con mecanismos punitivos.

Este enfoque ha sido estimulado y desarrollado por los organismos gubernamentales de distintos países y por organismos internacionales que han tipificado como corruptas, y por lo tanto sujetas a sanción, las acciones u omisiones que los empleados públicos o particulares hayan gestado en contra del "bien común". En torno a esta concepción se ha construido un andamiaje jurídico compuesto de leyes, estatutos y organismos que buscan prevenir los actos corruptos y castigar los ya consumados.

Existen también documentos que hacen referencia al problema desde la perspectiva jurídica producidos por la Organización de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos.

⁵ KLITGAARD, Robert (1992). Controlando la corrupción. La Paz: Fundación Hans Seidel. Resalta su famosa fórmula $C=M+D-A$, es decir, la corrupción C se ve favorecida con el monopolio (M) de la discrecionalidad (D) menos la transparencia (A) (en inglés: accountability).

c. Enfoque cultural

Ni el criterio racional asentado en las perspectivas económicas ni los enfoques casuísticos donde se asienta el derecho permiten comprender las razones de la extensión, profundidad y la tolerancia social de la corrupción en una sociedad determinada. La perspectiva cultural, de manera complementaria, nos permite avanzar en esa dimensión de la corrupción como fenómeno extendido en los distintos niveles de la administración pública y de la sociedad civil. (REÁTEGUI LOZANO, Corrupción de funcionarios , 2018)

d. Enfoque administrativo

La ineficiencia reduce las calidades del servicio que las entidades prestan al público y, por consiguiente, crea estímulos tanto para que el cliente ofrezca dinero a cambio de la obtención del servicio, como para que el funcionario se involucre en este tipo de transacciones. La mala calidad del control facilita que se cometan actos ilegales, así la corrupción aumenta cuantos menores sean tanto la probabilidad de que el agente corrupto sea descubierto, como la fuerza del castigo cuando se aplica. Los temas de la operación de los mecanismos de control y la discrecionalidad de los funcionarios públicos están estrechamente ligados; cuando se aplica el control previo este termina por convertirse en un obstáculo para la eficiencia y en fuente de corrupción.

El Estado opera como proveedor monopólico de muchos de los servicios que presta en la sociedad peruana; estos monopolios permiten que existan entidades que funcionan durante largos períodos de tiempo con bajos grados de eficiencia y elevados índices de corrupción, sin que el público pueda rechazarlas, absteniéndose de comprar sus servicios. En mi opinión, es muy importante señalar que la existencia de un monopolio público o privado, se presta para la ocurrencia de actos corruptos; además se puede criticar la asociación que se da entre privatización y reducción de la corrupción en la medida en que los procesos de venta de las empresas públicas no suelen caracterizarse por su transparencia.

2.4.1.4. Causas de la corrupción

Varias son las causas posibles de la corrupción y, por tanto, no puede soslayarse ya que cualquier enfoque que se haga de la corrupción debe ser de carácter multidisciplinario y no meramente jurídico, pues sus causas y consecuencias son multívocas: jurídicas, sociales, políticas, éticas, económicas, filosóficas, etc.

También se pueden indicar que pueden ser causas genéricas, causas específicas y causa última de la corrupción. Las dos primeras tienen que ver con causas de orden social, político, económico y administrativo. La última tiene que ver con una valoración de tipo ético.

De forma general, la doctrina señala algunas causas principales que explican los distintos niveles de corrupción: a) Factores culturales, lo que en algunas culturas se percibe como comportamiento corrupto, en otras sociedades se tolera; b) Factores sociales, el control de las redes sociales y políticas juega un rol decisivo y fundamental; c) Factores económicos, la economía se convierte en un factor importante para el desarrollo de diversos sistemas y organizaciones; y d) Factores políticos, la existencia de programas o incentivos de promoción o desarrollo sujetos a elección de tipo individual.

Entre las principales causas que existen para que se desarrolle este fenómeno, son las siguientes:

a. Ineficiencia

Esta es, probablemente, la causa más importante de la corrupción. La ineficiencia reduce la calidad del servicio que las entidades prestan al público y, por consiguiente, crea estímulos tanto para que el cliente ofrezca dinero a cambio de la obtención del servicio como para que el funcionario se involucre en este tipo de transacciones. La ineficiencia está asociada a la carencia o el pobre funcionamiento de los sistemas de planeación y control, lo que hace difícil diferenciar los efectos de las acciones corruptas, establecer las responsabilidades y aplicar los castigos.

b. Mala calidad de control

Los mecanismos de control de los resultados de la gestión pública en Perú son de baja calidad, tanto en lo que se refiere al control puramente administrativo e interno de las instituciones, como al castigo penal a cargo de agentes externos (por ejemplo, el sistema judicial).

El control administrativo que debería ser llevado a cabo por cada entidad individual no es efectivo por varias razones. En primer término, como ya se mencionó, las entidades frecuentemente no tienen claridad sobre sus propios objetivos, los empleados no conocen tales objetivos adecuadamente y es imposible contar con este punto de referencia fundamental para la evaluación de resultados.

Aparte de esta falla esencial, los procedimientos de control que existen no se cumplen. Existen mecanismos legales creados para llevar a los empleados a responder por sus responsabilidades, pero su efectividad es muy baja.

c. Impunidad

La impunidad es una de las principales y más claras causas de corrupción. Aunque en la mayoría de los países del mundo se castiga la corrupción, especialmente después de la proliferación de tratados internacionales y del avance en la concienciación política y social de la necesidad de combatirla, existen aún ordenamientos en los que o no se castiga, o no persigue activamente.

Que el ordenamiento jurídico de un estado no castigue severamente estas conductas genera una sensación de impunidad y de favorecimiento de la cultura del “todo vale”, que favorece sin duda la proliferación más importante de corrupción para un país. Que no se elimine o limite la concesión de indultos y la existencia de aforamientos en casos de corrupción, refuerza también en cierto modo esa sensación de impunidad generalizada que se produce cuando el sistema político y legal no castiga esas conductas de manera contundente.

Así mismo, la falta de revisión y actualización periódica de la legislación anticorrupción para adaptarse a nuevas exigencias y formas de corrupción, así como la falta de dotación de suficientes medios a los órganos encargados de la lucha contra la corrupción favorece que aparezcan estas prácticas.

d. Desigualdad

La corrupción es prácticamente generalizada en muchos países en vías de desarrollo, y surge principalmente cuando la riqueza se encuentra desigualmente repartida y el poder se encuentra muy centralizado. La desigualdad social contribuye a la creciente pobreza y al aumento de la corrupción.

En casos en que los funcionarios públicos viven en el umbral de la pobreza y no reciben una remuneración suficiente, la opción de obtener sobornos les proporciona ingresos incluso superiores a sus propios salarios. En el sector privado, las empresas también recurren a estas prácticas ante la falta de controles y al ser el mecanismo imperante para poder acceder a

estos mercados, ante la pasividad de los gobiernos que se muestran tolerantes con esas prácticas y carecen de políticas y legislación que las castigue.

e. Falta de valores éticos

Resulta dudoso que posea fuertes valores éticos quien es capaz de cometer una conducta social y legalmente tan reprochable. Cuando existe sólida educación y valores éticos y morales sobre los efectos negativos de la corrupción y la necesidad de mantener una actitud de rechazo hacia ésta, es más difícil que surjan estos comportamientos en los individuos. Aunque existan leyes que la castigan, la necesidad de que las personas adopten una postura clara en contra de la corrupción y por pleno convencimiento es fundamental. (Guillén, 2016)

2.4.1.5. Consecuencias de la corrupción

La doctrina ha identificado otras consecuencias negativas de este fenómeno, y se ha logrado cierto consenso respecto de algunas de ellas. En el “Manual de Investigación de delitos de corrupción”⁶, publicado por la Fiscalía Anticorrupción de Panamá, se resumen estos puntos de la siguiente manera:

ÁMBITO	IMPACTOS
Social	<ul style="list-style-type: none"> - Promueve el aumento de la pobreza y de la exclusión por desvío de recursos; - Obstaculiza la implementación de políticas públicas que aseguren los derechos económicos sociales y culturales; y - Genera malestar e inequidad en la población, agrandando la brecha entre ricos y pobres. - Desprotección total de los ciudadanos.
Político	<ul style="list-style-type: none"> - Promueve que el acceso a la función pública se motive en apetencias de ganancias personales; - Dificulta o impide a los gobiernos implementar sus políticas públicas y la aprobación de leyes orientadas a prevenir y combatir actos de corrupción; - Debilita la confianza pública en la democracia como forma de gobierno y socava la legitimidad de los gobiernos; - Erosiona la confianza internacional en el gobierno. - Desalienta la participación ciudadana; y - Puede promover el financiamiento ilegal de partidos políticos y promover el clientelismo. - Ineficacia de los funcionarios y políticas públicas.
Económico	<ul style="list-style-type: none"> - Promueve la fuga de capitales nacionales al exterior; - Genera la disminución de recursos asignados a un área para atender necesidades de otras; - Distorsiona los ámbitos de competencia; - Distorsiona la composición del gasto público cuando los funcionarios focalizan su actividad en áreas que dejan mayores ganancias ilícitas; y - Desalienta la inversión genuina y afecta el crecimiento del país.

Pero lo males no acaban allí, la corrupción genera que sean personas poco preparadas las que terminen en puestos clave de servicio al país. Llegan primos, cuñados y tíos

⁶ Manual de investigación de delitos contra la corrupción, elaborado por la Fiscalía Anticorrupción de Panamá, Consultor, GUILLERMO, J., Editora Novo Art. S.A., Panamá, 2007.

a capitanear las instituciones económicas, sociales y políticas clave; y llenan los puestos que deberían ser ocupados por personas con trayectorias académicas excelentes. Asimismo, las obras de infraestructura no son ejecutadas de manera adecuada, los terrenos comprados no son los idóneos (son aquellos en donde puede haber trapicheo), los constructores elegidos no son los mejores (son los torcidos), los servicios requeridos por el gobierno no son los esenciales (son de despilfarro). Finalmente, el respeto por el derecho y la institucionalidad se va por el caño. La ciudadanía asimila que los procesos debidos son innecesarios. La corrupción perpetúa el subdesarrollo.

2.4.1.6. La corrupción en el Perú

La corrupción es un problema nacional. De acuerdo a la reciente encuesta realizada por Ipsos para Proética, dados los hechos del último año como el caso Odebrecht y Lava Jato, solo por mencionar los más mediáticos, la percepción de corrupción como problema nacional ha aumentado.

La última encuesta nacional urbano-rural de El Comercio-Ipsos muestra que la corrupción es el principal problema del país en la actualidad: un 57% de entrevistados lo considera así. Este primer lugar no se repetía desde el 2010, durante el segundo gobierno de Alan García.

La delincuencia y la falta de seguridad se ubican en segundo lugar con 55%. Le siguen una educación inadecuada con 31% y el desempleo y la falta de trabajo con 25%.

Guillermo Loli Rodríguez, gerente de Estudios de Opinión de Ipsos Perú, explicó que se veía venir una tendencia de crecimiento del problema de la corrupción en los últimos años. Esto por “la factura que están cobrando los recientes escándalos del Caso Odebrecht”.

El caso involucra al prófugo ex presidente Alejandro Toledo; a funcionarios del segundo gobierno aprista; al ex presidente Ollanta Humala y su esposa Nadine Heredia, ambos con prisión preventiva; y al ex presidente Pedro Pablo Kuczynski por las asesorías a Odebrecht, entre otros.

A propósito de la promesa del presidente Martín Vizcarra, respecto a que la lucha contra la corrupción será uno de los pilares de su gobierno, existen diversos documentos que plantean propuestas contra este problema.

Entre las más recientes, están las 100 recomendaciones que la Comisión Presidencial de Integridad entregó a Pedro Pablo Kuczynski en el 2016. Sin embargo, un 70% de estas recomendaciones no se ha implementado, según el seguimiento realizado después de un año por el Observatorio de Integridad, mecanismo creado por Transparencia, Proética y las universidades del Pacífico y la Pontificia Universidad Católica del Perú para hacer seguimiento al informe.

La semana pasada, Vizcarra informó que esas recomendaciones han sido absorbidas por el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, presentado recientemente por la Comisión Nacional Anticorrupción y que está pendiente de aprobación en el Consejo de Ministros. El contenido del referido plan aún no se ha hecho público.

A estos se suma el reciente Compromiso de Lima “Gobernabilidad democrática frente a la corrupción”, firmado en la VIII Cumbre de las Américas. (La Rosa Vásquez, 2018).

Asimismo, hace unos días, la Defensoría del Pueblo publicó un interesante informe para entender los defectos que tiene nuestro sistema de justicia cuando debe combatir y reducir la corrupción. En un contexto en el que el caso Odebrecht ha incrementado más la desconfianza de la población hacia las autoridades de gobierno (90% de peruanos cree que la

corrupción en el país es muy alta, según Datum), es este cuestionado Poder Judicial el que, finalmente, tendrá que juzgar y condenar a los ex funcionarios que aceptaron los sobornos de la empresa brasileña a cambio de concederle obras públicas.

Un primer dato que llama la atención es que solo menos del 1% del total de la población penitenciaria (76 mil reos) se encuentra presa por corrupción. Esto quiere decir que los miles de casos que denuncia la Contraloría no están llegando hasta la etapa de juzgamiento. Entrando al detalle de la data, de las 543 personas detenidas por estos delitos, a octubre de 2017, solo el 49% de ellas tenía sentencia. Es decir, más de la mitad cumplía prisión preventiva, una medida a la que últimamente nos tiene acostumbrados el Ministerio Público en sus requerimientos. (PERU 21, 2018).

2.4.1.7. La corrupción en el mundo

Transparencia Internacional lamentó hoy la falta de esfuerzos en el mundo para combatir la corrupción, al publicar su índice anual sobre la materia, en el que Perú aparece entre los últimos países.

En el Índice de Percepción de la Corrupción de 2017, liderado por Nueva Zelanda y Dinamarca como los países más limpios, Venezuela es el latinoamericano peor situado, en el puesto 169; mientras que Perú está al mismo nivel que Brasil, Panamá y Colombia, en el puesto 96. El que obtuvo mejor puntuación a nivel de la región fue Uruguay en el puesto 23.

Estados como Siria, que en 2018 entra en su octavo año de guerra, y Yemen, sumido desde hace tres años en una guerra civil, siguieron cayendo en la clasificación, que cierra Somalia.

A continuación, los 10 primeros Estados de la clasificación, seguidos de una selección de países y territorios puntuados entre 0 (el más corrupto) y 100 (el menos corrupto), en base a datos de organizaciones internacionales como el Banco Mundial, el Banco Africano de Desarrollo y el Foro Económico Mundial. (GESTIÓN, 2018)

1. Nueva Zelanda	(89 puntos)
2. Dinamarca	(88 puntos)
3. Finlandia, Noruega, Suiza	(85 puntos)
6. Singapur, Suecia	(84 puntos)
8. Canadá, Luxemburgo, Holanda, Reino Unido	(82 puntos)
12. Alemania	(81 puntos)
...	
16. Estados Unidos, Bélgica	(75 puntos)
23. Uruguay, Francia	(70 puntos)
26. Chile, Bután	(67 puntos)
29. Portugal, Catar, Taiwán	(63 puntos)
38. Costa Rica, Lituania	(59 puntos)
42. España, República Checa, Chipre	(57 puntos)
54. Italia, Mauricio, Eslovaquia	(50 puntos)
62. Cuba, Malasia	(47 puntos)
85. Argentina, Suazilandia, Islas Salomón, Kosovo, Benín	(39 puntos)
96. Brasil, Perú, Panamá, Colombia, Tailandia, Indonesia	(37 puntos)
112. Bolivia, El Salvador, Níger, Maldivas, Argelia	(33 puntos)
135. México, República Dominicana, Honduras, Paraguay, Rusia	(29 puntos)
143. Guatemala, Mauritania, Líbano, Kenia, Bangladés	(28 puntos)
151. Nicaragua, Uganda	(26 puntos)
169. Venezuela, Irak	(18 puntos)
180. Somalia	(09 puntos)

a. Argentina

Para quienes creen que la vigilancia sobre las actuaciones del gobierno por parte de la sociedad es un poderoso mecanismo para combatir a la corrupción y que, por lo tanto, defienden la dictación de leyes sobre transparencia y acceso a la información pública gubernamental, el Índice de Percepciones sobre la Corrupción (de la organización Transparencia Internacional) constituye la mejor demostración: los países que presentan los niveles más bajos de corrupción cuentan con leyes de acceso a la información pública, mientras que los más corruptos no tienen leyes de esta naturaleza. Desde esta perspectiva el caso argentino parece paradigmático. La República Argentina, carece de una ley federal sobre acceso a la información pública.

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

El Art. 256 del Código Penal establece la figura del cohecho pasivo referido a cualquier funcionario público y el Art. 257, referido al Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público. El tipo penal del “cohecho activo” se encuentra en el Art. 258.

El Art. 265 se refiere a las negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas de un funcionario que se interesa en miras a un beneficio propio o de un tercero en cualquier operación en que intervenga en razón de su cargo. Esta disposición es aplicable también a los árbitros, amigables compondores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales.

Argentina aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción (en adelante, CICC), por medio de la ley 24759, de 1997, que entró en vigencia el 7 de noviembre de 1997. Desde la reforma de 1994 a la Constitución, en este país, los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes (Constitución Nacional, Art. 75, inc.22). De donde surge, entonces, la necesidad de adaptar el derecho positivo argentino a lo que ha sido legislado como delito en el marco de la CICC. Es el caso del delito tipificado de soborno transnacional (Art. VIII de la CICC6). No existía en el Código Penal argentino y fue incorporado a él, en el Artículo 258 bis, a través de la ley 25188, sobre Ética de la Función Pública.

Tratándose del delito de enriquecimiento ilícito (Art. IX de la CICC), en cambio, al momento de suscribir la Convención, el Estado argentino ya contaba en su legislación interna con un tipo penal que describía una conducta similar a la descrita por aquella. Sin embargo, la misma ley 25188 que tipificó el soborno transnacional incluyó una leve reforma a aquel tipo penal y adicionó otros dos, relacionados (Art. 268, del Código Penal).

La CICC también establece la creación, la mantención y el fortalecimiento de órganos de control superior que desarrollen mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas (Art. III, Pto. 9). La República Argentina cuenta para ello con la Oficina Anticorrupción, la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, la Unidad de Información Financiera, la Sindicatura General de la Nación, la Auditoría General de la Nación y la Comisión Nacional de Ética Pública.

b. España

No existe en el orden jurídico español una definición única de corrupción respecto a los funcionarios públicos sino más bien se logra la especificidad de esta noción, desde

el punto de vista jurídico, a través de la tipificación de diversas infracciones en el Código Penal español de 1995. Los Artículos 419 a 427 tratan de la corrupción pasiva y activa de las autoridades y de los funcionarios públicos - definidos en el Artículo 24 del mismo Código¹⁸ - a través de la determinación del delito de cohecho. Los Artículos 428 a 431 se refieren al tráfico de influencia.

El Artículo 445 se refiere a los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Los Artículos 404 a 406 acotan el delito de prevaricación y otros comportamientos injustos y el Artículo 442, el mal uso de información reservada. Los Artículos 432 a 435, la malversación de fondos públicos.

Los Artículos 436 a 438, los fraudes y exacciones ilegales. Los Artículos 439 a 441 penalizan las negociaciones y las actividades prohibidas a los funcionarios públicos y sus abusos en el ejercicio de su función y los Artículos 506 a 508, la usurpación de funciones.

La presión social, como resultado de la revelación de los grandes casos de corrupción de los años 90, en España, condujo a la adopción de muchas medidas conducentes a hacer frente a este fenómeno. La más relevante entre ellas, la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción - conocida actualmente como la Fiscalía Anticorrupción, que inició sus actividades a comienzos de 1996.

Este organismo forma parte del Ministerio Público español con el cual comparte diversas características, en especial la amplia base legal de sus actividades, conforme al Art. 124 de la Constitución y al Estatuto del Ministerio Público. Mantiene un carácter pluridisciplinario, lo que lo distingue de otras fiscalías, apoyándose en las unidades especializadas que han sido destacadas por el Fisco (tres inspectores y seis inspectores adjuntos), por la Unidad de Apoyo de la Inspección Administrativa General de la Función Pública (dos inspectores y tres administradores) y por la Guardia Civil o Gendarmería y la Policía Nacional o Policía Judicial (25 oficiales).

c. Francia

La legislación francesa que incrimina a la corrupción es considerada muy desarrollada. Ella no cubre solamente las infracciones tradicionales de corrupción activa y pasiva (coimas), sino que también se aplica a situaciones que pueden ser calificadas como sus precursoras. Las primeras se encuentran en el Capítulo II: Atentados contra la Administración Pública cometidos por personas que ejercen una función pública, del Título III: Atentados contra la Autoridad del Estado, correspondientes al Libro Cuarto del Código Penal: Crímenes y Delitos contra la Nación, el Estado y la Paz Pública. La corrupción en el sistema del Código Penal francés supone – conforme estima la doctrina – por su naturaleza misma, dos hechos principales entre los cuales uno no podría ser considerado como accesorio del otro puesto que cada uno de los dos agentes que concurren a la infracción - uno corrompiendo y el otro dejándose corromper – juega un rol igual y singularmente calificado. De esto se sigue que la corrupción pasiva prevista en el Artículo 432-11 - por la cual las personas depositarias de la autoridad pública, encargadas de una misión de servicio público o investidas de un mandato electivo.

El Código Penal francés – refundido en 1994 – considera también la corrupción activa y pasiva de los magistrados, jurados, árbitros, expertos, conciliadores etc. (Art. 434-9); el soborno de testigos, expertos e intérpretes (Art. 434-15-19-21). Asimismo, castiga - en relación con las personas depositarias de la autoridad pública o encargadas de una misión de servicio público - la concusión, es decir, el hecho que reciban o exijan a título de derechos o contribuciones, impuestos o tasas públicas una suma que ellas saben no es debida o que excede lo debido (Art. 432-10); el cobro ilegal de intereses (Arts. 432.12 y 432.13), y la concesión de ventajas injustificadas o favoritismo (Art. 432-14); la corrupción activa y pasiva de un funcionario comunitario, de un funcionario nacional de otro Estado miembro y de los miembros de las instituciones de las comunidades (Arts. 435.2 y 435.1); la corrupción activa de un agente público extranjero en las transacciones comerciales internacionales (Arts. 435-3 y 435-4). El Código de

Aduanas contiene disposiciones especiales que se refieren a la corrupción de los agentes aduaneros (Art. 59).

Además de aquellos órganos tradicionales como los tribunales administrativos y judiciales, la magistratura, las autoridades policiales (policía nacional y gendarmería nacional) y los mecanismos administrativos generales.

Francia cuenta con tres servicios especializados que intervienen en la lucha contra la corrupción: el Servicio Central de Prevención de la Corrupción (SCPC), la Misión Interministerial de investigación sobre los contratos y los acuerdos de delegación de servicio público (MIEM) y la Comisión sobre la transparencia de la vida política.

d. México

Entre los Artículos 212 y 227, el Código Penal de México establece las figuras de los delitos de corrupción atribuibles a los servidores públicos (denominación conforme con la nomenclatura constitucional). Los servidores públicos están definidos en el Artículo 212 y los tipos de delitos en el Título Décimo: Delitos cometidos por Servidores Públicos y en el Título Décimo Primero: Delitos cometidos contra la administración de justicia. Entre los delitos se encuentran el ejercicio indebido del servicio público (Art. 214), el abuso de autoridad y la desaparición forzada de personas realizada por un servidor público (Art. 215), la coalición de servidores públicos para tomar medidas contrarias a una ley o reglamento, o para impedir su ejecución (Art. 216), el uso indebido o abusivo de atribuciones y facultades (Arts. 217 y 220), la concusión (Art. 218), la intimidación (Art. 219), el tráfico de influencia (Art. 221), los cohechos activo y pasivo y el realizado ante servidores públicos extranjeros (Arts. 222 y 222 bis), el peculado (Art. 223) y el enriquecimiento ilícito (Art. 224). El Artículo 225 detalla y castiga diversas infracciones que pueden cometer los jueces en el ejercicio de sus funciones. Por último, el Artículo 226 penaliza el empleo de la violencia por un servidor público para hacer efectivo un derecho o un pretendido derecho.

La Comisión Intersecretarial para la Transparencia y el Combate a la Corrupción, creada en diciembre de 2000, incluyó dentro su marco regulatorio a la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, de 13 de marzo de 2002, con su instrumento de aplicación, el Oficio-Circular de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo por el que se dio a conocer el Código de Ética de los Servidores Públicos de la Administración Pública Federal, de 31 de julio de 2002, y a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, de 12 de junio de 2002. (ARRAU C., 2003).

2.4.1.8. El plan de lucha contra la corrupción⁷

La relación pobreza y corrupción se advierte claramente en el robo o la utilización clientelista de los fondos públicos destinados al gasto social. La historia del Perú demuestra que los comportamientos corruptos siempre han estado presentes; los cuales en los últimos años se han evidenciado más. Así, las consecuencias que en la esfera mundial y en la nacional, en particular, acarrea la corrupción son nefastas, es por ello que el Estado peruano al asumir un compromiso de elaboración de un Plan Nacional de Lucha contra la corrupción, debe hacerlo considerándolo fundamental y urgente.

⁷ Alonso Casaverde Mendoza, en su Tesis para obtener el Título de Abogado, denominada, “*LA FLAGRANCIA EN EL DELITO DE COHECHO PASIVO EN LA MODALIDAD DE SOLICITAR Y SU CONSUMACIÓN EN BASE A LAS REGLAS DEL DELITO CONTINUADO*” UNP, Pág. 28-31.

Hemos venido señalando que la corrupción como fenómeno multidisciplinario tiene efectos negativos, pero su impacto es mayor en los países en desarrollo, como el nuestro, en donde constituye el mayor obstáculo para la economía.

Los estudios sobre el impacto económico de la corrupción desarrollados en los últimos 10 años, revelan cada vez más el efecto negativo que acarrea, como la relación directa entre el costo financiero del dinero, la corrupción y el incentivo negativo de las empresas que operan en mercados de alta evasión impositiva, como ocurre en la mayoría de los países de la región.

La corrupción es uno de los mayores desafíos de nuestra época, un desafío que debe y puede ser enfrentado. Lo importante es dar un cambio profundo e instaurar una política integral y de estado que le haga frente y no caer en discursos líricos y oportunistas. Existe un amplio reconocimiento de que los cambios fundamentales y duraderos en prácticas y actitudes solo pueden obtenerse reuniendo los esfuerzos y energías de todos los componentes del Estado y de la sociedad civil.

Los Estados latinoamericanos, y el caso peruano en particular, hemos atravesado a lo largo, dos procesos que han marcado profundamente nuestra evolución histórica; uno de ellos es la transición hacia la democracia, tras largos años de dictaduras militares y al mismo tiempo se dio la transición hacia economías de mercado y libre comercio que buscaban reemplazar las propuestas de industrialización por sustitución de importaciones y el mercado intervencionismo estatal.

Sobre esa línea es que tanto las instituciones públicas como las formas organizadas de la sociedad civil se vieron involucradas en este doble proceso y terminaron por descubrir que las condiciones imperantes en el escenario debían de cambiar. Surgió así un nuevo tipo de sensibilidad hacia ciertos fenómenos. Tal fue el caso de la corrupción que alcanzó dimensiones alarmantes bajo los gobiernos dictatoriales dada la discrecionalidad de las autoridades, la falta de una prensa libre, la inexistencia de oposición fiscalizadora y la presencia obstaculizante del Estado en todas las actividades de las economías nacionales.

La corrupción empezó así a dejar de ser un elemento aceptado tácitamente como normal dentro del funcionamiento de los Estados latinoamericanos y pasó a ser considerado un problema. En la actualidad, los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales, la opinión pública en general intercambian, producen y exhiben información y denuncias en tomo a los fenómenos, gracias al entorno imperantes en la actualidad.

Es por ello que el Perú de este nuevo milenio, ha entendido que crear una atmósfera de lucha contra la corrupción, un cambio global se institucionalice la lucha, hará que las generaciones venideras vivan en un país mucho más viable y nada desfigurado como el que nos ha tocado vivir a nosotros.

Es por ello que la creación de este Proyecto de Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción y la fundamentación del mismo se endereza hacia la obtención de mejores niveles de buen gobierno y “accountability” piezas fundamentales para poder lograr nuestra meta, de ahí que factores como la transparencia, la ética en la gestión pública, la imparcialidad y la objetividad en la Administración Pública son elementos de trabajo fundamentales en la prosecución y en la permanencia de la política de Estado.

2.4.2. El delito de peculado

2.4.2.1. Generalidades

El peculado es uno de los más antiguos delitos de función que conoce la historia del derecho penal. Fue severamente castigado en el derecho ateniense y romano. En este último se llegó a distinguir el peculado por sustracción, retención y uso, el peculado de dinero sagrado y de los dineros públicos. Inclusive se reguló y castigo hasta con pena de muerte el peculado de los jueces que durante su administración sustrajeran caudales públicos, extendiéndose la sanción a quienes les prestaran ayuda o a sabiendas recibirán las cantidades sustraídas.

El vocablo *peculado* es una palabra compuesta que deriva de dos voces latinas *pecus* (ganado) y *latus* (hurto), que forman la palabra *peculatus*. El ganado, que era el bien máspreciado, servía de medio de cambio en la Roma monárquica y republicana y definía el estatus socioeconómico y hasta político del ciudadano romano.

La figura penal de peculado ha evolucionado a través del tiempo, con el desarrollo y la complejidad de la función pública, lo que no pasó desapercibido para las construcciones normativas que para el siglo XX tenían regulado ya una serie sus modalidades.

En todo delito de manejo de recursos públicos el concepto “**patrimonio público**” constituye un factor clave y decisivo, para precisar el bien jurídico y, por lo mismo, el ámbito posible de extensión de la tutela penal.

El derecho penal trabaja en este campo con una noción propia de patrimonio que ha evolucionado de un restrictivo concepto fiscal, pasando por el de denotación pública (bienes del gobierno central, organismos autónomos, gobiernos regionales y municipales) hasta llegar a un concepto funcional de patrimonio público, con el cual se abarca todos los bienes que se hallen bajo propiedad o administración del sector público, con el que se comprende también a los bienes de particulares que en el momento de la comisión del delito se encuentren bajo posesión o administración del sector público, sin que se requiera siquiera analizar en este punto la posibilidad de que efectivamente pasen a propiedad del Estado, por cuanto el sujeto público, una vez que dichos bienes de origen particular han ingresado legítimamente a su esfera de administración, se halla en posesión oficial de garante con respecto a ellos y por lo mismo, si se los apropia, cometerá peculado y no un delito patrimonial común. (FIDEL ROJAS, 2016).

2.4.2.2. Evolución legislativa

El art. 387° del Código Penal tipificaba (con la reforma que hubo en el año 1993, a través de la Ley Nro. 26198), en su Capítulo II, Sección III, el delito de peculado quedó de la siguiente manera:

“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 dos ni mayor de ocho 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 la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectuó por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o

programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años”.

Sin embargo, hubo en el Perú una reforma integral del delito de peculado en el Código Penal Peruano, a través de la Ley Nro. 29703 de fecha 09 de junio del 2011, en la que dicho delito quedó redactado de la siguiente manera:

“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, o consiente que un tercero se apropie o utilice 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 dos 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.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o programas de desarrollo o apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años”.

Ahora bien, luego de un breve tiempo se produjo otra nueva modificación a través de la Ley Nro. 29758 de fecha 21 de julio de 2011, y quedó redactado el delito de peculado en los siguientes términos:

“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 a 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 mayor de ocho ni mayor de doce años.

Si el agente, por culpa da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

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 tres ni mayor de cinco años”. (REATEGUI SANCHEZ, 2015)

2.4.2.3. Definición

En la doctrina mayoritaria se considera que los delitos contra la administración pública son delitos de infracción al deber, pues no es el dominio del hecho el presupuesto fundamental para imputar responsabilidad penal – en este tipo de delitos -, sino que esta requiere de la vulneración de un deber especial extrapenal. Es de señalar que los delitos de infracción de deber se desarrollan en el injusto penal y la vulneración de la obligación, entendida como deber especial surgido fuera de la norma penal, es la que origina tal calificación, como punto central de referencia típica, con calidad de autor. En efecto, toda persona que posee un deber especial debe orientar su actuación a evitar lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos puestos a su

disposición por razón de su cargo, pues existe una vinculación institucional con el bien y concurre un deber solidario de protección. (SAAVEDRA MONTELLANOS, 2016)

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 confiados por razón del cargo que desempeñan al interior de la administración pública (...).

Entiéndase de igual forma al peculado culposo 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 (intrañeus o extrañeus) se apropie o los sustraiga de la esfera interna de la Administración pública, quebrantando los deberes específicos de garantía que es objeto de acriminación por parte del legislador. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016).

2.4.2.4. Bien jurídico protegido

Es común, en la doctrina, considerar que el bien jurídico protegido general es el correcto desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública.

En cuanto al bien jurídico específico o particular que se pretende proteger con la tipificación del delito de peculado, existe vivo y nada pacífico debate doctrinario. Se identifica tres posiciones bien definidas: la primera que considera que se protege el patrimonio del Estado, la segunda sostiene que se protege el regular ejercicio de las funciones del funcionario o servidor público y la última que sostiene que el delito de peculado es pluriofensivo, toda vez que busca garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad a la que están obligados los funcionarios y servidores. Incluso esta posición se ha traducido en jurisprudencia vinculante. En efecto, en el Acuerdo Plenario 4-2005 del 30 de setiembre de 2005, se prescribe que el peculado es un delito pluriofensivo, en el cual establece; “el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad o probidad”. (SALINAS SICCHA R. , Delitos contra la Administración Pública, 2011).

2.4.2.5. Tipicidad objetiva

a. Sujeto activo

Conforme la estructura normativa del artículo 387 del CP, la calidad de autor solo puede tenerla el funcionario o servidor público, constituye un delito especial propio, característico de los injustos funcionariales, cerrando el círculo de sujeto activo a aquellos que en razón de la actuación funcional se apropian o utilizan caudales o efectos, cuya administración, percepción o administración le estén confiados en mérito al cargo.

No es suficiente que se identifique a un sujeto que ostente la investidura funcional, pues debe verificarse que la conducta típica haya tomado lugar “por razón de su cargo”; si el agente solo detenta la condición de servidor público y así ingresa a la oficina de otro empleado público y sustrae todo el sistema de cómputo, no será autor del delito de peculado sino de hurto simple, al no ser custodio del objeto material del delito.

Hablamos, por tanto, de una relación de “garante por asunción de deberes funcionales”, lo que implica que el delito – in ius – puede tomar lugar tanto en su modalidad comisiva como omisiva. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016).

b. Sujeto pasivo

Es el Estado como titular y dueño del patrimonio que administran, custodian o perciben los funcionarios o servidores públicos en razón del cargo funcional; y de forma mediata los comunitarios como naturales destinatarios de los fondos públicos que son apropiados indebidamente por los intraneus. La representatividad de dicha entidad es asumida por la Procuraduría Pública Anticorrupción conforme al contenido del art. 46 del Reglamento del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, con excepción de aquellos casos en que “[...] la notitia criminal surja en razón a la intervención realizada por la Contraloría General de la República [...]”, supuesto en el cual se legitima la intervención de la Procuraduría Pública de dicha entidad, ello según lo establece también el mismo artículo del D.S. N.º 017-2008-JUS. (DÍAZ LAZO, 2016).

2.4.2.6. Objeto material del delito: los caudales o efectos.

Se enumera en la descripción típica como objeto material, a “caudales y efectos”, el sustrato material, cuya definición conceptual debe ir concatenada con los verbos típicos empleados en el tipo penal, esto es, “apropiar y utilizar”, en el sentido de que dichos objetos sean susceptibles de aprehensión y de desplazamiento de un lugar a otro, entendiéndose que la configuración del delito de peculado supone la sustracción del bien de la esfera de custodia de la administración. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, pág. 346)

Respecto a la definición de caudales y efectos, en opinión de SALINAS SICCHA, (2014), “Se entiende por caudales a toda clase de bienes en general, con la única exigencia de que estén dotados de valor económico. Mientras que efectos son todo tipo de documentos de crédito negociables susceptibles de ser incluidos en el tráfico comercial, emitidos por la administración pública como sellos, estampillas y bonos” (pág. 326 y 327).

El autor antes citado se adhiere a la posición esgrimida por Manuel Abanto, estimando como perfectamente posible que la acción del delito recaiga sobre bienes inmuebles y proponiendo como ejemplo concreto el empleo de un local perteneciente al Estado para fines particulares. (ABANTO, 2003)

Asimismo, nuestro Tribunal Supremo ha concertado las concepciones vertidas en el contenido del Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, del 30 de setiembre del 2005, que aporta una definición de caudales y efectos indicando que “los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

Un tema importante es el momento en el cual los bienes pasan a ser considerados como patrimonio público, carácter que, en la discusión dogmática, varía según se prefiera la teoría de la incorporación o la del destino. Sobre ello Reátegui Sánchez, (2014) precisa lo siguiente:

“[...] Para la primera teoría, los bienes serán públicos cuando hayan sido incorporados efectivamente al tesoro público, es decir, que hayan sido ingresados en un modo formal en el inventario de los bienes. En cambio, en la segunda teoría, un bien será público a partir del momento en que se encuentre destinado a ingresar en el tesoro público [...]” (pág. 1088).

En tal sentido, nuestra jurisprudencia ha asumido la segunda de dichas posiciones, en la medida en que la asunción del carácter de caudal o efecto público no requiere de una incorporación formal a la administración estatal, bastando el destino o la adscripción de los bienes a un fin público, en tanto la administración mantenga una condición expectante sobre ellos motiva en una recepción funcional. (DÍAZ LAZO, 2016).

2.4.2.7. La percepción, custodia y administración de los bienes deben estar confiados en “razón del cargo”.

Acreditar la relación funcionarial entre el funcionario y el objeto material del delito resulta trascendental en la labor hermenéutica, cuya ausencia determina la atipicidad objetiva de la conducta; es la relación funcionarial la que construye la calidad de garante, así como la infracción de los deberes inherentes al cargo.

Se sostiene que lo decisivo es el quebranto de la confianza del vínculo que unía al funcionario con los caudales o efectos confiados; supone la ruptura de la relación de fomento, protección y garantía, base esencial de los deberes que asume el funcionario cuando se convierte en garante de dichos bienes, el cual también se manifiesta cuando toma lugar el peculado por utilización. Una confianza cuyos contornos de materialidad típica exigen más que una mera desatención, necesita de un verdadero quiebre, propuesto en un contenido de desvalor significativo.

Dicho lo anterior, lo que nos interesa apreciar a continuación son las formas de posesión que la norma exige para que el agente esté vinculado directa o indirectamente con los bienes públicos y a partir de las cuales desarrollará actos de apropiación o utilización.

a. Percepción

Significa la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita (del tesoro, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, etc.) y que ingresan o pasan a integrar el patrimonio del Estado asigna bienes en razón de sus cargos, como los que recaudan, del ámbito externo a la administración pública, contribuciones, rentas o impuestos que ingresan a los fondos públicos.

La Ejecutoria Suprema del 6 de enero de 2003 presenta un caso real en el cual un recaudador perfecciona el delito de peculado. En efecto, allí se considera que “de las pruebas actuadas, se tiene que el citado encausado desde su ingreso a la administración de Emapa se ha desempeñado como recaudador de los recibos de consumo de agua potable, realizando labores propias de un servidor público, percibiendo para ello un sueldo de dicha condición, [...]; se acredita además la consumación del delito de peculado doloso cuando el recaudador estando en la obligación de controlar que el dinero cobrado ingrese a los fondos de la empresa, y no solo de entregárselos al administrador sin recabar documento alguno que acredite la entrega, permitió que el administrador de la empresa se apropie del dinero recaudado.

b. Administrar

Significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas.

La administración de los caudales o efectos por parte del agente tiene implícita vinculación funcional, comprendiendo tantas relaciones directas con el bien público o relaciones mediatas por las que sin la necesidad de entrar en contacto con los bienes puede en funcionario o servidor público disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego, por ejemplo.

c. Custodiar

El mismo que se traduce en actos de protección, conservación y vigilancia de los caudales o efectos públicos por parte del funcionario o recaudador público. Debe haber

custodia funcional entre el agente y el bien público, por lo que es imposible una simple custodia ocasional o coyuntural.

(ABANTO, 2003); siguiendo al argentino Carlos Creus y al español Muñoz Conde, grafica este último aspecto con los siguientes ejemplos: no es sujeto activo el policía que vigila el local donde están los bienes públicos y procede a sustraerlos; tampoco constituye autor de peculado doloso el empleado que embala los bienes por orden del administrador y en tales circunstancias procede a apropiárselos. (Pág. 353)

Estos tres aspectos han sido resumidos como doctrina jurisprudencial en el Acuerdo Plenario N° 4/2005, en los siguientes términos: la percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción, y la custodia, que importa la típica posesión que incluye la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales o efectos públicos. (SALINAS SICCHA R. , Delitos contra la Administración Pública, 2011).

2.4.2.8. Modalidades delictivas

En el tipo penal de peculado previsto en el artículo 387° del CP, ha prescrito que los verbos rectores del delito son *apropiar* y *utilizar*, extendidas tanto *peculado por apropiación* y *peculado por utilización*.

a. Peculado por apropiación

Se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia, o hace suyo los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. El agente obra con *animus rem sibi habendi*. El beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o en su caso como un tercero que como veremos, puede ser tanto un funcionario o un servidor público como una persona ajena a la administración. (SALINAS SICCHA R. , Delitos contra la Administración Pública, 2011)

Esta modalidad delictiva, a diferencia de la sustracción, supone que el sujeto activo del delito posee ya consigo el bien o caudal del cual entra en disposición personal, contraviniendo sus deberes funcionales. En consecuencia, este supuesto delictivo estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos o, como la jurisprudencia lo señala, consiste en un acto de desplazamiento de los bienes.

Por su parte, ABANTO VÁSQUEZ señala que la apropiación es algo más que la simple sustracción, pues entiende que apropiar implica disponer de la cosa como si fuera el dueño; por lo tanto, la conducta del funcionario peculador debe entenderse como una *apropiación sui generis*, puesto que él no sustrae los bienes, ellos ya estaban en su poder de disposición en función de su cargo. En esta modalidad delictiva, el sujeto simplemente no administra los bienes destinándolos a la función pública para la que estaban destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio patrimonio.

Por otro lado, es de señalar que, en esta modalidad delictiva, el sujeto muestra una decisión negativa – tácita o expresa – de devolver lo percibido, custodiado, o lo que se tiene en administración. Esta negativa tiene su origen porque el sujeto se niega a entregar el bien, caudales o efectos sin justificación alguna o simplemente porque le es imposible entregar o devolver al haber dispuesto de ellos. Respecto a la “negativa” mencionada, es de señalarse que no es un elemento típico del delito de peculado; por lo tanto, no es relevante para efectos de la

consumación: simplemente demuestra el *animus rem sibi abendi* del funcionario o servidor público.

b. Peculado por utilización

La modalidad de peculado por utilización constituye el acto de aprovechamiento de las bondades que permite el bien, caudales o efectos estatales, sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. En esta modalidad, el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los mismos.

En este supuesto, el agente no tiene el *animus* o propósito de adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio.

Para que se configure este supuesto, se debe realizar una previa separación del bien de la esfera pública de custodia, así lo establece la jurisprudencia al señalar que “la modalidad de peculado por distracción o utilización implica una separación del bien de la esfera pública y una aplicación privada temporal del mismo sin consumirlo para regresarlo luego a la esfera pública, lo que no es posible tratándose de dinero”⁸

El funcionario no busca actuar como propietario, sino que su finalidad está dirigida a servirse de dichos caudales o efectos mediante su uso. Pero esta modalidad no es aplicable en los supuestos de dinero – como ya se mencionó en la jurisprudencia antes citada –, porque en este caso la sola utilización de dicho dinero ya implicaría de por sí apropiación. En este punto, precisa SOLER que por eso puede afirmarse que la sustracción de dinero consume siempre el peculado, aun cuando sea hecha con propósitos de restitución y aunque efectivamente se les restituya. (SAAVEDRA MONTELLANOS, 2016)

Aquí es necesario hacer la siguiente precisión: en el artículo 388° del Código Penal encontramos el peculado de uso que muchos podemos pensar que es idéntico al peculado en su modalidad de utilizar del artículo 387° del Código Penal; sin embargo, la diferencia salta con la sola lectura de ambos tipos penales. En efecto, en el artículo 387° se refiere a utilizar efectos o caudales públicos en tanto que el artículo 388° se refiere a usar vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública. En consecuencia, se aplicará el artículo 387° siempre que los bienes públicos no estén representados por los instrumentos de trabajo de la administración. Si estos son el objeto del delito, se aplicará el artículo 388°. (SALINAS SICCHA R., Delitos contra la Administración Pública, 2011).

2.4.2.9. El perjuicio patrimonial

Como señala Salinas Siccha (2011); “(...) *para configurarse el delito de peculado es necesario que, con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, por parte del agente, se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal.* (pág. 303).

Respecto en la jurisprudencia no ha sido pacífica la toma de posición respecto de si es necesario apreciar un perjuicio económico o patrimonial efectivo a los fondos públicos estatales y si dicho perjuicio debe ascender a cierta cantidad pecuniaria⁹.

⁸ SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Sr. César SAN MARTÍN CASTRO), *Recurso de Nulidad N° 3632-2004-Arequipa*, Lima: 20 de setiembre del 2005, en SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, Lima: Palestra, 2006, p. 619.

⁹ Cfr. CHANJAN DOCUMET, Rafael, “El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. Análisis dogmático sobre la base los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia”, en MONTOYA VIVANCO, Yván (ed.), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Lima: IDEHPUCP, 2009, p. 119 y ss.

Sin embargo, en la doctrina se ha señalado que para la configuración de este injusto penal es necesario que se cause un perjuicio al patrimonio del Estado.

Al respecto, por nuestra parte consideramos que sí se debe acreditar un perjuicio, aunque de la lectura del tipo penal no se exige dicha medida, pero este perjuicio no debe ser entendido en sentido estrictamente patrimonialista, sino, por el contrario, debe entenderse como la imposibilidad de disponer de dicho bien por parte de la administración pública.

2.4.2.10. La no relevancia de la cuantía del perjuicio patrimonial

El tipo penal de Peculado, estipulado en el artículo 387° del Código Penal, no hace referencia a cuantía alguna. Para nuestro sistema penal, así el perjuicio ocasionado al Estado sea mínimo, igual se configura el Delito de Peculado (SALINAS SICCHA R. , Delitos Contra la Administración Pública, 2009), y así lo tiene establecido la jurisprudencia, conforme se puede evidenciar de la Ejecutoria Suprema de fecha 13 de enero del 2004, en la cual se establece que: *“En nuestra legislación penal, en los delitos cometidos por funcionarios públicos – peculado – no se requiere establecer la naturaleza penal de los hechos en vía extrapenal, ya que en estos delitos no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, configurándose este cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio y realizados por funcionario o servidores públicos¹⁰”*.

Asimismo, en ese punto debe considerarse que el artículo 387° del Código Penal prevé también que el peculado será agravado y, por tanto, el autor será merecedor de mayor pena cuando se apropie o utilice bienes públicos destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o ayuda social. Aquí, el mayor injusto penal está en el mayor daño que la conducta puede causar a los beneficiarios.

En atención a lo antes expuesto y bajo una estricta observancia del Principio de Legalidad, y bajo la consideración de que los Delitos contra la Administración Pública son delitos de infracción del deber, podemos concluir que en el Delito de Peculado no existe cuantía mínima para que en función a ello, se pueda llegar a determinar si en un caso en concreto estamos frente a un delito o a una falta, a diferencia de lo que ocurre en los Delitos contra el patrimonio, situación que consideramos adecuada, pues debido a la situación actual por la cual se encuentra atravesando nuestro país, debido al alto índice de comisión de delitos contra la Administración Pública, es necesario que nuestro gobierno, adopte como política frontal de lucha contra la corrupción, un mayor reproche penal frente a estas conductas, pues tan corrupto es aquel que se apropia de diez soles como aquel que se apropia de diez millones; aspecto que solo debe ser tomado en cuenta por el Juez al momento de individualizar o determinar la pena a imponer al acusado luego del debido proceso penal; cuanto y más, si como hemos señalado el bien jurídico protegido en los Delitos contra la Administración Pública es el correcto funcionamiento del aparato estatal, pues del mismo podemos apreciar que no hace una distinción con la finalidad de lograr dicho objetivo, en base a la cuantía.

2.4.2.11. El destinatario: para sí o para otro

Otro elemento objetivo del delito de peculado lo constituye el destinatario de los bienes públicos objeto de apropiación o el destinatario del usufructo de los bienes del Estado objeto de utilización. El beneficiario o destinatario puede ser el propio agente de la apropiación o utilización, así como un tercero identificado en el tipo penal como “para otro” que bien puede ser una persona jurídica o particular u otro funcionario o servidor público. Se entiende que el otro no debe haber participado en el hecho mismo de apropiación o utilización, caso en el cual será

¹⁰ Exp. N° 3682-2002-La Libertad. En: SAN MARTÍN CASTRO, César, Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema, Palestra, Lima, 2006, p. 738.

coautor del hecho y de modo alguno representaría “el otro” a que se refiere el tipo penal. (SALINAS SICCHA R. , Delitos contra la Administración Pública, 2011)

La expresión *para otro* nos permite entender que ese dinero o caudal del que se apropia el funcionario (el que consume el delito) va a ser trasladado a terceras personas. Dicho término (para otro) no quiere decir que esté dirigido a su esposa o a sus hijos, sino que está pensando para una persona que se encuentra más allá del ámbito personal o familiar del funcionario público. De apropiarse de los bienes o caudales para dárselos a ellos (familiares), dichos bienes o caudales se mantendrían aún bajo su propio ámbito de definición, no se estaría configurando la figura “para el otro”. *Para otro* ha sido una designación colocada en el tipo penal sin que ello lo convierta en un elemento normativo. El término se utiliza cuando el funcionario se apropia de los caudales para desplazarlos desde su ámbito de dominio -ilegal, por cierto- a terceras personas, las cuales pueden ser tanto personas físicas o naturales, así como instituciones o personas jurídicas (empresas, grupos políticos, partidos, credos religiosos, instituciones diversas, etc.). Dicho destinatario fáctico ha sido colocado por el legislador para entender que el peculado puede también comprender hipótesis de mayor complejidad, en las cuales ese “otro”, puede ser un receptor, un cómplice o incluso un participante inocuo.

El rol cumplido por el tercero beneficiado con la consumación del peculado puede llegar a admitir las siguientes lecturas:

- a) Se trata de un ***cómplice primario o secundario***, si es que ha contribuido con aportes ejecutivos a la concreción del delito;
- b) Es un ***inductor***, en el caso de comprobarse que determinó al funcionario o servidor público a apropiarse de los fondos que estaban destinados para él;
- c) Se trata de un ***receptor***, de haber recibido, guardado o negociado los bienes con conocimiento o presunción de que estos proceden de la comisión del delito de peculado; o
- d) Es un ***beneficiario penalmente*** irrelevante si desconoce el origen o la procedencia del caudal público.

El delito es eminentemente doloso, lo que descarta como hecho penalmente relevantes apropiaciones por descuidos, imprudencias o confusiones, muy frecuentes en zonas en las cuales acceden al ejercicio de la función pública personas no necesariamente poseedoras de conocimiento sobre manejo y gestión del sector público (por ejemplo, alcaldes de distritos alejados de los grandes centros poblados). (Rojas Vargas , 2017)

2.4.2.12. Tipicidad subjetiva

El elemento subjetivo del delito en análisis – de apropiación y utilización – es esencialmente doloso por cuanto exige del funcionario o servidor público que sus actos sean cometidos con conocimiento de que los bienes que se apropia y utiliza voluntariamente son de pertenencia pública.

ROJAS VARGAS, señala que, en este tipo penal, al no exigir ningún propósito especial o la presencia de algún reforzante subjetivo, el dolo requerido en este injusto es el dolo eventual. Sin embargo, en la doctrina nacional SALINAS SICCHA y ABANTO VÁSQUEZ niegan la posibilidad de admitir el dolo eventual y ambos señalan – en total oposición a ROJAS VARGAS – que aparte del dolo se exige un elemento adicional consistente en el ánimo de lucro, a tal punto que sostienen que, si no presenta este elemento subjetivo, no se configura el delito de peculado. Por su parte, SALINAS SICCHA refuerza su postura al mencionar una jurisprudencia lo siguiente:

“No constituye delito de peculado la conducta del imputado, quien en su calidad de director de un centro educativo y con conocimiento de la asociación de padres de familia, realizó un préstamo de calaminas donadas al colegio a un grupo de padres para

guarecerse de las lluvias, quienes las devolvieron posteriormente, en tanto no existe apropiación ni utilización de los bienes ni un móvil de lucro”.

Por nuestra parte, consideramos que el delito de peculado no exige ningún elemento adicional al dolo, pues basta leer el tipo penal para darnos cuenta de ello. La jurisprudencia antes citada, si bien exime de responsabilidad al agente, no lo hace porque no existe el ánimo de lucro, sino por la concurrencia de una causa de justificación. (SAAVEDRA MONTELLANOS, 2016).

En ese sentido, el dolo consiste en el conocimiento del carácter de bien público y de la relación funcional, así como la intención de apropiarse o dar uso privado a los bienes. Precisamente, este animo especial sirve como criterio de distinción entre una u otra modalidad. Por eso no es posible el dolo eventual a diferencia del tipo argentino, sino solamente el dolo directo. El elemento subjetivo del dolo está dirigido al conocimiento del carácter público de los bienes de los que se apropia el funcionario o servidor público, conocimiento que no lo determina a no disponer de dichos bienes.

a. Consumación

Al ser un delito de resultado, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir cuando este incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal. En la segunda modalidad, a través de la utilización o uso de caudal o efecto.

Desde el momento que se produce la apropiación o el inicio de la utilización de los bienes públicos en propio beneficio del agente o de tercero, en forma automática se produce un perjuicio al sujeto pasivo del delito.

Cuando el bien está destinado a un tercero, el delito de peculado se consuma en el momento que el agente se apropia, no siendo necesario que el tercero reciba el bien público. Si en el caso concreto, el tercero llega a recibir el bien público ya estaremos en la fase de agotamiento del delito.

Aquí resulta interesante citar el razonamiento efectuado por el Tribunal Constitucional al resolver el hábeas corpus interpuesto por Luis Bedoya de Vivanco, quien alegaba que no podía ser sancionado como cómplice del delito de peculado cometido por Montesinos, debido que la recepción de fondos públicos por su parte fue posterior a la consumación del delito. El Tribunal Constitucional sentenció que *“la consumación del delito de peculado se da, en el presente caso, cuando Vladimiro Montesinos Torres hace entrega de los caudales públicos al recurrente, momento en que ellos salen de la esfera de dominio estatal, consumándose, así el peculado.*

Por otro lado, aun cuando ello es obvio, la devolución de los caudales o efectos apropiados, es irrelevante para efectos de la consumación. En similares términos, se ha pronunciado el Supremo Tribunal del 4 de junio de 2002. En efecto allí se estableció que “...la devolución del dinero no enerva la presunta comisión del delito de peculado por apropiación que ya se ha consumado con la entrega del dinero...”.

Aquí nos parece importante dejar establecido que tampoco la devolución de los caudales o efectos apropiados pueden servir como circunstancia de exclusión de necesidad de pena. Tal supuesto no está previsto en la legislación nacional ni puede asumirse en delitos de tanta gravedad como lo constituye el delito de peculado. Así lo ha dejado establecido el Supremo Tribunal en la Ejecutoria Suprema del 18 de julio de 2011. Allí ante el agravio del abogado defensor en el sentido que la devolución del dinero apropiado por el sentenciado debe ser tenido como circunstancia de exclusión de necesidad de pena, aun cuando se considera materialmente consumado el delito, el Supremo Tribunal expresó que *“el Tribunal no se equivoca, como estima la defensa, al sostener que conforme a legislación penal vigente, la reparación posterior al daño*

ocasionado al bien jurídico y a su titular no tiene eficacia exonerativa de la punibilidad;... si bien la legislación prevé efecto exoneratorio a la restitución post consumativa para determinadas figuras penales, no lo contempla para el delito de peculado.

b. Tentativa

Al ser un delito de resultado en sus dos modalidades de comisión, es perfectamente posible que la conducta del sujeto activo se quede en el grado de tentativa. Estaremos ante una tentativa cuando el agente estando por cruzar la puerta del establecimiento público, es intervenido y encontrado llevándose el dinero en su bolsillo.

Rojas Vargas, enseña que las formas de tentativas inacabadas o frustradas, de tentativa acabada y desistimiento son perfectamente verificables, dada la fragmentación de actos ejecutivos para consumar el delito. Tanto en la consumación como en las fases punibles de tentativa se produce el quiebre del deber funcional y la afectación al patrimonio del Estado a título de lesión o peligro de lesión. (SALINAS SICCHA R. , Delitos contra la Administración Pública, 2011, págs. 340-344).

2.4.2.13. Circunstancias agravantes

a. Agravante del peculado doloso por el valor del objeto del delito

La Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011, introdujo al tipo penal en hermenéutica jurídica la agravante que se configura cuando el valor de lo apropiado o utilizado por el agente público sobrepase diez unidades impositivas tributarias. Esto es, aparece la agravante cuando el funcionario o servidor público se apropia o utiliza caudales o efectos cuyo valor supera, ahora, los 36,000 soles.

El fundamento de la agravante radica en el mayor perjuicio que puede producir al agraviado. El principio de lesividad justifica que, a mayor afectación patrimonial a los recursos del Estado, mayor sea la sanción punitiva que se imponga a los agentes públicos que violentando sus deberes funcionales comenten este tipo de conductas ilícitas. De verificarse esta agravante, el agente será sancionado con una pena que oscila entre no menor de ocho ni mayor de doce años de pena privativa de la libertad ambulatoria.

La agravante, sin duda, está destinada en forma prioritaria a aquellos funcionarios públicos que ocupan cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas estatales.

b. Agravante del peculado doloso por la finalidad del objeto del delito

El artículo 387° del CP prevé también que el peculado será agravado y, por tanto, el autor será merecedor de mayor pena cuando se apropie o utilice bienes públicos destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o ayuda social. Aquí, el mayor injusto penal está en el mayor daño que la conducta puede causar a los beneficiarios.

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

Aparece la agravante, por ejemplo, cuando el funcionario se apropia de alimentos destinados a poblaciones de escasos recursos o de bienes que deben ser repartidos a poblaciones que han sufrido catástrofes naturales, o cuando se apropian o utilizan en beneficio personal de bienes destinados al programa de vaso de leche. Un caso típico de peculado agravado da cuenta la Ejecutoria Suprema del 18 de junio de 2001. Allí se considera que “la conducta del procesado constituye delito de peculado agravado, por cuanto el agente se ha apropiado de los fondos destinados a apoyo social que se había asignado para la construcción de aulas en el centro educativo, encuadrándose dicha conducta en la forma agravada del delito de peculado por tratarse de caudales destinados a programas de apoyo social

A efectos de la agravante, los programas con “fines asistenciales” o programas de “apoyo social” tienen que ser específicos. No deben entenderse en sentido general. Así lo deja establecido la Suprema Corte en la Ejecutoria Suprema del 19 de mayo de 2004, aquí se argumenta que “es sostener que por bienes destinados a fines asistenciales cabe reputar a los que emergen de campañas específicas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada – entre otras, en el área de salud – ya sea mediante la asignación de recursos del Estado o de la cooperación internacional”.

En suma, “el delito de peculado doloso agravado requiere: a) que los procesados hayan actuado en su calidad de funcionarios o servidores públicos; b) que la custodia o la administración de lo apropiado o utilizado, se les haya confiado en razón de sus cargos; c) que los caudales o efectos objeto de la acción hubiesen estado destinados a programas de apoyo social; d) que se produzca apropiación o utilización para sí o para otros de los caudales o efectos públicos. El destino, en el presente caso se ha acreditado al demostrarse que la fuente directa de financiamiento estuvo a cargo del Instituto Nacional de Desarrollo, quien, a través del Programa de Emergencia e Inversión Social, como unidad operativa asignó los recursos económicos para la ejecución de la obra”. (SALINAS SICCHA, 2011, págs. 344-347).

2.4.2.14. Penalidad

El funcionario o servidor público que se le atribuye un peculado básico, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años, más inhabilitación, conforme al artículo 36°, numerales 1 y 2, según dispone el artículo 426 del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 180 a 365 días – multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza y no podrá ser menor del 25% ni mayor del 50% del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo.

El funcionario o servidor público al que le es atribuido un peculado agravado por el valor de los bienes apropiados o utilizados, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de doce años, más inhabilitación, conforme al artículo 36°, numerales 1 y 2 según dispone el artículo 426° del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa.

El funcionarios o servidor público al que se atribuye un peculado agravado por la finalidad de los caudales o efectos apropiados o utilizados, la pena privativa de libertad no será no menor de ocho ni mayor de doce años, más inhabilitación, conforme al artículo 36°, numerales 1 y 2 según dispone el artículo 426° del Código Penal. Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 365 a 730 días-multa.

Si el agente público se le atribuye un peculado culposo básico, la pena será pena privativa de la libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas, más inhabilitación.

Asimismo, si el agente público se le atribuye un peculado culposo agravado, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años, más inhabilitación.

Asimismo, se ha previsto una pena de multa de 150 a 230 días – multa para los funcionarios públicos que cometan este delito.

Finalmente, la Ley N° 30304, de 28 de febrero del 2015, que modifico el artículo 57° del Código Penal, ha dispuesto que los funcionarios que sean condenados por los delitos establecidos en el presente artículo 387° no podrán gozar de suspensión de la pena. (Rojas Vargas , 2017).

2.4.2.15. Otras modalidades delictivas

a. Peculado culposo

El peculado también puede ser cometido por culpa o negligencia de parte del agente, siempre funcionario o servidor público con relación funcional sobre los efectos o caudales del Estado o entidad estatal. En efecto, en el tercer párrafo del artículo 387° del Código Penal se prevé que se configura el delito de peculado culposo cuando el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de bienes públicos. Incluso también se prevé como peculado culposo agravado cuando los bienes públicos objeto de sustracción por parte de tercero, tuvieran como destino fines asistenciales o programas de apoyo social.

El peculado culposo hace alusión directa a la sustracción efectuada por tercera persona aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público en su función de vigilar y resguardar los bienes del Estado. No hay delito de peculado culposo en la modalidad de utilización.

Es preciso determinar que la figura del peculado culposo “no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización; sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente”.

Así mismo, en el peculado culposo debe tenerse en cuenta: “La sustracción y la culpa del funcionario o servidor público como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

a) La sustracción. Entiéndasele como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.

b) La culpa del funcionario o servidor público. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas), vale decir, cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.

El debido cuidado, conservación y protección de los bienes estatales (caudales o efectos), exigen al funcionario encargado la procura de todas aquellas medidas de previsión tendientes a evitar su sustracción por parte de terceros (funcionarios o particulares).

Como hemos sostenido – líneas atrás – el desvalor del injusto en el delito de peculado se manifiesta en la infracción de los deberes jurídicos-públicos que se ven quebrantados

cuando el sujeto público se apropia de caudales y/o efectos que fueron colocados en el ámbito de su estatus institucional, es decir, el intraneus, con plena conciencia (y voluntad), procede a realizar un acto típico de apropiación de los caudales, de propia mano o a través de otros; en cambio en el peculado culposo sucede algo distinto, en tanto el funcionario público no se apodera de los caudales o efectos confiados en razón de su cargo público – que desempeña – sino que permite que un tercero los sustraiga de la esfera de custodia de la Administración, producto de no haber emprendido las medidas de precaución necesarias para evitarlo, de manera que se exterioriza una infracción de los deberes – propios del cargo funcional (norma de cuidado) – predicado generalizable en todo delito culposo o imprudente. El actuar culposo del agente se convierte así en el factor generador de una situación de inseguridad para caudal o efecto, que será aprovechado por el tercero. No se trata, como en la generalidad de los tipos culposos, de que la conducta imprudente o negligente del funcionario cause un determinado resultado típico, sino de una acción (culposa) que da lugar a que otra persona, dolosamente, sustraiga los caudales o efectos públicos.

El núcleo de disvalor del peculado culposo se centra en la inacción, en la falta de cuidado, en no haber tomado las medidas de salvaguarda necesarias para poner a buen recaudo la intangibilidad e integridad de los bienes estatales. Si la sustracción de los caudales – por parte de terceros – obedece a otros factores – concomitantes o circunstanciales – ajenos a la esfera competencial del intraneus, no se dará el delito – in examine -, al no develarse la generación de un riesgo no permitido o a través de la aplicación del ámbito de protección de la norma, correctivos ellos, comprendidos en la moderna teoría de la imputación objetiva.

Las simples pérdidas, desórdenes o extravíos no son suficientes para generar culpa a nivel de relevancia penal, lo mismo cabe decir de las infracciones a los reglamentos que sean imputables al sujeto público y que no produzcan el resultado de sustracción. Un mínimo descuido, un extravío fortuito, así como una culpa leve del funcionario, deben descartarse como juicio de imputación objetiva, la subjetiva ha de tomar en cuenta los poderes individuales del autor, así como su grado de responsabilidad funcional.

b. Peculado por extensión

El peculado por extensión, o “peculado impropio”, se encuentra regulado en el artículo 392º del Código Penal, ésta norma penal no constituye propiamente un tipo penal ya que lo que regula es la extensión de las conductas típicas (peculado doloso o culposo), para casos en que el agente no sea un funcionario o servidor público propiamente dicho. Es decir, la norma solo amplía la autoría de los tipos a los particulares que bajo determinadas condiciones, administran o custodian dineros pertenecientes a las entidades de beneficencia o similares, a los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de la autoridad competente aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social.

Pues en el delito de peculado por extensión tenemos como sujetos activos a los depositarios o custodios de dinero o bienes embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezca a particulares encargados de guardar los bienes, esto es, que en el ejercicio de sus actividades custodian bienes privados que son encargados por un funcionario público.

Que según el artículo 425º, inciso 4, del Código Penal, también se considera funcionario o servidor público a un particular vinculado circunstancial y temporalmente con la administración pública a través de la administración o custodia de dinero o bienes con destino social, o dispuesta por la autoridad competente.

En el supuesto de los administradores o depositarios de dinero o de bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, dichos sujetos, y específicamente los depositarios judiciales, tienen que ser personas particulares designadas o nombradas con las

formalidades del caso, ya que son mandatos u órdenes de la autoridad y no simples actos contractuales, los que confían a dichos sujetos particulares la administración, custodia o el depósito de los bienes o dinero¹¹.

c. Peculado de uso

El peculado de uso es conocido como peculado por distracción haciéndose alusión de tal modo al hecho que el bien es distraído, destinado o empleado en usos distintos al oficial. Una Ejecutoria Superior ha señalado que “el tipo de peculado de uso consiste en una conducta mediante la cual el funcionario o empleado público usa o permite que otro use, para fines ajenos al servicio, vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la administración pública que se encuentre bajo su guarda”.

La lógica de la represión del delito de peculado de uso, es que el funcionario público o servidor público utilice indiscriminadamente los bienes de trabajo pertenecientes al Estado; que saque provecho de los vehículos u otras maquinarias del Estado para sus propios fines personales.

Como en todo delito contra la Administración Pública (por ser una infracción penal de corte institucional) siempre existirá un bien jurídico – penal genérico, que en el caso del delito de peculado de uso, sería el de garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; en palabras de la jurisprudencia penal, se tiene dicho que “El bien jurídico tutelado en el delito de peculado de uso es el normal desenvolvimiento de la Administración Pública y la buena imagen institucional, fundadas ambas en el hecho de la adecuada disponibilidad funcional, fundadas ambas en el hecho de la adecuada disponibilidad funcional de los bienes mencionados en el tipo penal por parte de los sujetos públicos.

Ahora bien, desde el punto de vista del bien jurídico – penal específico sería la de proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cuidado de los bienes públicos al cumplir con su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeñan. El delito de peculado de uso, según Frisancho Aparicio, por tratarse de una forma de malversación de bienes públicos, ostenta la nota común a todas las malversaciones, la afectación general a los intereses patrimoniales del Estado, al patrimonio, quebrantándose en aquellos, el deber de fidelidad o lealtad de funcionario respecto a la Administración de la que depende. En otras palabras, se trata de evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. Por todo ello tanto desde el punto de vista genérico y específico en el ámbito de protección, el delito de peculado de uso se trata, en realidad, de un delito pluriofensivo. (Reátegui Sánchez , 2015)).

No hay peculado de uso sobre bienes muebles fungibles. Como bien dice Portocarrero Hidalgo esta figura se refiere concretamente a las cosas y no al dinero. En todo caso, si existe un bien inmueble o algún bien fungible, dinero, por ejemplo, será tipificado en el delito de peculado por utilización del artículo 387 del Código Penal.

Cuando el tipo penal señala sólo de “vehículo”, “máquinas” o cualquier otro “instrumento de trabajo”, se está refiriendo a aquellos bienes de carácter mueble que sirven para facilitar y/o complementar el trabajo del agente especial dentro de la Administración Pública. En consecuencia, se estaría excluyéndose la utilización por parte del agente de un bien inmueble perteneciente al Estado; por ejemplo, sería atípica la conducta del agente cuando utiliza las instalaciones de la Institución Pública donde labora, para realizar su cumpleaños.

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA. R.N. N° 2212-2004 LAMBAYEQUE, Lima, 13 de enero de 2005.

2.4.2.16. Diferencias típicas entre el peculado por utilización y el peculado por uso

Existen constelaciones de casos de peculado contemplados en el primer párrafo del artículo 387 del CP que, aparentemente estarían también comprendidos en el primer párrafo del artículo 388 del CP.

En efecto, en uno de los supuestos del artículo 387 del CP se sanciona “*al funcionario o servidor público que (...) 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*” (supuesto conocido como “peculado por utilización”).

En tanto que, en uno de los supuestos del artículo 388 del CP se sanciona “*al funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda*” (supuesto conocido como “peculado por uso”).

Como se advierte, en ninguno de los dos casos el agente hace suyos los bienes estatales o entra en disposición personal de ellos, apartándolos de la esfera de la función de la Administración Pública, sino que simplemente se limita a emplearlos sin apoderarse de ellos, con la intención de devolverlos o restituirlos (esto es, con ánimo de uso y aprovechamiento, y no de apropiación).

De inicio, la diferencia no puede determinarse a partir del sujeto activo del delito, pues en ambos casos se trata de un funcionario o servidor público. Tampoco puede establecerse comparando los verbos rectores empleados, pues “utilizar” y “usar” significan esencialmente lo mismo.

“Utilizar” es emplear útilmente o aprovechar algo o, como señala el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, “aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin que el agente tenga el propósito final de apoderárselo”; y en sentido similar, “usar” es emplear o hacer servir una cosa para algo, o valerse de una cosa mediante el uso propio de ella.

En cuanto al destinatario, observamos que tanto el peculado por utilización como el peculado de uso, pueden realizarse para sí (cuando el agente actúa por cuenta propia, empleando él mismo los bienes), o para favorecer a terceros (lo que es explícito en el artículo 387 del CP – “para sí o para otro” – y está implícito en la expresión “para fines ajenos al servicio” en el artículo 388 del CP, que incluye explícitamente el supuesto en que no es el propio funcionario el que usa el bien, sino que permite que un tercero lo use, hipótesis que no está incluida en forma expresa en el artículo 387 del CP. Sin embargo, puede ser incluida sin problemas en él si se considera al peculado como “delito de infracción de deber”, en virtud de lo cual el funcionario que permite que otro “utilice” los bienes (cuya percepción, administración o custodia le están confiados por razón de su cargo), cumple el tipo penal de peculado por utilización.

Una diferencia puede establecerse a partir de los “objetos utilizados” en cada precepto penal. Si bien en ambos ilícitos existe una conducta prohibida de hacer uso indebido de bienes estatales, se debe tomar en cuenta que el peculado por utilización castiga ampliamente el uso de caudales cabe incluir todo bien mueble de valor económico, dinero y documentos de crédito (así, por ejemplo, el R.N.N° 4174-96-Junín, del 26 de mayo de 1998).

Mientras que el empleo indebido que caracteriza al peculado por uso se restringe a específicos bienes estatales: máquinas, vehículos o cualquier otro instrumento de trabajo. Por instrumentos de trabajo debe entenderse todos aquellos medios propios de la actividad funcional específica que desarrolla el agente, a través de los cuales la hace efectiva,

deduciéndose que esta condición también debe ser cumplida en el caso de las “máquinas y vehículos”. (ORÉ GUARDIA, LAMAS PUCCIO, & ARIAS TORRES, 2010).

2.4.2.17. Fundamentos jurídicos del Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116.

El Acuerdo Plenario N°. 4-2005/CJ-116 es un paso importante en la interpretación racional de la estructura del delito de peculado. Desde el ámbito de la racionalidad, del principio de legalidad constitucional y de la naturaleza jurídica de los tipos penales, abordamos con un espíritu crítico la figura penal del delito de peculado en cuanto su estructura penal tratado por el Acuerdo Plenario en relación con el tipo penal descrito en el art. 387 del CP. Ello, desde luego, a la luz de la última modificación realizada por el D. Leg. N° 1243, lo cual lo ubica en el mismo nivel del populismo penal.

En tal sentido, hacen bien los jueces supremos en establecer mediante acuerdos plenarios, los referentes necesarios para uniformizar y ser más previsibles, decisiones con mayores argumentos razonados, en una materia determinada de cierta complejidad, pero sin un carácter absoluto. Esta figura penal, en el Acuerdo Plenario es sujeto de análisis: en su contenido material, características, aplicación fáctica, naturaleza jurídica, entre otras cuestiones fundamentales vinculadas a estos delitos especiales por la naturaleza del sujeto activo. Es un tema que, desde luego ha sido lo suficientemente tratado por la doctrina nacional, jurisprudencia, casaciones y acuerdos plenarios, en un nivel nunca antes visto. Lo suficiente como indicar un punto de quiebre, entre el tratamiento hasta antes de la reforma y después de la reforma penal.

Con la nueva reforma al artículo 387 del Código Penal tratándose del delito de peculado predomina la protección patrimonialista. No obstante, no parece adecuado equiparada en cuanto protección del mismo como una infracción del deber. La idea del “deber del cargo” parece más acorde con una visión autoritaria incompatible con un Estado Constitucional de Derecho. En todo caso, si se trata de una “infracción del deber” ésta no constituye un bien jurídico, sino sólo un elemento del tipo penal.

El bien jurídico tutelado por la normal penal es el patrimonio público en esa vinculación funcional con el agente de no lesionar o impedir toda lesión o peligro por acción dolosa o culposa. De allí que el funcionario o servidor público tiene su razón en la correcta administración entendida como gestión y utilización adecuada del patrimonio del Estado en función a los intereses generales y no particulares.

El Acuerdo Plenario N° 4-2005, en relación a las categorías, les da un contenido material muy claro y preciso; por ejemplo, tratándose del vocablo percepción, lo considera como la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita. En cuanto al concepto de administración para los efectos penales, lo relaciona a las funciones activas de manejo y conducción; y a la custodia, que importa la típica posesión, implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos y, lo propio cabe señalar en relación al destinatario: para sí o para otro. (ALVAREZ, 2017).

2.4.2.18. El peculado en la legislación comparada

a. En la legislación de Argentina.

En la república de Argentina, se considera el delito de peculado de dos maneras, peculado doloso y culposo, se tiene entendido por delitos dolosos y culposos aquellos en los cuales se tienen conocimiento de causa, por ejemplo, en los delitos dolosos el sujeto activo,

comete el delito de manera consciente, sabiendo lo que hace, en cambio en el delito culposo el sujeto activo lo hace por descuido u omitiendo de alguna manera las normas.

“La administración, percepción o custodia de los bienes públicos deben haber sido confiadas al funcionario en razón de su cargo, no se trata de una simple entrega de bienes como una cuestión de confianza en el funcionario, entrega facultativa, o derivada de la costumbre o del consenso o de cualquier otra circunstancia que se haya llegado a la tenencia por engaño o abuso, el funcionario debe tener los bienes en función de los dispuesto por la ley, no debe bastar con que el funcionario disponga de los bienes con ocasión de sus funciones. El funcionario incompetente sólo podría cometer delitos contra la propiedad, Por ejemplo, cuando por error del administrado sobre la competencia del funcionario éste recibe los bienes quedándose con ellos.”

En la doctrina argentina se emplea la argumentación referida a los delitos contra la propiedad y se distinguen varios términos: “apoderamiento” sería sustraer la cosa de la esfera de custodia del legítimo tenedor para ingresarla en la propia esfera; además, en el caso de “percibir”, los bienes ni siquiera son entregados por la administración al funcionario, sino directamente por el particular con destino a la administración.

La conducta del funcionario que comete peculado no puede entenderse sino como la de una apropiación sui generis, puesto que él no sustraer los bienes, ellos ya estaban en su poder de disposición en función de su cargo: el sujeto simplemente no administra los bienes destinándolos a la función pública para la que estaban destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio patrimonio.

El Código Penal argentino en el capítulo VII refiere a la malversación de los caudales públicos así se manifiesta en los artículos 260 al 264. El “Artículo 260; Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.

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 sustraído, 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 sustracción 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”.

Como se puede apreciar es el artículo 261 el que condena al funcionario del estado, autor de la sustracción de caudales o efectos, que tenía bajo su administración, percepción

o custodia, a la pena de reclusión o prisión de dos a diez años, más inhabilitación perpetua y absoluta; sin embargo, el delito queda consumado cuando los bienes quedan fuera de la custodia, disponiéndose de los fondos, dolosamente, sin importar que después se devuelvan.

b. En la legislación de México

En el Capítulo XII del Código Penal Federal, el delito de peculado se encuentra tipificado en el artículo 223 que dice: “Comete el delito de peculado:

1. Todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa.

2. El servidor público que indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona.

3. Cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondos público o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades, y

4. Cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal y estando obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó.

Al que cometa el delito de peculado se le impondrán las siguientes sanciones: Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, o no sea evaluable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Cuando el monto de los distraídos o de los fondos utilizados indebidamente exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos años a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Cuando los recursos materia del peculado sean aportaciones federales para los fines de seguridad pública se aplicará hasta un tercio más de las penas señaladas en los párrafos anteriores”.

c. En la legislación de Venezuela

En la legislación penal de Venezuela, es importante destacar, que en el Código Penal vigente, tiene relación con la constitución de ese país, así los delitos que se referían a la actividad administrativa, a los funcionarios públicos, a la ética, a los procedimientos, a la administración de bienes que son propiedad del Estado, además del aspecto constitucional, el legislador tuteló en el Código Penal lo que se denomina la administración pública, referida a lo

que anteriormente se llamaba cosa pública o patrimonio público; desde ese punto de vista, se analizan las previsiones constitucionales que se refieren al poder central, estatal y municipal; y a la obligación de todos aquellos funcionarios investidos de poder actuar conforme a la normativa y leyes vigentes, sobre las cuales se sostiene el poder público.

El artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresa: "La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento a la ley y al Derecho".

La finalidad de hacer constar los delitos contra la cosa pública, es lograr una administración transparente, eficiente, de los recursos del Estado; es decir, considerar como delito cualquier conducta que pudiera generar resultados negativos para los fines propios de la administración de los recursos del Estado.

La responsabilidad penal de la comisión de estos delitos y especialmente del de peculado, se encuentra tipificado en el Código penal, Título III, De los delitos contra la cosa pública, así el peculado se establece en el 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".

Siendo el peculado una acción perseguida por ser un acto antijurídico, se considera una conducta que genera una sanción y por ende una responsabilidad de tipo penal, que la lleva consigo la persona donde esté; debido a que toda persona mientras sea imputable es responsable penalmente de todas las conductas que asuma y que sean consideradas delitos. (SALINAS BETANCOURT, 2014).

2.4.3. Rendición de cuentas de los viáticos.

2.4.3.1. Generalidades

Etimológicamente, a la rendición de cuentas se la ha entendido como la acción de computar, evaluar, juzgar o verificar colectivamente algo. La rendición de cuentas significa responder, explicar, justificar y, como resultado de estas acciones, involucrar el reconocimiento o castigo. En la actualidad, se conceptúa la rendición de cuentas desde diversas perspectivas. Una de ellas es la perspectiva legal, en la cual se entiende como la concatenación estructural de las normas jurídicas y las instituciones responsables de rendir cuentas, y se señala que el que ejerce poder dado por el pueblo debe estar sujeto a restricciones legales.

Existe todavía en la actualidad un debate sobre la concepción semántica del término "rendición de cuentas" debido a la traducción entre los términos *accountability* y *answerability* que a veces conlleva a la confusión. La primera se refiere a la rendición de cuentas (transparencia, publicidad, balance público de la acción estatal), y la segunda se refiere a la explicación de los funcionarios por sus actos ante las organizaciones gubernamentales de mayor jerarquía (rendición de cuentas horizontal) y a la población (rendición de cuentas vertical). La horizontal se refiere al control o el equilibrio entre los poderes del Estado, y la vertical se relaciona con el control de la sociedad a las acciones o políticas públicas del Estado. La horizontal se fundamenta en la Teoría de la Democracia, la cual señala que la soberanía y el poder en una democracia residen en los ciudadanos, y los gobernantes son representantes que deben responder ante la ciudadanía, quienes tienen el poder de elección y revocatoria. Los funcionarios públicos debidamente elegidos están obligados por ley a informar y explicar sus acciones, las cuales pueden ser aceptadas, rechazadas o sancionadas. Sin embargo, en la práctica, el poder de sanción

de los ciudadanos es limitado y, algunas veces, solamente es simbólico, y los representantes suelen tener más poder que estos. La rendición vertical se realiza dentro de un nivel jerárquico de instituciones (la municipalidad a la Contraloría General de la República)¹².

La rendición de cuentas es una condición del uso eficiente, eficaz y legítimo de los recursos del Estado y su ausencia en las jóvenes democracias latinoamericanas posiblemente ha tenido que ver con las dificultades de éstas para consolidarse. Los involucrados en la rendición de cuentas son todos los integrantes del Estado, todos los ciudadanos que son parte de una comunidad, distinguiéndose especialmente a los que hacen uso de los servicios públicos, a los encargados de la administración de los servicios públicos y, a los dirigentes políticos y los responsables de los organismos de supervisión y control.

En términos más formales, Ackerman define Rendición de Cuentas como: “(...) un proceso proactivo a través del cual los agentes públicos informan y justifican sus planes, acciones y resultados y son sancionados o premiados en función a ello.”

Desde el punto de vista del derecho de los gobernados, se afirma que la rendición de cuentas involucra el derecho de la población de recibir información clara, detallada, real y verídica; de exigir que los políticos y servidores públicos informen y justifiquen sus decisiones. El ciudadano tiene derecho a la crítica y al diálogo para indagar, preguntar y ser respondido sobre aspectos de la toma de decisiones realizadas por los funcionarios sobre actividades que competen a toda la ciudadanía, ya que tienen el deber y la obligación de responder y divulgar todos los datos y la información necesarios. Además, también implica el derecho a recibir una explicación y el deber correspondiente de justificar el ejercicio de poder.

Quienes han sido elegidos para desempeñar una función pública están obligados a alcanzar y transmitir información sobre sus gestiones realizadas en una determinada unidad de tiempo, deben estar dispuestos y expuestos a difundir datos, estadísticas, documentos, informes, etc., desde el momento de la planeación hasta las fases de control y evaluación de las gestiones realizadas. La acción de rendir cuentas es un espacio de interlocución entre los servidores públicos y la ciudadanía, es una forma específica de vínculo que las autoridades políticas establecen con la ciudadanía en los regímenes democrático representativos. Implica receptividad y responsabilidad por parte de los agentes públicos.

La rendición de cuentas posee cinco características principales:

- A. Un agente o institución que ha de dar cuenta.
- B. Una zona o dominio objeto de la rendición de cuentas.
- C. Un principal (agente o institución) al que el agente da cuenta.
- D. El derecho del principal de requerir al agente la información y explicación/justificación de las decisiones con respecto al dominio.
- E. El derecho del principal de sancionar al agente si el agente falla en informar y/o explicar/justificar las decisiones con respecto al dominio.

La rendición de cuentas implica tener una cultura de transparencia, así como brindar información de manera proactiva y sistemática sobre cómo está estructurada la organización, cómo gestiona sus decisiones y manejo de recursos, y qué actividades realiza (qué recursos utiliza, dónde y a quién beneficia). Esta rendición de cuentas permite ordenar la

¹² CHAHUILLCO GUZMÁN, Miguel, en su Tesis para obtener el grado de Magister en Ciencia Política “Rendición de cuentas tipo cabildo abierto de funcionarios que cometieron irregularidades en la gestión de obras públicas en la Municipalidad Distrital de San Marcos, provincia de Huari, departamento de Ancash, en el periodo 2010-2012”. PUCP. Lima, junio 2015. Pág. 11 – 13.

información que se tiene, de manera que esta acción sirva a una gestión más efectiva y confiable, fortaleciendo la legitimidad de la organización.¹³

2.4.3.2. Concepto de viáticos

Los viáticos se refieren a cualquier asignación en dinero o en especie, fuente de financiamiento; por viajes dentro del país (o fuera del país), al que perciba el comisionado por cualquier concepto de viajes en comisión de servicio oficial o capacitaciones autorizadas.

En otras palabras, los viáticos serán “la asignación que se otorga al personal comisionado, independiente de la fuente de financiamiento o su relación contractual, para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local (desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión) y movilidad de traslados (hacia y desde el lugar de embarque) (...)”.

Fidel Rojas definió a los viáticos como aquellos actos de disposición interna con contenido patrimonial que realiza la Administración Pública con la finalidad de facilitar el cumplimiento de determinados actos de función o de servicio. Así, los viáticos no estarían relacionados directamente al acto de función pues servirían para asegurar que los actos de servicio se realicen en condiciones de idoneidad.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha sostenido que los viáticos constituyen: “la asignación que se otorga al funcionario o servidor público o personal comisionado, independiente de la fuente de financiamiento o su relación contractual, para cubrir los gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local (desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión) y movilidad de traslados (hacia y desde el lugar de embarque, es decir, en rigor es un dinero que se facilita a un trabajador para cubrir los gastos en los que incurre por desplazamiento realizados en la consecución de su tarea.” (DELGADO TÓVAR, 2017)

Por su parte, normativa administrativa como la Directiva N° 009-2005/CONSUMODE/PRE define los viáticos como “la asignación que se otorga al personal comisionado, independiente de la fuente de financiamiento o su relación contractual, para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local (desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión) y movilidad de traslados (hacia y desde el lugar de embarque (...))”.

Asimismo, el TUO de la Ley del Impuesto a la Renta señala que “los viáticos comprenden los gastos de alojamiento, alimentación y movilidad”.

En síntesis, como señala Reyna Alfaro, podríamos decir que los viáticos consisten en “la asignación de dinero destinada a permitir que el funcionario o servidor público, en caso de necesidad de viaje, pueda desarrollar adecuadamente sus funciones públicas (...)”.

Asimismo, se indica que los viáticos cuentan con las siguientes características:

- A. Posee contenido patrimonial (generalmente dinero),
- B. Eventualidad (no pueden existir viáticos permanentes),
- C. Legalidad (los viáticos estarían fijados en normas internas de la administración),
- D. Fungibilidad: no se da para invertirlo o custodiarlo, se da para gastarlo, para que el funcionario lo destine a fines específicos (movilidad, alimentación y hospedaje).

¹³ La sesión del IX Pleno Jurisdiccional Supremo Penal del Poder Judicial puede ser visualizada en el siguiente link: https://www.youtube.com/watch?v=wsc8Z5ct_dw. Consulta: 23 de setiembre de 2015.

E. Comunicabilidad del viático: pues el funcionario debe comunicar a la Administración una vez que se haya cumplido con sus fines específicos. De esta manera existiría un deber de rendición de cuentas.

2.4.3.3. Normatividad vigente sobre el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión del servicio en el territorio nacional.

En nuestro país existe normativa que regulan, tanto los montos de los viáticos como los plazos de rendición, sin embargo, estos no parecen estar uniformizados en un solo sentido, en la presente investigación desarrollaremos las de mayor implicancia.

- DECRETO SUPREMO N°028-2009-EF¹⁴

En su Artículo 1°.- se aprobó una nueva Escala de Viáticos por viajes a nivel nacional en Comisión del Servicio, para los Funcionarios Públicos, Personal de Confianza, Servidores Públicos y personal CAS, conforme se detalla:

Nivel de Funcionarios Públicos, Empleados de confianza, Servidores Públicos y CAS	Escala de Viáticos S/.
a) Ministros de Estado, viceministros, vocales, jefes de Organismos Públicos, Presidentes Regionales y alcaldes.	250.00
b) Directores Generales, Gerentes Generales, Gerentes Regionales, Directores Ejecutivos, directores y Personal CAS que desempeñe funciones equivalentes.	210.00
c) Sub directores, Jefes de Unidad, Servidores comprendidas en las categorías remunerativas a que se refiere el D. S. N°051-91-PCM y personal CAS con funciones equivalentes.	180.00

Según su Artículo 2°, el viatico comprende los gastos de alimentación, hospedaje y movilidad (Hacia y desde el lugar de embarque), así como movilidad utilizada para el desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión de servicios, entendiéndose que el pasaje desde su lugar de origen a la ciudad de destino y viceversa, se asignará por separado, según el costo establecido por las Agencias de Transportes (Aérea o Terrestre).

En el Artículo 3°.- Rendición de Cuentas del mencionado dispositivo, se precisa que TODOS los funcionarios y/o servidores que perciban viáticos por concepto de comisión del servicio, deben presentar su respectiva RENDICIÓN DE CUENTA y gastos de viaje, debidamente sustentados con los comprobantes de pago por los servicios de movilidad, alimentación y hospedaje obtenidos. De ser necesario se incluirá una DECLARACIÓN JURADA para sustentar sólo los gastos por los que no es posible obtener comprobantes de pago reconocidos y emitidos de conformidad con lo establecido por la SUNAT, que no excederá del 10 % del valor de la UIT vigente.

UIT Vigente en el AÑO 2009

s/. 3,550.00

¹⁴ Decreto Supremo que regula el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión de servicios en el territorio nacional. Publicado el 04 de febrero del 2009 en el Diario Oficial El Peruano; Alan García Perez.

UIT Vigente en el AÑO 2010	s/. 3,600.00
UIT Vigente en el AÑO 2011	s/. 3,600.00
UIT Vigente en el AÑO 2012	s/. 3,650.00
UIT Vigente en el AÑO 2013	s/. 3,700.00

- **DECRETO SUPREMO N° 007-2013-EF¹⁵**

D.S., que además de derogar el D.S. N° 028-2009-EF, modifica la escala de Viáticos por Comisión del Servicio a nivel nacional, así como establece nuevas normas sobre la rendición de cuentas y otros.

El Artículo 1°.- Montos para el otorgamiento de Viáticos, establece:

Los viáticos a nivel nacional para funcionarios y Empleados Públicos, independientemente del vínculo que tengan con el Estado, percibirán por día la suma de S/. 320.00.

Los Ministros de Estado, viceministros, presidentes regionales alcaldes, percibirán por día la suma de S/. 380.00.

El Artículo 2°.- estipula que la comisión del servicio no será menor a 04 horas y menor o igual a 24 horas, agregando que los viáticos comprenden los gastos de alimentación, hospedaje y movilidad (hacia y desde el lugar de embarque), así como la utilizada para el desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión del servicio.

Asimismo, el Artículo 3°.- Rendición de Cuentas, precisa que las personas que perciban viáticos deben presentar la respectiva RENDICION DE CUENTA, debidamente sustentada con los respectivos Comprobantes de Pago de movilidad, alimentación y hospedaje hasta por un importe no menor del 70 % del monto otorgado. El saldo restante no mayor al 30 % podrá sustentarse mediante DECLARACIÓN JURADA, siempre que no sea posible obtener comprobantes de pago según lo establecido por la SUNAT.

La Rendición de Cuenta deberá presentarse dentro de los diez (10) días hábiles contados desde la culminación de la comisión del servicio.

- **DIRECTIVA GENERAL N° 0071- 2016-JUS/OGA. - DIRECTIVA GENERAL QUE ESTABLECE LAS NORMAS Y PROCEDIMIENTOS PARA EL REQUERIMIENTO, ASIGNACIÓN, ASIGNACIÓN, RENDICIÓN DE PASAJES, VIÁTICOS Y OTROS GASTOS DE CUENTAS DE COMISIÓN DE SERVICIOS POR VIAJES NACIONALES E INTERNACIONALES.**

Esta directiva busca establecer las normas y procedimientos que deben cumplir todos los servidores del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS), para el requerimiento, asignación y rendición de pasajes, viáticos y otros gastos, por concepto de comisión de servicios, independientemente de su condición laboral o contractual, que viajen en representación del MINJUS, dentro o fuera del territorio nacional.

La presente Directiva es de observancia obligatoria para todos los servidores civiles de los Órganos, Unidades Orgánicas, Consejos y Comisiones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, entendiéndose como servidores civiles a aquellos servidores del régimen de

¹⁵ Decreto Supremo que regula el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión de servicios en el territorio nacional. Publicado el 23 de enero del 2013 en el Diario Oficial El Peruano; Ollanta Humala Tasso.

la Ley del Servicio Civil, a los servidores pertenecientes al Decreto Legislativo N° 276 y a los servidores contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057.

Dentro de las disposiciones generales establece que los viáticos por viajes en comisión de servicios se otorgarán a los servidores independientemente del vínculo laboral que tengan con la entidad; por otro lado, se podrá otorgar al personal que brinde servicios como terceros y consultoría, cuando por la necesidad o naturaleza del servicio, tengan que realizar viajes al interior o exterior del país.

Asimismo, esta Directiva establece el procedimiento a seguir para el requerimiento de viáticos, así como la obligación que tienen los comisionados para rendir cuentas de dichas asignaciones económicas otorgadas dentro de los plazos previstos por la presente Directiva.

La responsabilidad de llevar el control de las rendiciones de cuenta de comisiones de servicios nacionales e internacionales corresponde a la Oficina Financiera, quienes deben elaborar el Reporte Mensual de viáticos vencidos y pendientes de rendición por Órganos, Unidades Orgánicas, Consejos y Comisiones, con la finalidad de hacer de conocimiento a los responsables de las oficinas y de los comisionados, la retención indebida de los saldos no utilizados y del incumplimiento de la normatividad al no presentar la rendición de cuenta dentro de los plazos establecidos.

- **DIRECTIVA GENERAL N°0002-2017-EF/43.01. - DISPOSICIONES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA AUTORIZACIÓN DE VIAJES EN COMISIÓN DE SERVICIOS EN EL TERRITORIO NACIONAL DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS.**

Esta directiva tiene como finalidad establecer disposiciones y procedimientos para la autorización de viajes por comisión de servicios dentro del territorio nacional que realizan los funcionarios, servidores del MEF y toda persona que viaje en representación de este Ministerio.

Señala a los viáticos como aquellos que comprenden los gastos de alimentación, hospedaje y movilidad (hacia y desde el lugar de embarque), así como la movilidad utilizada en el desplazamiento en el lugar que realiza la comisión de servicios.

Los gastos de transporte solo comprenden a los pasajes adquiridos a empresas de transporte o agencias de viaje debidamente formalizadas.

Los viáticos que percibe el comisionado, están sujetos a la escala establecida por día, siempre que la comisión de servicios tenga una duración superior de 4 horas y menor o igual a 24 horas; caso contrario, se otorgan los viáticos de manera proporcional a las horas de la comisión.

Asimismo, señala el procedimiento para la presentación de la rendición de cuentas, donde el comisionado debe presentar ante la Oficina de Finanzas dentro de los diez (10) días hábiles de finalizada la comisión de servicios.

La Oficina de Finanzas verifica la documentación de la rendición de cuentas. Si como resultado de dicha evaluación existiera observaciones, montos o saldo por devolver, notifica al comisionado mediante correo electrónico para que en el plazo de dos (02) días hábiles siguientes proceda a subsanar las observaciones y/o efectuar la devolución correspondiente. De no cumplir con dicha subsanación en el plazo señalado, procederá a la devolución de la citada rendición y se dará por no presentada.

La rendición de cuentas y su presentación oportuna es de exclusiva responsabilidad del comisionado. La falsedad de documentos o información, así como su falta de

presentación y/o subsanación oportuna, da lugar a las sanciones que correspondan, tanto civiles, administrativas y/o penales; así como a la restricción para generar una nueva planilla de viáticos.

- **RESOLUCIÓN DE CONTRALORÍA N°159-2016-CG¹⁶**

La finalidad de esta Resolución es establecer las disposiciones necesarias para que los Titulares de las entidades que se encuentran bajo el ámbito del Sistema Nacional de Control, cumplan con rendir cuentas de manera estructurada y oportuna por el uso de los fondos o bienes del Estado, así como de los resultados de su gestión, conforme a lo dispuesto en el literal u) del artículo 22° de la Ley N°27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República; promoviendo la transparencia y el ejercicio del control social de la gestión pública.

Así como sus principales objetivos son:

- Regular el proceso que los Titulares de las entidades sujetas al ámbito del Sistema Nacional de Control deben seguir para rendir cuentas por el uso de los fondos o bienes del Estado, así como de los resultados de su gestión; señalando las formalidades, plazos y responsabilidades.
- Establecer la información que debe ser remitida a la Contraloría General de la República de forma estructurada a través del aplicativo informático “Rendición de Cuentas” por los Titulares de las entidades, quienes consolidan la información de sus unidades ejecutoras, cuando corresponda.
- Simplificar el procedimiento para la rendición de cuentas de los Titulares de las entidades.

2.4.3.4. Principios que regulan la administración de rendición de cuentas de la función pública

Conviene en este punto, analizar brevemente la Ley N°28112, “Ley marco de la Administración Financiera del Sector Público”, normativa que ha establecido que la Administración Financiera del Sector Público está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico financiero cuya titularidad corresponde al Estado, a través de las entidades y organismos encargados de su administración conforme a Ley.

Es decir, que la Administración Financiera del Sector Público está orientada a viabilizar la gestión de los fondos públicos, conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico, promoviendo el adecuado funcionamiento de sus sistemas conformantes, según las medidas de política económica establecidas, en concordancia con la Ley N°27245, “Ley de Responsabilidad y Transparencia Fiscal”, reglamentada por Decreto Supremo N°066-2009- EF; y el Marco Macroeconómico Multianual¹⁷. Así, se establece como principios que enmarcan la Administración Financiera del Estado, la transparencia, la legalidad, eficiencia y eficacia.

¹⁶ DIRECTIVA N° 015-2016-CG/GPROD - RENDICIÓN DE CUENTAS DE LOS TITULARES DE LAS ENTIDADES. Lima, 3 de junio de 2016

¹⁷ El Marco Macroeconómico Multianual (MMM), es el documento más relevante que el Gobierno del Perú emite en materia económica, contiene las proyecciones macroeconómicas para los tres años siguientes, el año para el cual se está elaborando el presupuesto y los dos años siguientes. Dichas proyecciones son revisadas por el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP). Asimismo, se analizan y evalúan las principales medidas de política económica y social implementadas para alcanzar los objetivos trazados por la administración vigente.

Por su parte, la Ley N°28693, “Ley General del Sistema Nacional de Tesorería”, establece entre sus principios regulatorios los siguientes:

- **Economicidad:** Manejo y disposición de los fondos públicos viabilizando su óptima aplicación y seguimiento permanente, minimizando sus costos.
- **Veracidad:** Las autorizaciones y el procesamiento de operaciones en el nivel central se realizan presumiendo que la información registrada por la entidad se sustenta documentadamente respecto de los actos y hechos administrativos legalmente autorizados y ejecutados.
- **Oportunidad:** Percepción y acreditación de los fondos públicos en los plazos señalados, de forma tal que se encuentren disponibles en el momento y lugar en que se requiera proceder a su utilización.

Asimismo, indica que en el proceso de rendición de cuentas se aplican los siguientes principios:

- **Transparencia y Participación Ciudadana:** El Informe se da a conocer a la ciudadanía a través del portal web institucional de la Contraloría, de la entidad u otros medios a fin de facilitar la formación de una opinión pública informada y de promover el ejercicio del control social.
- **Presunción de Veracidad:** Se presume que el contenido del Informe es veraz y cuenta con el sustento respectivo en fuentes documentarias o registros formalmente establecidos. Esta presunción admite prueba en contrario, quedando sujeta a verificación posterior.
- **Buen Gobierno:** La Rendición de Cuentas permite la interacción con la ciudadanía para conocer si los avances reportados de la gestión pública responden a los intereses y el bienestar de los ciudadanos.

2.4.3.5. Naturaleza jurídica de los viáticos

Conforme se ha sostenido, 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 empleados 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. (BARRIOS ALVARADO, 2010).

Asimismo, hemos indicado también que la expresión *caudales* identifica a todo objeto con valor patrimonial valorable pecuniariamente en forma directa: dinero, bienes muebles e inmuebles; en tanto que la expresión *efectos* hace referencia a los objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público (documentos de crédito negociables) (REYNA ALFARO, 2011); de ahí que resulta necesario determinar si los viáticos se encuadran dentro del contenido del concepto de lo que es *caudal* o *efecto*.

Debe tenerse presente que el concepto de viáticos 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, la naturaleza jurídica de las asignaciones entregadas a los funcionarios o servidores públicos como viático, 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 competencia privada y personal a efectos de usarlo para los fines asignados. De modo que, al recibir los viáticos, el agente público los ingresa a su esfera privada personal de vigilancia y administración. Gasta los viáticos como si fueran suyos hasta el punto que puede disponerlos en su totalidad y como mejor le parezca en su alimentación, hospedaje y movilidad en el cumplimiento del servicio encomendado. La condición para efectos de no tener cuestionamiento alguno es que al final del servicio el sujeto público debe rendir cuentas, presentando la correspondiente documentación que acredite el gasto efectuado (SALINAS SICCHA R. , Delitos Contra la Administración Pública, 2009).

De lo anteriormente se puede colegir conforme lo ha establecido ABANTO VÁSQUEZ que: 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. (ABANTO, 2003).

2.4.3.6. De la rendición de viáticos y el uso excepcional de la declaración jurada para sustentar gastos

El artículo 3° del Decreto Supremo N°007-2013-EF, regula lo concerniente a la rendición de cuentas que tienen que realizar los funcionarios y/o servidores públicos; esto es, una vez finalizada su respectiva comisión de servicios, se encuentran en la obligación de presentar la rendición de cuentas y gastos de viaje debidamente sustentado con los documentos pertinentes para ello.

Así, esta normativa establece que la rendición de viáticos deberá presentarse dentro de los diez (10) días hábiles contados desde la culminación de la comisión de servicios, adjuntándose para ello los comprobantes de pago debidamente acreditados por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), por los servicios de movilidad, alimentación y hospedaje obtenidos hasta por un porcentaje no menor al setenta por ciento (70%) del monto otorgado. El saldo resultante, no mayor al treinta por ciento (30%) podrá sustentarse mediante Declaración Jurada simple, siempre que no sea posible obtener comprobantes de pago reconocidos y emitidos de conformidad con lo establecido por la SUNAT.

En ese mismo sentido, la Directiva de Tesorería N 001-2007-EF/77.15, Resolución Directoral N°002-2007-EF-77.15, establece en su Artículo 71° (Uso excepcional de Declaración Jurada para sustentar gastos), numeral 71.1 que: “La Declaración Jurada es un documento sustentatorio de gastos únicamente cuando se trate de casos, lugares o conceptos por los que no sea posible obtener comprobantes de pago reconocidos y emitidos de conformidad con lo establecido por la SUNAT”. Y, en esa misma línea, el numeral 71.3 de la normativa bajo análisis prescribe que: “El monto de la Declaración Jurada no debe exceder el diez por ciento (10%) de una Unidad Impositiva Tributaria (UIT)”.

Como se puede apreciar, y conforme así lo exige la normativa esgrimida, la declaración jurada es un documento que puede ser utilizado por un funcionario o servidor público para sustentar los gastos irrogados en sus respectivas comisiones de servicios; únicamente cuando estos gastos se realizan en lugares o en circunstancias que imposibilitan o hace irrazonable la obtención de los correspondientes comprobantes de pago, tales como los alimentos adquiridos en ruta, en zonas rurales o alejadas de la ciudad; en casos fortuitos o de fuerza mayor; por conceptos requeridos según sea el tipo de servicios o bienes que se demanden para el cumplimiento de la comisión. (DEL RIO, citado por ALVA, 2014); de ahí que sólo de presentarse estas circunstancias es comprensible que se sustenten los viáticos a través de una declaración

jurada simple; existiendo así la necesidad de que se sustente en cada caso en particular, la presencia de tales hechos.

Por su parte, el artículo 42° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que toda declaración jurada se presume verificada por quien hace uso de ella, así como de su contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario. Sin embargo, es una práctica muy común en la Administración Pública, usar esta declaración para sustentar los gastos realizados por concepto de viáticos, no obstante estar el comisionado en lugares donde sí se expiden comprobantes de pago, conforme lo veremos más adelante¹⁸.

2.4.4. Responsabilidad en la administración pública.

2.4.4.1. Concepto de responsabilidad

La responsabilidad es “(...) la carga legal (mejor, seguramente es hablar de carga que de obligación) que recae sobre el autor o partícipe de un hecho (...), carga que consiste en tener que afrontar las consecuencias jurídicas de ese hecho (...). La responsabilidad es la situación legal en que una persona se ve inmersa para asumir coactivamente esas consecuencias como la carga de su obrar. Responsable, a su vez, es la persona que por haber ejecutado el hecho punible en circunstancias que no lo exoneran de cargar con las consecuencias jurídicas del mismo, se ve abocado por ley y la sentencia a soportarlas, sufrirlas o llevarlas sobre sí (...). Responsable es la persona como tal, responsabilidad la situación jurídica que se le hace asumir por virtud de la sentencia condenatoria.

Si responder es contestar, dar razón de lo que se nos pregunta o se nos plantea, en materia de derecho debemos responder cuando nuestra actitud motiva un cuestionamiento, un interrogatorio que nos hace el mismo Estado o un particular. Responder es dar cuenta, es contestar, y en último extremo -cuando se demuestra que nuestra acción es contraria a aquella que nos estaba mandada- esa obligación de rendir cuentas hace que se nos tenga por responsables y que debamos asumir las consecuencias de la violación en que hemos incurrido.

Responsabilidad es la consecuencia final de la acción: reunidos todos los requisitos que la ley exige, el individuo debe responder ante la sociedad. Esa responsabilidad se traduce, en lo penal, en el cumplimiento de la pena, y en lo civil – generalmente – en el pago de una indemnización”. Pues, si vivimos en una sociedad de hombres libres que ejercen su derecho a la libertad, el sinalagma de este ejercicio o actuar libre, es que asuman las consecuencias de sus actos libremente ejercidos, esto es, que asumen su responsabilidad. Jurídicamente nadie es responsable antes de ser condenado por el juez competente al término de un proceso legal.

¹⁸ Por otro lado, con respecto a la sustentación de viáticos otorgados por comisiones realizadas al exterior del país, el Artículo 6° del Decreto Supremo N°047-2002-PCM (Sustentación de viáticos), refiere que: “*Los funcionarios y servidores públicos que realicen viajes al exterior debidamente autorizados mediante Resolución Suprema o Ministerial, según el caso, deberán sustentar con documentos hasta por lo menos el setenta por ciento (70%) del monto de viáticos asignado. El treinta por ciento (30%) restante podrá sustentarse mediante Declaración Jurada. El funcionario o servidor público hará devolución del monto correspondiente a los viáticos cuyo gasto no se encuentre debidamente sustentado, en el plazo establecido en el Artículo 10 del presente Decreto Supremo*”. En ese mismo sentido, el Artículo 10° del Decreto Supremo N° 047-2002-PCM (Obligación de presentar informe), estipula que: “*Dentro de los quince (15) días calendario siguientes de efectuado el viaje, el funcionario o servidor público, deberá presentar ante el Titular de la Entidad un informe detallado describiendo las acciones realizadas y los resultados obtenidos durante el viaje autorizado. En caso de no realizarse el viaje autorizado, corresponde la inmediata devolución de los montos entregados al día siguiente de la suspensión del viaje. Para tales efectos, no será necesaria otra Resolución que deje sin efecto la autorización correspondiente*”.

De otro lado, la valorización que el Ordenamiento Jurídico depara a los bienes, derechos o intereses, está en función de la trascendencia y el ámbito de influencia de estos, pues, existen bienes jurídicos vinculados a un interés particular y otros que tienen que ver con los intereses públicos superiores de la comunidad; ello determina las diversas formas de la reacción del derecho que a la vez origina las distintas formas de responsabilidad; esto es, *la responsabilidad civil, la responsabilidad administrativa, y la responsabilidad penal*. A estas hay que añadir *la responsabilidad política*, orientada a privar del cargo o función a un alto funcionario cuando incurre en acciones u omisiones graves establecidas en el propio texto constitucional. También se priva del cargo a los funcionarios que acceden al mismo por elección popular como el presidente de la República, los gobernadores regionales o los alcaldes provinciales y distritales; aun cuando en este caso no se habla propiamente de responsabilidad sino de *vacancia en el cargo*. Obviamente, estos tipos de responsabilidad (así como también la vacancia pueden ser concurrentes).

2.4.4.2. Tipos de responsabilidad

a. Responsabilidad civil

La función natural de la responsabilidad civil o del derecho de daños, es la reparación o resarcimiento de los daños causados a la víctima, sea esta individual o colectiva; constituyendo dicha función su razón de ser o fundamento dentro del ordenamiento jurídico y del control social; se dice que en la sociedad moderna el fin fundamental de las reglas de la responsabilidad es, en consecuencia, el perfil resarcitorio.

También se dice que la nueva función de la responsabilidad civil es su función preventiva de futuras lesiones a los bienes o intereses jurídicos. Sin embargo, no todos los autores manejan el mismo criterio para fundamentar esta función de la responsabilidad civil, así algunos consideran que esta cumple su función preventiva en cuanto hace surgir una obligación inhibitoria frente al peligro, a fin de evitar que se produzca o continúe el perjuicio, sobre todo, en casos de daños a la salud pública, al ambiente, o en general en casos en que si el daño se produjese no se podría encontrar remedio en el resarcimiento, encontrándonos ante un caso de irreparabilidad.

El contenido de este tipo de responsabilidad está determinado por los elementos que la componen, esto es, del daño, la acción o hecho dañoso y su autor, la relación de causalidad entre el daño y el hecho, los factores de atribución de responsabilidad y obviamente de la reparación o resarcimiento del daño causado (que es el fundamento, finalidad y función de la responsabilidad civil).

Respecto a los tipos de responsabilidad civil, en general se habla de responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual. Al respecto, se sostiene que estamos frente a la responsabilidad civil contractual cuando la fuente de la responsabilidad es el contrato, aun cuando este no agota a la fuente obligacional, puesto que puede tratarse de otro tipo de acto que vincule al deudor y acreedor. De otro lado, cuando la fuente de la obligación consiste en la infracción del deber general de no dañar a nadie, se habla de la llamada responsabilidad extracontractual; en este caso el contenido de la obligación está determinado por la entidad y magnitud del daño que de cualquier modo se hubiese causado a la víctima.

En suma, se dice que la responsabilidad contractual tiene su origen en la voluntad de las partes del contrato y la extracontractual en la ley; asimismo, que la responsabilidad contractual resulta del vínculo exclusivo establecido únicamente entre las partes contratantes, mientras que la extracontractual resulta del deber general *erga omnes* que vincula a todos los integrantes del grupo social. En el primer caso se trata del incumplimiento de una obligación singularizada e instituida previamente entre los interesados o por alguien que asume unilateralmente la deuda, mientras que en el segundo se trata de una obligación general estatuida

por el ordenamiento jurídico o por la propia convivencia social. (GALVEZ VILLEGAS, 2017, págs. 7-13)

b. Responsabilidad penal

Hablar de responsabilidad penal nos ubica directamente en el marco del control penal o específicamente del Derecho penal y sus principales respuestas constituidas por la pena pública y la medida de seguridad; esto es, en el ámbito de la concreción de dichas consecuencias jurídico penales, cuando se ha producido una afectación de los bienes jurídicos más importantes de la sociedad.

La responsabilidad penal como tipo de responsabilidad, en principio es la carga legal que recae sobre el autor o partícipe de un hecho punible, carga que consiste en tener que afrontar las consecuencias jurídico – penales previstas para el hecho delictivo. *Responsabilidad* es la situación jurídica en que se encuentra la persona por la cual debe asumir las consecuencias de su obrar, *responsable* es la persona a quien se le hace asumir el peso de la responsabilidad. La imputación de responsabilidad penal solo se concreta si se reúnen todos los requisitos que la ley exige para que el individuo responda ante la sociedad.

El control penal recurre a la responsabilidad penal solo subsidiariamente, esto es, solo cuando los demás instrumentos preventivos o respuestas del ordenamiento jurídico, desde otras esferas menos gravosas, se muestren ineficaces para proteger el interés público configurativo de los bienes jurídicos penalmente tutelados. Pues, el Derecho penal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social, lograr la paz social y la convivencia pacífica de la comunidad.

Consecuentemente, el fin de la responsabilidad penal es sancionar al agente del delito, mediante la imposición de una pena, en satisfacción de un interés público, cuya titular es la sociedad y que se materializa con la acción penal en el correspondiente proceso penal. Así pues, los fines de la responsabilidad penal y la responsabilidad civil difieren notoriamente, ya que la primera persigue la imposición de la pena o sanción penal, mientras que la responsabilidad civil persigue únicamente la reparación del daño ocasionado por la conducta infractora, es decir, busca volver las cosas al estado en que se encontraban antes de que se perpetrara el hecho dañoso, o en el que se encontrarían si es que no se hubiese causado el hecho.

La responsabilidad penal, en sentido amplio, esto es, no centrada solo en el alto funcionariado, cubre toda la amplia gama de ilícitos penales en los que pueden incurrir los sujetos públicos (funcionarios o servidores) por acción u omisión punible, y que pueden ser directamente denunciados. No obstante, los jueces y fiscales, cuando en ejercicio de sus funciones cometen delitos funcionales, tienen una propia y previa vía de investigación preliminar de formación de causa a (cargo del órgano de control del Ministerio Público) y de decisión (por lo general, el Fiscal de la Nación) de la promoción de la investigación penal o la denuncia penal. (Rojas Vargas , 2017, pág. 50).

c. Responsabilidad política

La responsabilidad política alcanza a los funcionarios de alto nivel que, por lo general, están señalados en el artículo 99° de la Constitución Política: presidente de la República, congresistas, ministros, vocales supremos, vocales superiores, miembros del Tribunal Constitucional, consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, Defensor del Pueblo y Contralor General de la República. La responsabilidad política que cubre todo el ejercicio

funcional del sujeto público, incluso hasta por cinco años de haber cesado en el cargo es una responsabilidad que alcanza a los altos funcionarios que conducen instituciones y que se articula no por la comisión de delitos sino por la vulneración a las normas constitucionales (infracción constitucional). Esta responsabilidad política se sustancia, por lo general, en la vía del juicio político que se sucede al interior del Congreso y supone la imposición de medidas político-administrativas: suspensión, inhabilitación y destitución.

La atribución de responsabilidad política la realiza el Congreso de la República luego del procedimiento constitucional correspondiente seguido ante el mismo Congreso y conforme a los procedimientos establecidos por la Constitución y el propio Reglamento del Congreso (Proceso de Acusación Constitucional), en el que propiamente se realiza un juicio político, aun cuando se siguen reglas jurídicas propias del procedimiento.

El juicio político constituye una evaluación de la responsabilidad del alto funcionario – en sede exclusivamente parlamentaria – con un pronunciamiento final de carácter político destinado a separar del cargo al infractor de la Constitución; el objetivo buscando es proteger al Estado de los malos funcionarios y preservar la confianza pública depositada en ellos, por lo que cumple una función político-punitiva sobre la base de la razón política.

El juicio político se diferencia del antejuicio político, el que solamente es el paso parlamentario previo para autorizar a la Corte Suprema, como máxima autoridad jurisdiccional, a que se avoque a juzgar la responsabilidad penal del alto funcionario perpetrador de ilícitos penales y no necesariamente políticos, en ejercicio de la función punitivo-jurisdiccional, sobre la base de la razón jurídica que es privativa del Poder Judicial.

d. Responsabilidad administrativa

El Derecho administrativo sancionador ha elaborado su propia doctrina o dogmática, la que aun cuando se encuentra en estado de desarrollo, ha generado sus propios mecanismos y principios de justificación de la potestad sancionadora, a la vez que ha determinado las autoridades encargadas de imponer las sanciones y las que deben hacerlas cumplir. El desarrollo de dicha dogmática, pese a su estado de insipiente, viene consolidándose habiendo hecho suyos los principios y criterios del Derecho penal. En este sentido, Danós Ordóñez precisa que "... la necesidad de juridificar la potestad sancionadora de la administración y de otorgar garantías a los particulares determino la consagración jurisprudencial de la tesis que sostenía la identidad sustancial entre las sanciones administrativas y penales, de la que se deriva la aplicación al ilícito administrativo de una amplia gama de principios y garantías de orden penal, tales como los principios de legalidad, tipicidad, prohibición de analogía, irretroactividad de normas desfavorables, derecho a la defensa, presunción de inocencia, tutela judicial efectiva, non bis in idem y otros".

La responsabilidad administrativa podemos definirla como el juicio de reproche que efectúa el sistema jurídico contra el sujeto (persona natural o jurídica) que a través de una conducta activa u omisiva transgrede el ordenamiento jurídico administrativo que le es obligatorio cumplir. Esto es, para la imputación de responsabilidad administrativa debe existir previamente la obligación exigible o deber que el agente infringe. Para el proceso de determinación de la responsabilidad e imposición de la sanción debe realizarse un debido proceso en el que se tomaran en cuenta las diversas circunstancias que rodean a la conducta infractora, como la naturaleza de la función y jerarquía del cargo, la reincidencia o reiterancia, la concurrencia de infracciones, el beneficio obtenido y si la infracción es dolosa o culposa, entre otras. En efecto la Ley N°29622 (y en sentido similar las demás pertinentes) establece en su artículo 46° precisa que "*Conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional son aquellas en las que*

incurren los servidores y funcionarios públicos que contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen”.

La responsabilidad administrativa en general, habitualmente es entendida como una sola, sin embargo, puede apreciarse que dentro de esta existen variantes con su propia identidad que lleva a la configuración de más de un tipo de responsabilidad administrativa.

En efecto, se tiene la responsabilidad de los administrados o particulares que surge de la potestad sancionadora del Estado y se configura cuando los administrados particulares infringen normas que imponen sanciones administrativas, especialmente cuando realizan actividades sujetas a licencias de funcionamiento o control en general; en esta se puede comprender a personas naturales o jurídicas e implica la imposición de sanciones como multas, suspensión de actividades, cierre de locales o liquidación de la persona jurídica. Este tipo de responsabilidad se sustenta en el artículo 229 de la Ley 27444, que la define como la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados. Este es el caso, por ejemplo, de las multas u otras sanciones impuestas por la SUNAT, las municipalidades o las autoridades encargadas de la protección del medioambiente, etc.

2.4.4.3. Concurso de responsabilidades

Obviamente, un mismo hecho puede quedar sujeto a distintas formas de responsabilidad, sea civil, penal, administrativa, política y al correspondiente proceso de vacancia, pues tal como precisa Gracia Martín “... la aprehensión de la totalidad de los aspectos jurídicos relevantes de un caso requiere a menudo la intervención de diversos sectores del Ordenamiento Jurídico: el derecho penal, el derecho administrativo, el derecho civil, el derecho de seguros, etc. Ello supone que el hecho debe ser enjuiciado, sucesivamente con una pluralidad de criterios valorativos”.

En ese sentido, así como la responsabilidad civil proveniente de las normas del derecho privado genera la obligación resarcitoria, y un proceso judicial sustentado en estas normas tiene como fin lograr el resarcimiento o reparación del daño causado al bien jurídico, el derecho administrativo sancionador, busca la prevención de las conductas infractoras mediante la imposición de la sanción administrativa, la misma que sin ser ejemplificadora o intimidante como la pena, también constituye la privación de determinados fundamentalmente económicos.

La doctrina es unánime en reconocer que las responsabilidades penal, administrativa y civil cumplen sus propias funciones y tienen sus propios fundamentos dentro del ordenamiento jurídico. Y claro, no puede ser de otro modo, puesto que los problemas o conflictos que se suscitan en el seno de la sociedad tienen que ser abordados por el ordenamiento jurídico de modo integral y no únicamente a través de una sola de las disciplinas jurídicas. En efecto, las respuestas preventivas de hechos antisociales o antijurídicos propias del sistema de control jurídico pueden tener un contenido civil, uno penal o uno administrativo u obviamente, un contenido político; debiendo considerarse que la responsabilidad civil se activa para reparar los daños causados por hechos antijurídicos, a la vez que la responsabilidad penal tienen como fin concretar la pretensión punitiva del Estado y la administrativa opera para sancionar el incumplimiento de los deberes y obligaciones de determinados sujetos frente a la administración pública; y claro la responsabilidad política (e inclusive el proceso de vacancia) tiene como fin separar al alto funcionario del cargo público que viene desempeñando. En tal sentido, una sola acción puede quedar sujeta a más de un tipo de estas responsabilidades cuando ataque al objeto de protección de más de una de estas.

Así, el artículo 243 de la Ley 27444 estipula que las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes; asimismo,

que los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contra.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que cuando un mismo hecho queda sujeto a responsabilidad penal y a responsabilidad administrativa, y se acredita la identidad del sujeto, del hecho y del fundamento de la imputación, la responsabilidad penal será preeminente y la administrativa cederá frente a la primera, en tanto que la consecuencia penal que amerite del hecho será de mayor severidad que la administrativa y por ello se busca optimizar el efecto preventivo del control. No obstante, en muchos casos, pueden concurrir ambas responsabilidades, inclusive puede concurrir con la responsabilidad política.

2.4.4.4. El derecho penal administrativo

Hablar de Derecho Penal Administrativo, es hacer referencia al conjunto de disposiciones que asocian el incumplimiento de un deber concreto de los particulares para con la administración, con una pena determinada.

Los planteamientos doctrinarios que buscan fundamentar la autonomía del Derecho Penal Administrativo respecto del Derecho Penal común y del Derecho Administrativo, no han sido recepcionados pacíficamente. Se pone en duda que esta pretendida rama del derecho posea principios propios y con jerarquía. Los defensores de la tesis autonomista proponen como objeto del Derecho Penal Administrativo el castigo de las contravenciones, faltas e infracciones siempre que no constituyan delitos. (FRINSANCHO APARICIO, 2011).

2.4.4.5. La tendencia autonomista del derecho penal administrativo

Según esta tesis, el Derecho Penal Administrativo comprendería normas cuya transgresión acarrearía sanciones sólo a título preventivo, por constituir un peligro para el orden público y la seguridad general o individual.

Se plantea que el Derecho Penal Administrativo se encuentra fuera del ámbito del Derecho Penal, ya que mientras el delito ataca bienes jurídicamente protegidos, en el caso del delito administrativo no tiene capacidad de proyectarse en la conciencia jurídica o moral, dado que representa una lesión a simples intereses de índole administrativa. (LAMAS PUCCIO, Luis, 1996).

Aún más, entre ambas formas de delito no sólo existiría una diferencia de grado, sino también, un distanciamiento en el campo de la antijuridicidad y la culpabilidad.

En ese sentido, el delito administrativo vendría a ser la contravención de una obligación positiva que el ciudadano tiene hacia la administración. No es un delito de daño sino de auxilio frustrado. Proviene de una falta al deber de colaboración con la Administración Pública que implica quebrantar una finalidad social. (FRINSANCHO APARICIO, 2011).

2.4.4.6. El derecho penal administrativo como parte del derecho penal

Habiéndose descrito la tendencia unitaria, debemos mencionar que, frente a esta tesis autonomista del Derecho Penal Administrativo, surge la tendencia unificadora, cuyo objetivo es la obtención de la unidad fundamental de todo el derecho represivo.

Como se esbozaba, la pretendida autonomía del Derecho Penal Administrativo se basa en una supuesta diferencia ontológica entre delitos y contravenciones. En realidad, no existen diferencias sustanciales u ontológicas entre las normas aplicadas por la autoridad judicial (Derecho Penal ordinario) y aquellas que sustentan la potestad sancionadora de la administración, por lo que, de adoptarse esta corriente, creemos, se pondría en riesgo las garantías elementales que deben rodear la aplicación de todo orden jurídico represivo. Así, desde la perspectiva procesal, el reemplazo en el juzgamiento del Poder Judicial por el órgano de la administración y del proceso penal por el proceso administrativo, no pueden funcionar con la misma rigurosidad y estricta legalidad, en atención a la necesidad de protección de los bienes jurídicos susceptibles de afectación.

La Administración no posee una potestad sancionadora autónoma, pues ello la convertiría en juez y parte, con el consiguiente quebranto del principio de división de poderes. Es por ello, que la Constitución Política de 1993 establece la impugnabilidad -en la vía jurisdiccional- de las resoluciones administrativas que causan estado. Se trata de una forma de control judicial sobre la actividad sancionadora de la Administración.

Las decisiones o actos de la Administración Pública que vulneran el derecho y causan perjuicio a los particulares siempre serán impugnables en la vía judicial, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 148° de la Constitución, que a la letra señala: “Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa”.

Nuestra Constitución ha adoptado la tendencia anglosajona que otorga a los particulares afectados por un acto administrativo el derecho de acudir a los tribunales de justicia para obtener la reparación del agravio. (CHRININOS SOTO & CHIRINOS SOTO, 1994).

2.4.4.7. Distinción cualitativa entre delito e ilícito administrativo

Conforme lo sostiene GARCÍA CAVERO, 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 culpabilidades 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 antijuricidad, 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. (GARCIA CAVERO, 2008).

2.4.4.8. Criterios de delimitación de lo penal y lo administrativo

FRISANCHO APARICIO, establece como criterios de delimitación de lo penal y lo administrativo en consideración a dos elementos: el elemento cuantitativo y el elemento cualitativo (FRISANCHO APARICIO, 2011) en el sentido siguiente:

- **El elemento cuantitativo:** En ciertos casos, la propia normativa positiva establece claramente un elemento cuantitativo de distinción entre el delito y la infracción administrativa, en cuyo caso no habrá mayor discusión, de lege lata, para hacer la delimitación. La solución sigue una lógica binaria: el hecho concreto o es un delito, o es una infracción administrativa.

- **El elemento cualitativo:** En otros casos, puede ser que la legislación no establezca una delimitación entre delito e infracción administrativa, pero del tenor de las disposiciones legales correspondientes se puede apreciar con claridad cuál es el aspecto que hace que la conducta alcance el estatus de delito. La infracción administrativa abarca aquí a la conducta delictiva, pudiéndose distinguir lo que, es una simple infracción administrativa de aquello que es además un delito por un elemento estructural legalmente establecido.

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.

No obstante, lo señalado, para lograr establecer una diferencia entre ambos ilícitos puede servir de fundamento el carácter de las consecuencias jurídicas que están en juego al momento de transgredir ambos órdenes normativos, teniendo entonces, sin lugar a dudas, que

la infracción penal es la más grave. Por ello, la sanción debe ser también más grave y, en consecuencia, su procedimiento de imposición debe rodearse de mayores garantías.

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. La norma penal se reserva, como lógica consecuencia del principio de intervención mínima de la actuación punitiva del Estado, para aquellas conductas más graves, cumpliendo una función también preventiva por la mayor eficacia derivada del más acentuado temor del presunto infractor a la sanción penal que a la fijada por la Administración. Sin embargo, no se debe olvidar que la sanción penal no significa dejar de lado la posibilidad de sancionar administrativamente de modo alternativo.

2.4.4.9. La concurrencia del proceso penal y administrativo sancionador - prohibición de doble procesamiento (non bis in idem procesal)

En lo que atañe a la prohibición de doble castigo, no basta con impedir la imposición de las dos sanciones concurrentes, sino que, dado que el procesamiento en sí constituye una carga sobre el ciudadano, debe establecerse mecanismos para impedir ese doble procesamiento. En consecuencia, si un hecho tiene una incidencia tanto penal, como administrativa, solamente deberá hacerse un procesamiento a la misma persona.

Lo primero que debe definirse es quién decide si un caso concreto tiene incidencia administrativa y penal; por lo que, dado que el delito es el que tiene la mayor especificidad frente a la infracción administrativa, debe ser el sistema penal el que decida, por lo que le corresponderá al Ministerio Público tomar la decisión sobre si un hecho tiene relevancia penal o si solamente cabe que el hecho se investigue en sede administrativa.

Una vez que se ha determinado que el hecho concreto tiene relevancia penal y administrativa, debe establecerse si la aplicación conjunta de pena y sanción administrativa conlleva una sobre reacción sancionatoria. Para evitar ello, resulta necesario limitar el castigo a una sola sanción, por lo que debe decidirse cuál de las sanciones debe prevalecer. La regla asumida en nuestra legislación es la preeminencia del castigo penal. Por lo tanto, si se inicia un proceso penal, el procedimiento administrativo sancionador no tiene que iniciarse o, si es que ya se inició, no deberá continuar. Si el proceso penal concluye con una condena penal, esta situación cerrará definitivamente la posibilidad de un procesamiento administrativo. En caso de absolución, por el contrario, se podrá reabrir el proceso administrativo sancionador, aunque manteniendo los hechos judicialmente determinados.

Cabe señalar, que la afirmación de que una sentencia condenatoria en sede penal cierra la posibilidad de abrir un procedimiento administrativo sancionador debe relativizarse en caso de condenas que no imponen sanciones, o éstas no se ejecutan. Esto sucede en el caso de la reserva del fallo condenatorio y la suspensión de la ejecución de la pena. Por lo tanto, si bien el condenado gozó del beneficio de la reserva del fallo o de la suspensión de la ejecución de la pena, este beneficio tiene un radio de acción limitada a la sanción penal y no debe alcanzar a la sanción administrativa.

Pero, no se trata ya de un mecanismo que apunte a evitar una excesiva doble sanción, sino de evitar respuestas estatales contradictorias. En efecto, razones de seguridad jurídica obligan a que la base fáctica sobre la que se decide el tema penal y el tema disciplinario sea la misma. Dado el carácter definitivo de la determinación judicial de los hechos, es el proceso penal el que debe determinar la base fáctica sobre la que los órganos administrativos deben decidir

la sanción disciplinaria. En consecuencia, el procedimiento disciplinario debe suspenderse hasta que en el proceso penal se determine la base fáctica sobre la que decidir la responsabilidad disciplinaria. (GARCIA CAVERO, El principio del NON BIS IN IDEM a la luz de una distinción cualitativa entre delito e infracción administrativa. Un penalista de dos mundos , 2013).

2.5. Hipótesis

2.5.1. Hipótesis General

La inexistente o aparente rendición de cuentas de los viáticos por parte de los funcionarios y servidores públicos, configuraría el delito de peculado doloso por apropiación, toda vez que se está afectando el patrimonio del Estado y el buen funcionamiento de la administración pública.

2.5.2. Hipótesis Específica

Los viáticos constituyen objeto material del delito de peculado por apropiación, toda vez que son caudales públicos.

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

3.1. Enfoque y diseño

Cualitativo; porque se busca explicar los motivos que hacen necesario considerar a la inexistente o aparente rendición de cuentas de los viáticos como la configuración del delito de peculado doloso, toda vez que se están apropiando de dicho dinero, y se está afectando el patrimonio del Estado y el buen funcionamiento de la Administración Pública.

El diseño de investigación es Documental, porque los datos que servirán para poder responder al problema de investigación, en principio lo vamos obtener de una fuente de información como son legislación, doctrina y jurisprudencia relacionada al tema.

Las técnicas utilizadas en el presente trabajo han sido la recopilación y análisis de documentación referente al tema tratado, lo cual he complementado con diversos métodos de investigación, como lo son los métodos inductivo y comparativo.

Los métodos utilizados en la presente investigación, son el exegético y dogmático como métodos de investigación jurídica; el método histórico y sociológico como método de interpretación jurídica, y el de principios generales del derecho, como método de integración.

3.1.1. Diseño Descriptivo - Documental

La presente investigación será Descriptiva - Documental, toda vez que se va a desarrollar en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, analizando aquellas opiniones y argumentaciones que estén vinculadas al tema materia de la presente investigación.

Siendo documental, porque se dedica al estudio de un problema con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza, constituyéndose es una estrategia donde se observa y reflexiona sistemáticamente sobre realidades usando para ello diferentes tipos de documentos, mediante la cual se indagará, interpretará y se presentará datos e informaciones sobre el tema. A su vez será una investigación descriptiva, ya que se procura determinar cuál es la situación actual respecto al problema de investigación, siendo que no se limitará a la recolección de datos, sino a la predicción e identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables.

3.2. Métodos

En la presente investigación se utilizarán los siguientes métodos:

- **Método Descriptivo:** En las investigaciones de tipo descriptiva, llamadas también investigaciones diagnósticas, fundamentalmente, consisten en caracterizar un fenómeno o situación concreta indicando sus rasgos más peculiares o diferenciadores. Es aquella orientación que se centra en responder a la pregunta ¿Cómo es? Una determinada parte de la realidad que es objeto del estudio.

- **Método Hermenéutico Jurídico:** En nuestra investigación, el presente método nos ha servido, en el análisis y estudio de la normatividad relacionada con nuestro tema de investigación, ya que nos ha permitido desentrañar cuál es el verdadero sentido o ratio Legis de la institución jurídica del Delito de Peculado, a través de la norma jurídica que lo sustenta, así como su origen y fundamentación doctrinal, lo que nos llevó a utilizar según fue conveniente las diferentes formas de interpretación con las que cuenta dicho método.

- **Método Dogmático:** Su uso nos permitirá el estudio de concepto jurídicos, como instituciones y principios, es decir se realizará un estudio doctrinario de las diferentes instituciones jurídicas en las que se encuentra enmarcada el desarrollo de la presente investigación.

- **Método Iusnaturalista:** Para entender los valores subsumidos en los conceptos jurídicos de los cuales están compuestas las instituciones jurídicas, todo esto, enmarcado en la contratación de los diferentes conceptos políticos - jurídicos esbozados en la presente tesis.

- **Método Comparativo:** Se aplicará a fin de determinar las similitudes entre los sistemas jurídicos, recabando doctrina y jurisprudencia del derecho comparado.

- **Método Analítico:** Su uso nos permitirá utilizar lo pertinente de la legislación, doctrina y jurisprudencia correspondiente al tema antes mencionado, regulado en nuestro país y hacer un análisis crítico de la misma.

- **Método deductivo - inductivo:** Mediante el cual se establecerán determinadas conclusiones partiendo del análisis del marco legal de las normas para con ello determinar si ante la inexistente o aparente rendición de cuentas de los viáticos configuraría el delito de peculado.

- **Método Teleológico o Ratio Legis:** Este método será utilizado en la presente investigación para identificar el espíritu de la normatividad vinculada a la investigación.

- **Método de Argumentación Jurídica:** La utilización de este método, nos ha permitido elaborar el discurso jurídico relevante y bien estructurado, desmembrando el objeto de estudio en todo su sentido gramatical, para con ello elaborar las proposiciones jurídicas referentes al tema investigado.

3.3. Técnicas e instrumentos

Fuentes Directas: Código Penal y Procesal Penal, Normas internacionales como convenciones y tratados de la corrupción, artículos jurídicos, publicados en Gaceta Jurídica, Actualidad Jurídica, Libros especializados, internet, notas periodísticas, entrevistas, entre otros.

Las técnicas a emplearse serán aquellas que privilegie los documentos, a fin de analizar minuciosamente la información doctrinaria y legislativa sobre el tema objeto de investigación, las técnicas a emplearse son las siguientes:

- **Análisis de contenido**, tanto normativo como dogmático, por el que realizamos una serie de operaciones racionales para comprender el contenido de las fuentes, haciendo el deslinde adecuado de las ideas principales y secundarias que subyacen de ellas en correlación con nuestro tema de investigación, en la que se requirió una seria concentración del investigador y el uso de técnicas de lectura adecuadas.

- **Fichaje**, tanto normativo como dogmático, pues esto nos ha permitido una selección y recopilación de datos documentales de manera organizada y sistematizada; ya que la mayoría de datos de nuestra investigación, por no decirlo casi en su totalidad, descansan en libros o artículos de revistas; convirtiéndose en ese sentido las fichas en unidades de información organizadas.

3.4. Aspectos éticos

UNP-VRI-OCIN-DJ-N°... /201

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACION

Yo, Snayber Augusto Airton Lozada Yamunaqué identificado con CU/DNI –N°1102012049 – N°73138747, en la condición de Bachiller, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Escuela Profesional de Derecho y Ciencias Políticas y domiciliado en Asentamiento Humano Marko Jara I etapa Manzana Y Lote 06 del Distrito y Provincia de Paita y Departamento de Piura, Celular N°939130159 Email, snayber-07hotmail.com

DECLARO BAJO JURAMENTO: que el trabajo de investigación que presento a la Oficina Central de Investigación (OCIN), es original, no siendo copia parcial ni total de un trabajo de investigación desarrollado, y/o realizado en el Perú o en el Extranjero, en caso de resultar falsa la información que proporciono, me sujeto a los alcances de lo establecido en el Art. N°411, del código Penal concordante con el Art. 32° de la Ley N°27444, y Ley del Procedimiento Administrativo General y las Normas Legales de Protección a los Derechos de Autor. En fe de lo cual firmo la presente.



A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, stylized 'S' followed by the name 'Snayber'.

Piura, agosto del 2018.

Artículo 411.- El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Art. 4. Inciso 4.12 del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales –RENATI Resolución de Consejo Directivo N° 033-2016-SUNEDU/CD

CAPÍTULO IV: PROBANZA JURÍDICO DOCTRINAL

Para realizar la probanza jurídico doctrinal se ha recopilado información de doctrinarios interesados y preocupados por el tema, así como jurisprudencia y normativa vinculada con la problemática descrita. La hipótesis general planteada en la presente investigación fue: “*La inexistente o aparente rendición de cuentas de los viáticos configuraría el delito de peculado doloso por apropiación toda vez que se está afectando el patrimonio del Estado y el buen funcionamiento de la administración pública*”. Así como la hipótesis específica fue: “*Los viáticos constituyen objeto material del delito de peculado por apropiación, toda vez que son caudales públicos*”. A continuación, pasaremos a probar las tentativas de respuestas planteadas.

A. LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN ANTE UNA INEXISTENTE O APARENTE RENDICIÓN DE CUENTAS DE LOS VIÁTICOS POR PARTE DE LOS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS.

El legislador ha establecido en el artículo 387° del Código Penal, la fórmula básica del delito de peculado doloso, que a su letra exige:

“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 (...)”

Como se puede apreciar, el artículo bajo análisis exige que la acción típica del Delito de Peculado recaiga sobre efectos o caudales del Estado (REYNA ALFARO, 2011); de modo que la doctrina especializada 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: dinero, bienes muebles e inmuebles (ROJAS citado por REYNA, 2011), siendo que dentro de estos últimos encontramos precisamente a los famosos *viáticos*, materia de la presente investigación, los cuales son otorgados a los funcionarios y servidores públicos, en las diversas instancias descentralizadas del Estado, con la finalidad de que realicen determinadas funciones públicas fuera de su sede habitual del trabajo, tal como ya lo hemos venido señalando en el desarrollo de la presente investigación.

Siguiendo esa misma línea interpretativa, el delito de peculado en la apropiación de los viáticos, estaría dada por el hecho de no justificar, esto es transcurre el periodo de realización del servicio encomendado, y vencido el plazo que se le da para efectos de que rinda cuentas, no lo hace, o si se hace, se usan medios fraudulentos, con el fin de falsificar o adulterar el contenido de los documentos que sustentarían los gastos realizados durante la comisión de servicios, o en lo peor de los casos, además de no justificar o adulterar la persona del comisionado, no realiza el servicio, es decir, no cumple con la finalidad para la cual se le asignaron los viáticos por parte del Estado.

El delito de peculado se perfecciona al “*apropiarse*”; por ejemplo, cuando el funcionario o servidor público decide gastarse el dinero de los viáticos en una cena con su novia, en comprarse ropa o cualquier otro bien, o cuando simplemente no decide hacer el viaje encomendado y no devolver el dinero. Incluso nos atrevemos a decir que hay apropiación cuando se ha “*cumplido*” con rendir cuentas del dinero entregado para la comisión de servicios, pero que estos no corresponden a la verdad, conforme este último supuesto ha sido recogido en la ejecutoria suprema R.N. N° 1315-2014 LIMA, en el que si bien se concluyó que la apropiación de viáticos

no constituye delito de peculado; no obstante también señalo que: “*cuando al procesado se le asigna un monto por viáticos y este, para apoderarse de los caudales entregados para cumplir la labor encomendada, adultera boletas, se configura el delito sub materia*”; configurando el delito de peculado en concurso con el delito de falsificación de documentos.

En tal sentido, 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, 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), al tener pues la necesidad de desempeñar las específicas funciones públicas que le han sido encomendadas, en un lugar distinto al de su sede habitual de trabajo. 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 (REAÑO, citado por REYNA, 2011).

Dentro de la jurisprudencia que asimila esta posición se tiene:

- Resolución N°2665-2008- PIURA, del 21 de enero de 2010, emitida por la Sala Penal Permanente, en la cual se afirmó que: “ (...) no retornar el saldo del viático no utilizado constituye un delito de peculado pues se habrían realizado “actos de disponibilidad de un monto de dinero que le fue asignado [al funcionario público] para determinado fin (viáticos), sin sustentarlo cuando correspondía, es decir, realizó actos de libre disposición en su condición de funcionario público, lo que conllevó a que el estado pierda la disponibilidad sobre el bien y que los caudales entregados no cumplan su finalidad propia y legal”.

Si bien existen posiciones en contrario que amparan la atipicidad de la conducta de apropiación de los viáticos, en razón al carácter fragmentario y de mínima intervención del Derecho Penal, por las cuales se impediría asimilar dentro de los alcances típicos del Delito de Peculado, conductas menores vinculadas a omisiones o deficiencias en la sustentación de gastos por asignación de viáticos con fondos públicos. No obstante, creemos modestamente que dicho criterio es errado en razón a los fundamentos con los que se ha dado la figura del Peculado.

Al respecto, **debemos señalar que de la evolución legislativa del tipo penal de Peculado, que en ningún momento al expedirse las normas, se ha descartado por un tema de mínima lesividad la tipicidad de conductas tendientes a la configuración del ilícito en estudio; cuanto y más tampoco se ha minimizado el mismo por temas del valor patrimonial;** más bien todo lo contrario, pues como se ha podido observar han existido diversas propuestas legislativas -Proyecto de Ley N°4187/2010-PJ del Poder Judicial, Proyecto de Ley N°4886 del Partido Nacionalista- que propugnaban la atipicidad de la conducta en aquellos casos de mínima lesividad del patrimonio estatal apropiado o utilizado por parte del funcionario o servidor público; ello no caló o recibió eco en nuestros legisladores, pues como se ha comprobado dichas propuestas no fueron acogidas, existiendo así más bien una tendencia a aumentar las penas, sin tener que aislar la configuración del tipo penal por cuestiones de mínima lesividad al mismo, situación que se mantiene hasta la actualidad, por cuanto existe una tendencia imperante ideológicamente de lucha contra la corrupción, de evitar la impunidad y de que la sociedad ya no vea defraudada sus expectativas de crecimiento y desarrollo.

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 puesta en sus funcionarios, que indudablemente resulta seriamente afectada frente a conductas de apropiaciones o utilidades de caudales del Estado.

Así pues, al amparar la atipicidad de dicha conducta traería como consecuencia el propiciar o inducir a apropiaciones “pequeñas” y considerar al peculado como un delito patrimonial, desconociéndose así la tesis de la infracción del deber, propia del delito de peculado, al ser un delito especial y ser caracterizado como delito funcional; por lo que el criterio de costo económico de los bienes apropiados se ha utilizado para agravar la conducta, más no para descriminalizarla o sugerir espacios de reconducción disciplinaria, tal como lo ha establecido el Primer Pleno Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios.

Consecuentemente, el sostener que la apropiación o utilización de viáticos de mínima entidad resultaría atípico en virtud del **principio de insignificancia o bagatela**, en el marco de interpretación del operador jurídico, en su análisis bajo la directriz del principio de lesividad para el bien jurídico protegido; **sería pues desconocer un principio fundamental del Derecho Penal y de nuestro ordenamiento jurídico penal como es el Principio de Legalidad**, pues nuestra legislación no ha establecido hasta la fecha límites mínimos para analizar si estamos o no frente a una conducta ilícita en lo referente al Peculado.

Por todo ello, no buscamos criminalizar cualquier tipo de conductas; sino que lo que se busca es demostrar que existen conductas que vulneran gravemente a la Administración Pública, por parte de sus propios funcionarios o servidores públicos, quienes pese a tener la obligación de ejercer sus funciones conforme a derecho -pues están al servicio de toda la colectividad- lesionan intereses y derechos fundamentales de una sociedad; bajo la excusa de señalar y de hacer creer que se encuentran en pleno ejercicio de sus funciones, y que por ende los viáticos que se les asignan para cumplir determinadas funciones fuera de su sede habitual de trabajo, pueden ser utilizados y destinados de la forma como ellos deseen, sosteniendo incluso que dichos caudales del Estado forman parte de su patrimonio personal; y que nadie debería de verificar cuál ha sido el verdadero destino de dichos fondos.

B. LA CONSECUENCIA DE LA INDEBIDA UTILIZACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y/O APROPIACIÓN DE VIÁTICOS ES AFECTAR EL PATRIMONIO DEL ESTADO Y EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como expresábamos en las líneas precedentes, los delitos contra la Administración Pública impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones. De ahí, que la protección penal de la Administración Pública debe adecuarse a los parámetros constitucionales, tutela que ha de centrarse no en el cumplimiento de los deberes propios del cargo, sino en su repercusión sobre el correcto funcionamiento de la Administración Pública y de las diversas actividades prestadas por ésta, en ese tenor se ha establecido a los delitos contra la Administración Pública como delitos de infracción al deber.

Ahora bien, el Delito de Peculado es un delito pluriofensivo, toda vez que aparte de proteger el patrimonio del Estado, también busca cautelar el correcto funcionamiento de la Administración Pública en general, de modo específico busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeñan como es el de percibir, administrar y custodiar el patrimonio del Estado; posición que incluso ha sido recogida por la jurisprudencia nacional en la Ejecutoria Suprema del 14 de abril de 2000, pues allí se argumenta en forma resumida que el Delito de Peculado no se encuentra comprendido dentro de los delitos contra el patrimonio, sino, antes bien, como delito cometido contra la Administración Pública por funcionario público, es decir se rige por la teoría de infracción del deber. (Expediente N°1132-98-Lima) (SALINAS, 2009).

Cabe señalar, que lo dicho se encuentra respaldado en el Acuerdo Plenario N°4-2005/CJ-116, el cual ha precisado que 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; no obstante ello, inobservándose dicho fin político criminal, se ha venido emitiendo jurisprudencia en sentido contrario, cuando se ha estado frente a un caso concreto respecto a considerar que la indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos no constituiría Delito de Peculado, alegándose la irrelevancia de los viáticos dentro del Derecho Penal y atribuyéndoles sólo aspectos administrativos a su otorgamiento.

De lo analizado en el presente estudio, podemos ver que la consideración en referencia para sostener la atipicidad de la figura bajo análisis, inobserva la necesidad de la existencia, naturaleza y finalidad de este caudal conocido como viáticos (terminología presupuestaria), que a mayor detalle se ha establecido en la dimensión axiológica, pues **conforme se ha establecido en el Decreto Supremo N°007-2013-EF**, a través de este caudal, valga la redundancia, **lo que se busca, es asegurar un adecuado nivel de eficacia en las acciones que los funcionarios y empleados públicos, independientemente del vínculo que tengan con el Estado**. Por tanto, no resulta cierto que el patrimonio del Estado se desplace a la esfera privada del funcionario o servidor público, pues como se ha establecido su naturaleza es la de ser un caudal del Estado, que merece la mayor protección y resguardo como de cualquier otro tipo de caudal o efecto, máxime si la propia posición en contrario reconoce que los funcionarios o servidores a quienes se les otorga estas asignaciones dinerarias tienen el deber de rendir cuentas una vez culminada la comisión de servicios; lo que demuestra que estos no cuentan con absoluta discrecionalidad en relación a los fondos públicos que reciben en calidad de viáticos; pues ello se condice mejor con el bien jurídico protegido en el delito de Peculado, protegiendo así la administración íntegra, leal y proba del dinero público confiado al funcionario en razón de su cargo.

Aunado a ello, mayor sustento recibe nuestra posición por cuanto como hemos descrito en nuestro marco teórico, la posición en contrario ignora o inobserva la existencia de normas que prevén como deberes funcionariales propios de los funcionarios y servidores públicos en el desempeño de sus respectivos cargos, que éstos tengan que observar en el manejo de los caudales del Estado, las medidas de austeridad, racionalidad y transparencia del gasto público, previstas en la Ley de Presupuesto del Sector Público para cada año fiscal; así como también 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. De ahí, que todo trabajador estatal tenga que realizar una correcta gestión y utilización del patrimonio público que se le es asignado de cara a servir los intereses generales de la sociedad, pues sólo así se cumpliría con la finalidad pública encomendada.

Sin embargo, conforme hemos podido apreciar, hay una marcada tendencia a la comisión de delitos contra la Administración Pública en general, y en especial, del Delito de Peculado, lo cual pues trae consigo una vulneración manifiesta del bien jurídico protegido por este tipo de delitos, **como es el correcto funcionamiento de la Administración Pública**, y específicamente, una lesión al patrimonio estatal; pues precisamente para el caso del Peculado, hemos apreciado cómo es que con la conducta del funcionario o servidor público que se apropia, utiliza o administra indebidamente los caudales del Estado (viáticos), trae como consecuencia que gran parte de los presupuestos públicos no se ejecuten porque son objeto de apropiación por parte de sus responsables; pues si hiciéramos un cálculo del monto total mensual que todo trabajador público percibe por viáticos, y del monto del cual se apropia, bajo el entendido de que es patrimonio integrado a su ámbito personal, tendríamos como resultado una exorbitante afectación económica estatal; lo cual pues trae como correlato una frustración de proyectos de desarrollo nacional (como la erradicación de la pobreza), y la destrucción de la confianza de los ciudadanos en la Administración Pública, específicamente en lo correspondiente a la dignidad y prestigio de

la Función Pública. Es más, frente a estas conductas hemos apreciado que organismos internacionales o regionales, a través de sendas convenciones han dispuesto que los estados parte, asuman la obligación de prevenir estas conductas a través de su criminalización.

Siendo ello así, y estando frente a una problemática tan álgida que se encuentra atravesando nuestro país; en virtud a que la criminalidad ha aumentado, en especial, la comisión de Delitos contra la Administración Pública; pues, incluso, se calcula que nuestro Estado pierde entre seis mil y nueve mil millones de soles anuales a raíz de la corrupción y es así por ejemplo que, en la actualidad, el 92% de nuestros municipios a nivel nacional tengan investigaciones abiertas por Delitos de corrupción. Adicionalmente a estos temas fácticos, en cuanto a percepción de la sociedad, la corrupción también se encuentra considerada dentro de los dos problemas que principalmente aquejan a nuestro país.

Incluso podemos señalar que el delito de peculado se perfecciona independientemente de que el funcionario o servidor haya cumplido con rendir cuentas del dinero entregado para la comisión de servicios, toda vez que ante la rendición de cuentas o no, puede deberse a una multiplicidad de factores que no indican necesariamente que el funcionario o servidor público se haya apropiado del patrimonio del Estado. Pues podría haber sucedido que haciendo cumplido plenamente con la comisión de servicios encomendada perdió los comprobantes de pago que daban cuenta del correcto gasto del dinero recibido o se los podrían haber hurtado o robado junto con otros bienes, o simplemente habiendo cumplido también con la comisión encomendada, el funcionario o servidor público fue negligente y dejó transcurrir el plazo para presentar su rendición de cuentas.

En ese tenor, sostenemos que la no rendición de cuentas puede constituir un importante indicio de la apropiación de dinero recibido en calidad de viáticos, es cierto; pero no más que ello, y debe usarse y valorarse en conjunción con otros indicios o elementos de convicción para determinar si realmente el funcionario o servidor se ha apropiado o no del dinero materia de cuestionamiento.¹⁹

Todo ello debe dilucidarse en investigación a nivel preliminar que realiza la Fiscalía, donde se podría tener como resultado que si bien el funcionario o servidor público no rindió cuentas en la oportunidad debida ni después – por no contar con los comprobantes correspondientes – en la institución a la que fue comisionado para realizar gestiones oficiales fuera de la ciudad se registra su visita; los funcionarios con quienes tenían que interactuar para las gestiones encomendadas reconocen dicha interacción; en el hotel y restaurante donde indicó haber pagado por hospedaje y alimentación figuran los comprobantes de pago – emisor a nombre de la institución pública que lo comisionó (incluso podría ser a nombre del propio servidor).

Por otro lado, la efectiva rendición de cuentas tampoco asegura que no se haya cometido un delito de peculado; puede ocurrir que los comprobantes de pago que se acompañen a la rendición hayan sido dados de favor o a cambio de un pago porque el funcionario o servidor en lugar de aplicar el dinero recibido a la comisión de servicios encomendada decidió apropiarse del mismo, como lo hemos mencionado en líneas precedentes, de ello dependerá que la Fiscalía realice una ardua labor en investigar estas apropiaciones.

¹⁹ BARRIOS ALVARADO. E. “*El delito de peculado y la asignación de viáticos*”. P. 177. “*Ni aun a nivel probatorio, está sola infracción puede constituir un indicio de apropiación o desviación privada típica del delito de peculado, cuando la comisión encomendada puede ser acreditada por otros medios (informes de la comisión, actos de asistencia, certificaciones públicas, boletas de traslado, entre otros)*”.

C. LOS VIÁTICOS CONSTITUYEN OBJETO MATERIAL DEL DELITO DE PECULADO, TODA VEZ QUE SE TRATAN DE CAUDALES PÚBLICOS

La toma de posición sobre si los viáticos pueden ser objeto material del delito de peculado requiere de responder afirmativamente dos preguntas a) ¿Los viáticos constituyen caudales o efectos? y b) ¿Los viáticos se reciben en percepción administración o custodia?

La doctrina es pacífica respecto de los rasgos básicos de la definición de los elementos del tipo “caudales” y “efectos”; por ejemplo, en (ABANTO, 2003) se puede encontrar que:

“Los CAUDALES son toda clase de bienes en general (especialmente el dinero) dotados de calor económico. Incluso los bienes artísticos, recreativos e históricos son valubles económicamente”

Y que:

“Los EFECTOS son documentos de crédito negociables emanados de la Administración Pública: valores de papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc.”

Un abordaje similar realiza el Acuerdo Plenario N°4-2005/CJ-116, cuando nos dice:

“e) Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables (...)”

Como ya lo hemos señalado, en párrafos precedentes, la Corte Suprema ha establecido a los viáticos como “**la asignación** que se otorga al funcionario o servidor público o personal comisionado, independientemente de la fuente de financiamiento o su relación contractual, para cubrir los gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local (desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión) y movilidad de traslados (hacia y desde el lugar de embarque, es decir en rigor es un dinero que se facilita a un trabajador **para cubrir los gastos en los que incurre por desplazamiento realizados en la consecución de su tarea**”.

Conforme al Clasificador de Gastos del Sistema de Gestión Presupuestal, aprobado por Resolución Directoral N°030-2015-EF/50.01, los viáticos constituyen una partida específica de gasto y se definen como: “Asignación que se concede al personal público para atender gastos personales que **les ocasione en el desempeño de sus funciones**, en el interior del país (alimentación, hospedaje, movilidad, etc.)

En ese sentido, podemos demostrar que los viáticos **no son entregados en beneficio personal, pues queda claro que están totalmente ligados a la finalidad pública**, es decir son facilidades que son otorgados a los funcionarios o servidores públicos para la ejecución de sus propias funciones, aunque diversos doctrinarios sostengan que el comisionado está autorizado a gastar el íntegro de los viáticos, sin embargo estos **no constituyen ingresos propios**, no son parte de su remuneración, prueba de ello subsiste la Directiva de Tesorería N°001-2007-EF/77.15 que establece:

- La obligación de sustentar documentariamente los gastos (rendición de cuentas generalmente a través de comprobantes de pago).
- La obligación de devolver lo no usado.

Según ABANTO, 2013, señala que los viáticos constituyen condiciones de trabajo, pues es verdad, a nuestra opinión estamos de acuerdo que son condiciones de trabajo, sin embargo, esto no debe tomarse por atípica la conducta de apropiación pues, todo lo contrario, deben

entenderse como “sumas de dinero, bienes y en general, todo aquello que se otorga al trabajador para el cabal desempeño de sus labores o funciones”, y como tal;

- No constituyen remuneración, toda vez que no retribuyen la labor o el esfuerzo del trabajador.
- No son de libre disposición del trabajador.
- Están destinadas a un fin específico relacionado con la labor que desempeña el trabajador.
- No son base de cálculo para el pago de beneficios sociales.
- No están gravadas con los tributos que afectan a las remuneraciones.

De tal manera, que si bien es cierto cuando al funcionario o servidor público se le otorgan los viáticos, subsiste la autorización para disponer del dinero en su totalidad, pero también es cierto que todo ese dinero debe gastarse en el lapso en que se está cumpliendo la comisión ordenada, es más subsiste y conforme ya lo hemos venido demostrando, la obligación de devolver los viáticos no usados, porque si no de cualquier otra forma será una apropiación.

En ese sentido, los viáticos son fondos públicos, extraídos de partidas presupuestarias específicas, que son asignados a un funcionario o servidor público en caso de comisión de servicios fuera de su sede habitual, para cubrir gastos por concepto de alimentación, hospedaje y movilidad (hacia y desde el lugar de embarque), así como la utilizada para el desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión de servicios. Esta asignación tiene una finalidad específica, asociada al ejercicio regular de la función pública.

Respecto a la segunda pregunta que nos planteamos, sostenemos conforme Abanto Vásquez, administrar significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a finalidades legalmente determinadas. En suma, la administración implica el manejo de los recursos públicos para el logro de finalidades públicas.

Del mismo modo, si los viáticos no son entregados para su simple protección, conservación y vigilancia, sino para que se disponga de los mismos y se les consuma, esto es, se les gaste (incluso en su integridad) aplicándolos a los fines que justificaron su asignación oficial; de ningún modo la recepción de los mismos puede ser en custodia.

Entonces, si se entiende el elemento típico del delito de peculado “administración” como “*la facultad de disponer de los bienes para aplicarlos a finalidades legalmente determinadas*”, de “*manejar, gestionar o conducir el empleo de bienes o dinero público, lo que supone necesariamente la facultad de disponer de ellos, siempre y cuando se respete los límites que imponen la ley y el interés público*” y que “*funcionario “administrador” es aquel que, con arreglo a los ordenamientos respectivos, posee facultades de disposición de los bienes, es decir, que tiene legalmente facultades para aplicarlos a finalidades determinadas por el orden jurídico*”, se debe reparar en que precisamente ello es lo que ocurre en el caso de los viáticos.

El funcionario o servidor al recibir el dinero ingresa en la facultad de disponer del mismo para aplicarlo a una finalidad legalmente determinada (cubrir los gastos personales de alimentación, hospedaje y movilidad que demanden las comisiones de servicios oficiales); no para que haga uso del mismo según su plena libertad de albedrío.

Es muy claro LINARES REBAZA cuando dice: “¿La facultad de administrar los viáticos significa que el sujeto público puede disponer libremente de ellos?

No, porque el gasto del dinero siempre está limitado normativamente en tiempo, espacio y modo. En tiempo, dado que los viáticos deben ser empleados en el lapso que dure el viaje de trabajo. En el espacio, porque deben ser utilizados en el lugar de ejecución de la comisión, así como en el trayecto de ida y retorno. Finalmente, en el modo, porque los viáticos están dirigidos únicamente a cubrir gastos de alimentación, hospedaje y movilidad, los cuales deben estar relacionados obligatoria y directamente con la comisión de servicio autorizada”.

Y también cuando anota:

“Es necesario hacer la distinción entre gastos personales con fines privados y aquellos otros con fines públicos, pues de este modo, evitamos confusiones al momento de tipificar la apropiación de viáticos en la norma penal pertinente.

Dentro de la ejecución de los gastos realizados con el dinero de los viáticos, a primera vista, se advierte que tales gastos tienen la calidad de personales (alimentación, hospedaje y movilidad). Esto inicialmente podría inducirnos a error si se considera que por su condición de “personales” tales gastos no tienen ninguna finalidad pública, sino netamente personal o privada. Sin embargo, no se debe analizar aisladamente dicha circunstancia, pues los gastos personales sí pueden tener fines públicos cuando se destinan a facilitar el trabajo del sujeto público para que logre los objetivos institucionales ligados a su comisión de servicios.

Por ejemplo, una cosa es que un empleado cancele con sus viáticos una pensión por alimentación (desayuno, almuerzo y cena) para así poder desarrollar normalmente su trabajo en el exterior o interior del país, y otra muy diferente que, aprovechando los viáticos, pague una costosa cena romántica con su pareja. En ambos casos son gastos que tienen la calidad de “personales”, pero la diferencia radica en la finalidad que busca cada acción, pues mientras que con el primer gasto se busca que el empleado satisfaga una necesidad fisiológica básica que le permita realizar sus labores con total normalidad, el segundo gasto busca satisfacer una necesidad superflua que no incide de ningún modo en el desarrollo de la comisión de servicios.

De este modo, no se puede sostener que la apropiación de viáticos es atípica porque los gastos que se autorizan repercuten en el beneficio personal del sujeto público, y no en beneficio del Estado, pues los gastos personales que se hacen con el dinero de los viáticos siempre están destinados a un fin público: facilitar la realización de la comisión de servicios”.

Siendo esto así, los viáticos aun cuando asignados al comisionado, no han perdido su naturaleza de fondos públicos; de otro lado, el comisionado está facultado a disponer de los mismos, finalmente subsiste la finalidad pública; pues la cobertura de los gastos en que incurre el comisionado tiene como finalidad que este cumpla con la función o servicio público encomendado.

Como queda sentado, por ejemplo en el artículo 3° del Decreto Supremo N°007-2013-EF (Decreto Supremo que regula el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión de servicios en el territorio nacional): “Las personas de acuerdo a lo establecido en el artículo 1° de la presente norma que perciban viáticos deben presentar la respectiva rendición de cuentas y gastos de viaje debidamente sustentada” y en el artículo 6° del Decreto Supremo N°047-2002-PCM (Decreto Supremo que aprueba normas reglamentarias sobre autorización de viajes al exterior de servidores y funcionarios públicos): “Los funcionarios y servidores públicos que realicen viajes al exterior debidamente autorizados mediante Resolución Suprema o Ministerial, según el caso, deberán sustentar con documentos hasta por lo menos el ochenta por ciento (80%) del monto de viáticos asignado. El veinte por ciento (20%) restante podrá sustentarse mediante Declaración Jurada. El funcionario o servidor público hará devolución del monto correspondiente a los

viáticos cuyo gasto no se encuentre debidamente sustentado, en el plazo establecido en el artículo 10° del presente Decreto Supremo”.

Del mismo modo que en la Directiva N°02-2015-EF/43.01: Disposiciones y Procedimientos para la autorización de viajes por comisión de servicios al exterior y en el territorio nacional y su respectiva rendición de cuentas del personal del Ministerio de Economía y Finanzas: “5.6.1.9 *La rendición de cuentas debe presentarse previa devolución del monto en efectivo del viático no utilizado*” y “5.6.2.4 *La rendición se efectúa previa devolución en la Caja General de la Oficina de Finanzas del importe no utilizado en efectivo*”.

Aunado a todo lo mencionado, y amparando nuestra posición, de que los viáticos sí pueden ser objeto material del delito de peculado, tenemos que mencionar la sentencia del R.N. N°3186-2014 CUSCO, en la que dice a su letra;

“Existe pronunciamiento expedito con anterioridad en esta causa, en el que se señala expresamente que los viáticos constituyen fondos públicos que son otorgados a un funcionario o servidor público para el cumplimiento de una determinada comisión de servicios, por lo que le son entregados para su correcta administración; esto es, el funcionario, servidor público, recibe un monto a efectos de disponer de él y aplicarlo a la finalidad correspondiente. Por tanto, en caso de que dicho sujeto activo use tales viáticos para fines privados y no para cumplir con los fines propios de la comisión de servicios, se apropiará indebidamente de los caudales públicos, y pondrá en peligro los intereses patrimoniales del Estado; tanto más si se tiene en cuenta que en el caso sub índice los caudales, materia de apropiación, no solo estaban destinados a cubrir gastos de viáticos, sino también a la realización de actividades y gestiones municipales que estaban a cargo de los acusados.

Aunado a ello, ya existe un pronunciamiento en esta instancia suprema, recaído en el expediente signado como recurso de nulidad número dos mil seiscientos sesenta y cinco – dos mil ocho – Piura, en el que se determinó que constituye delito de peculado que el funcionario o servidor público efectuó actos de disponibilidad, de un monto de dinero que le fue asignado, para un determinado fin – viáticos, gestiones municipales, realización de actividades, entre otros, lo que conlleva a que el Estado pierda la disponibilidad sobre el bien y que los caudales entregados no cumplan su finalidad propia legal; y, por otro lado, quebrantan los deberes de lealtad y probidad con relación al sistema de administración pública”.

En conclusión, el funcionario o servidor público se encuentra en administración de dichos viáticos. Esta asignación le es entregada, en razón de su cargo, con lo que existe la relación funcional que exige el tipo penal. Es decir, los viáticos nunca ingresan a la esfera privada del funcionario o servidor público, pues por el contrario mantienen siempre su condición de caudales públicos entregados bajo su administración, con ello tampoco debemos estar convencidos que salen del ámbito de control de la Administración Pública, dado que siempre están, bajo el control del empleado público que representa a la institución estatal en el lugar de la comisión de servicios.

CONCLUSIONES

1. El Acuerdo Plenario N°04-2005/CJ-116 ha establecido que el delito de peculado es pluriofensivo, y 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 a la que están obligados.
2. El delito de Peculado es un delito especial, que solo puede ser cometido por agentes que tienen un deber propio (funcionarios y servidores públicos); quienes deben actuar con lealtad y probidad ante el cumplimiento de sus funciones, sin lesionar intereses y derechos fundamentales de los peruanos, sin pretender utilizar a su libre albedrío los viáticos, sosteniendo que estos forman parte de su patrimonio personal, cuando estos ni siquiera han perdido su naturaleza de fondos públicos.
3. Se ha determinado que los viáticos son objeto material del delito de peculado, toda vez que se tratan de caudales públicos, que son entregados a los funcionarios y/o servidores del Estado, con la finalidad de cubrir los gastos de alimentación, alojamiento y transporte, que le demanden realizar su función fuera de su sede habitual.
4. Los viáticos son entregados a los funcionarios y/o servidores públicos para su correcta administración en una determinada comisión de servicios que se le ha asignado, lo que significa que pueden disponer de los mismos, pero dentro del marco de la ley, y no para que haga uso según su libre albedrío, toda vez que existe normas y procedimientos que deben cumplir todos los funcionarios y/o servidores públicos, para el requerimiento, asignación y rendición de cuentas por concepto de viáticos.
5. Se ha observado que la inexistente o aparente rendición de cuentas de los viáticos por parte de los funcionarios y/o servidores públicos, debe acarrear una responsabilidad penal, en tanto constituir un indicio grave para que se inicie una investigación a nivel preliminar por el delito de peculado, incluso se puede llegar a determinar que dicho delito puede cometerse en concurso real con otros delitos, como es el de falsificación de documentos.
6. Se ha tomado conocimiento que existen posturas doctrinarias que se amparan en la mínima intervención del derecho penal, para pretender justificar la apropiación de viáticos como una conducta atípica, sin embargo, ello traería como consecuencia el propiciar o inducir a apropiaciones “pequeñas” y considerar al peculado como un delito patrimonial, y no como un delito de infracción al deber, mucho más aun desconociendo un principio fundamental del Derecho Penal como es el Principio de Legalidad, dado que pues nuestra legislación no ha establecido límites mínimos de montos de apropiación.
7. La apropiación de viáticos por parte de los funcionarios y/o servidores públicos, además de afectar el patrimonio del Estado, vulnera deberes funcionariales propios de la administración pública, que se tienen que observar en el manejo de los caudales del Estado, tales como las medidas de austeridad, racionalidad y transparencia del gasto público, previstas en la Ley de Presupuesto del Sector Público para cada año fiscal; así

como también 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, para un mejor manejo de los recursos del Estado.

8. Asimismo, con el presente estudio se ha podido concluir que ante una inexistente o aparente rendición de cuentas de los viáticos se lesiona el interés constitucionalmente protegido y política de Estado, consistente en la lucha contra la corrupción, debido al incremento considerable de Delitos contra la Administración Pública en todas las esferas del Estado, lo cual ha traído consigo, que incluso en la actualidad, la corrupción sea considerada como el segundo problema más álgido de nuestra sociedad, después del flagelo de la inseguridad ciudadana.

RECOMENDACIONES

1. Mejores estudios referente al delito de peculado, con el fin de que comportamientos abusivos por parte de los funcionarios o servidores públicos, no queden impunes, toda vez que, al no sustentar correctamente los viáticos, resultar ser totalmente una conducta reprochable por parte de la sociedad, asimismo fortalecer nuestro ordenamiento jurídico con criterios sólidos para una mayor comprensión y aplicación de la ley penal.
2. Solicitar a los magistrados del Poder Judicial a nivel nacional para que cuando aborden ciertos criterios en acuerdos plenarios, y pretendan unificar jurisprudencia lo hagan de la mejor manera, sin descriminalizar o establecer espacios de impunidad ante conductas que generan malestar en un Estado social de derecho; resulta conveniente además recomendar a los operadores jurídicos de inferior jerarquía a estudiar cada caso en concreto y no solo limitarse a aplicar jurisprudencia emitida por instancias superiores, rehuendo a que reciban un incorrecto tratamiento bajo las reglas previstas.
3. Mayores exigencias en la sustentación de cuentas de los viáticos a nivel administrativo, así como en la correcta revisión de la respectiva rendición de viáticos, ya que existe normativa que establece que estas asignaciones pueden ser sustentados no sólo a través de comprobantes de pago (sustentación documentaria), sino también a través de declaraciones juradas simples; por lo se hace necesario la implementación de medidas de control exhaustivas; así como también la necesidad de que las autoridades correspondientes adopten las medidas legales necesarias, realizando denuncias penales, a fin de proteger el patrimonio estatal y garantizar el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABANTO, V. M. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano 2° ed.* Lima: Palestra.
- ALVAREZ, J. (2017). *ACUERDO PLENARIO N° 4-2005/C-116 DEFINICION Y ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE PECULADO.* Lima: Ideas Solución Editorial.
- AMADO EZAINE. (s.f.). *Enciclopedia de la Ciencia Jurídica, Diccionario Jurídico.* Lima: Editores Importadores S.A. .
- ARRAU C., F. (2003). *CONTROL DE LA CORRUPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO: ARGENTINA, ESPAÑA, FRANCIA Y MÉXICO.* Chile : Copyright.
- BARRIOS ALVARADO, E. (2010). *El delito de Peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público.* . Lima: Gaceta Pena & Procesal Penal.
- CABANELLAS, G. (1994). *DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL.* Buenos Aires: Heliasta .
- CHAHUILLCO GUZMÁN, M. (2015). *Rendición de cuentas tipo cabildo abierto de funcionarios que cometieron irregularidades en la gestión de obras públicas en la Municipalidad Distrital de San Marcos, provincia de Huauri, departamento de Ancash, en el período 2010-2012.* Lima: Tesis para optar el grado de Magíster en Ciencia Política y Gobierno con mención en Políticas Públicas y Gestión Pública.
- CHRININOS SOTO , E., & CHIRINOS SOTO, F. (1994). *Constitución de 1993.* Lima: NERMAN.
- DELGADO TÓVAR , W. (2017). *Revista Ius Puniendi N° 5.* Lima: Ideas Solución.
- DIAZ LAZO, D. (2016). *Actualidad Penal N° 29.* Lima: Instituto Pacífico.
- FALCÓN, M. (1889). *Código Civil Español Tomo III.* Madrid: Góngora.
- FIDEL ROJAS, M. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos.* Lima: Nomos & Thesis EIRL.
- FRINSANCHO APARICIO, M. (2011). *Delitos Contra la Administración Pública (Cuarta Ed.).* Lima: Editora FECAT.
- GALVEZ VILLEGAS, T. (2017). *TIPOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL, PENAL ADMINISTRATIVA Y POLITICA.* Lima: Ideas Editorial.
- GARCIA CAVERO, P. (2008). *Lecciones del Derecho Penal Parte General.* Lima: Grijley.
- GARCIA CAVERO, P. (2013). *El principio del NON BIS IN IDEM a la luz de una distinción cualitativa entre delito e infracción administrativa. Un penalista de dos mundos .* Lima: IDEMSA.

- GESTIÓN. (14 de JUNIO de 2018). *Corrupción al más alto nivel* . Obtenido de REDACCIÓN GESTIÓN: <https://gestion.pe/peru/politica/corrupcion-alto-nivel-235867>
- Guillén, M. (17 de Agosto de 2016). *Corrupción: causas y consecuencias sociales*. Obtenido de Garberi Penal Compliance & Defensa Penal: <http://www.garberipenal.com/corrupcion-causas/>
- La Rosa Vásquez , R. (22 de Abril de 2018). *El Comercio*. Obtenido de La corrupción, el principal problema del Perú: <https://elcomercio.pe/politica/corrupcion-principal-problema-peru-noticia-513999>
- LAMAS PUCCIO, Luis. (1996). *Derecho Penal Económico*. Librería y Ediciones Jurídicas.
- MANUEL OSSORIO. (2012). *MANUEL OSSORIO, Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales; 37º Edición actualizada corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas*. Lima: Editorial Heliasta.
- MATOS BARZOLA, A. E. (25 de Agosto de 2010). *Derecho Perú Matos Barzola, Alan Emilio*. Recuperado el 10 de Junio de 2016, de <https://derechoperu.wordpress.com/2010/08/25/delito-continuado-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-constitucional/>
- MINISTERIO PÚBLICO, Comisión de reglamentos y directivas internas del Ministerio Público, Resolución N° 729 - 2006 - MP (Ministerio Público 15 de Junio de 2006).
- MONTOYA VIVANCO, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima: Columbus S.R.L.
- ORÉ GUARDIA, A., LAMAS PUCCIO, L., & ARIAS TORRES, L. (2010). *GACETA PENAL & PROCESAL PENAL TOMO 11* . Lima: Copyright Gaceta Jurídica S.A. .
- PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2016). *Delitos contra la Administración Pública*. Breña, Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- PEREZ LASALA, J. L. (1973). *La Representación en el Derecho Sucesorio* . Buenos Aires: Astrea.
- PERU 21. (09 de Febrero de 2018). Obtenido de APUNTES SOBRE LA CORRUPCIÓN: <https://peru21.pe/opinion/tema-hoy-apuntes-corrupcion-395183>
- REÁTEGUI LOZANO, R. (2018). *Corrupción de funcionarios*. Lima: Iustitia SAC.
- REATEGUI SANCHEZ, J. (2015). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- REYNA ALFARO, L. (2011). *Los viáticos como objeto configurador del delito de peculado*. Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal 29 .
- ROJAS VARGAS , F. (2017). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis.

- SAAVEDRA MONTELLANOS, E. (2016). *Actualidad Penal N° 27*. Breña, Lima Perú: Instituto Pacífico.
- SALINAS BETANCOURT, L. (2014). “*EL PECULADO CULPOSO: BIEN JURÍDICO AFECTADO, PRINCIPIO DE LEGALIDAD, TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SEGURIDAD JURÍDICA*”. Azogues - Ecuador: TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA.
- SALINAS SICCHA, R. (2009). *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.
- SALINAS SICCHA, R. (2011). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editora y Libería Jurídica Grijley EIRL.
- SALINAS SICCHA, R. (2011). *Delitos contra la administración pública 2da edición*. Lima: Grijley EIRL.

ANEXOS

ANEXO N°01: MATRIZ BÁSICA DE CONSISTENCIA

Título del Proyecto: La rendición de cuentas de los viáticos y el delito de peculado

Nombre del Tesista: Snayber Augusto Airton Lozada Yamunaqué.

	PREGUNTAS	HIPÓTESIS	OBJETIVO
General	¿La inexistente o aparente rendición de cuentas de los viáticos por parte de los funcionarios o servidores públicos configura el delito de peculado doloso por apropiación?	La inexistente o aparente rendición de cuentas de los viáticos configuraría el delito de peculado doloso por apropiación toda vez que se está afectando el patrimonio del Estado y el buen funcionamiento de la administración pública.	Justificar la configuración del delito de peculado ante una inexistencia o aparente rendición de cuentas de los viáticos por parte de los funcionarios o servidores públicos.
Específica	¿Los viáticos constituyen objeto material del delito de peculado?	Los viáticos configurarían objeto material del delito de peculado por apropiación, dado que son caudales del patrimonio estatal.	Determinar que los viáticos constituyen objeto material del delito de peculado por apropiación.

ANEXO N°02: CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN

CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES							
AÑO	2018						
ACTIVIDADES	Junio	Julio	Agosto	Setiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre
ETAPA DE ANÁLISIS – METODOLÓGICA							
Análisis Previo de la biografía	X	X					
Planteamiento del Problema	X	X					
Recopilación y ordenamiento de datos	X	X					
Clasificación de datos		X					
Análisis Crítico e Interpretativo		X					
ETAPA ELABORATIVA							
Análisis metódico		X	X	X	X	X	

Redacción Inicial			X				
Interpretación de la Información			X	X	X		
Segunda Redacción					X		
Preparación bibliográfica, citas, anexos y cuadros estadísticos						X	
Corrección e Impresión de la Tesis							X
Sustentación							X

ANEXO N°03: PRESUPUESTO

Para la elaboración de la presente investigación, y su correspondiente ejecución se ha proyectado los siguientes cuadros de recursos y presupuestos de gastos, los mismos que detallo a continuación. Los recursos utilizados en el presente trabajo de investigación son sustentados por los ingresos del Tesista.

- **Recursos**

INVERSIÓN A LA INVESTIGACIÓN	S/. 5,390.00 (Cinco Mil Trescientos Noventa con 00/100 soles)
FUENTE DE FINANCIAMIENTO	INGRESOS PROPIOS

- **Gastos del Presupuesto**

RUBRO	CONCEPTO	COSTO
BIENES	USB	S/. 30.00
	LIBROS	S/. 400.00
SERVICIOS Y TASAS	MOVILIDAD (junio-diciembre)	S/. 500.00
	SOLICITUDES Y OTROS	S/. 160.00
	COPIAS	S/. 180.00
	IMPRESIONES	S/. 200.00
	SERVICIO DE EMPASTADO	S/. 120.00
REMUNERACIONES	ASESOR	S/. 3,800.00
	TOTAL	S/. 5,390.00

APÉNDICES

- **Artículo 387° del Código Penal.** – Peculado doloso y culposo – 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 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

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 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. 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 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. 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 tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

- **Artículo 425° del Código Penal.** – funcionario o servidor público –
 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
 3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
 6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
 7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

- **LEY N° 30693. - LEY DE PRESUPUESTO DEL SECTOR PÚBLICO PARA EL AÑO FISCAL 2018**

DÉCIMA OCTAVA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL. Autorízase a las entidades del Gobierno Nacional, para que en el marco de sus competencias compartidas con los gobiernos regionales y gobiernos locales, puedan pagar los viáticos y pasajes de los funcionarios y servidores contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo 276 y Decreto Legislativo 728, el personal contratado bajo el régimen laboral especial del Decreto Legislativo 1057, así como al personal que se encuentre bajo el régimen de la Ley del Servicio Civil regulado por la Ley 30057, de los gobiernos regionales y/o gobiernos locales, con el fin de brindar apoyo técnico en la implementación de las políticas nacionales y sectoriales y evaluar el cumplimiento de las funciones descentralizadas. Asimismo, autorízase al Ministerio de Educación y a los gobiernos regionales, con cargo a su presupuesto

institucional, a financiar el pago de pasajes y viáticos de los participantes en los concursos, eventos y actividades de formación y capacitación que el Sector Educación organice, ejecute, según corresponda, los mismos que deberán ser autorizados mediante resolución del Ministerio de Educación que establezca los eventos a realizarse durante el 2018, así como la condición y cantidad de participantes por cada evento. Los viáticos que se otorguen en el marco de lo establecido en la presente disposición se sujetan a los montos aprobados para los viáticos por viajes a nivel nacional en comisiones de servicios mediante Decreto Supremo 007-2013- EF. Los viáticos que se otorguen en el marco de lo establecido en la presente disposición se sujetan a los montos aprobados para los viáticos por viajes a nivel nacional en comisiones de servicios mediante Decreto Supremo 007-2013-EF.

JURISPRUDENCIA

R.N. 3186-2014, Cusco: Uso de viáticos para fines privados constituye delito de peculado

Lima, 13 de julio de 2015.

Sumilla: El peculado es un delito especial propio, característico de los injustos funcionariales. El círculo de sujetos activos se concreta en razón de la actuación funcional, en que se apropian o utilizan caudales o efectos, cuya administración, percepción o administración le fueron confiados en mérito al cargo.

VISTOS:

Los recursos de nulidad formulados por los sentenciados don **Máximo Xavier Aparicio Zambrano** (folios tres mil seiscientos cinco a tres mil seiscientos diez), don **Claudio Cirilo Otazú Ladrón de Guevara** (folios tres mil seiscientos diecisiete a tres mil seiscientos veinte), y don **Lino Ramos Llasac** (folios tres mil seiscientos veintitrés a tres mil seiscientos treinta y uno); con los recaudos adjuntos. Interviene como ponente en la decisión el señor **Salas Arenas**, juez de la Corte Suprema.

[...] Fundamento destacado: 2.3. Asimismo, existe pronunciamiento expedido con anterioridad en esta causa, en el que se señala expresamente que los viáticos constituyen fondos públicos que son otorgados a un funcionario o servidor público para el cumplimiento de una determinada comisión de servicios, por lo que le son entregados para su correcta administración; esto es, el funcionario, servidor público, recibe un monto a efectos de disponer de él y aplicarlo a la finalidad correspondiente. Por tanto, en caso de que dicho sujeto activo use tales viáticos para fines privados y no para cumplir con los fines propios de la comisión de servicios, se apropiará indebidamente de los caudales públicos, y pondrá en peligro los intereses patrimoniales del Estado; tanto más si se tiene en cuenta que en el caso sub iudice los caudales, materia de apropiación, no solo estaban destinados a cubrir gastos de viáticos, sino también a la realización de actividades y gestiones municipales que estaban a cargo de los acusados. Aunado a ello, ya existe un pronunciamiento en esta instancia suprema, recaído en el expediente signado como recurso de nulidad número dos mil seiscientos sesenta y cinco-dos mil ocho-Piura, en el que se determinó que constituye delito de peculado que el funcionario o servidor público efectúe actos de disponibilidad, de un monto de dinero que le fue asignado, para un determinado fin -viáticos, gestiones municipales, realización de actividades, entre otros-, lo que conlleva a que el Estado pierda la disponibilidad sobre el bien y que los caudales entregados no cumplan su finalidad propia legal; y, por otro lado, se quebrantan los deberes de lealtad y probidad con relación al sistema de administración pública. [...]