



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

**PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO
MÉTODO DE CASO JURÍDICO**

**“DELITO DE PECULADO Y LA ASIGNACIÓN DE VIÁTICOS EN LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA” – ACUERDO PLENARIO N° 07-2019/CIJ-116**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**


**AUTORES: ISABEL DE JESÚS ROJAS LOMAS.
RAPAHÉL ZAMORA VALDERRAMA**

IQUITOS – PERÚ

2020

PÁGINA DE APROBACIÓN


Trabajo de Suficiencia Profesional (Método de Caso Jurídico), sustentado en acto público el día Martes 22 de Diciembre de 2020, en la facultad de Derecho de la Universidad Científica del Perú, identificado por el jurado calificador y dictaminador siguiente:



.....
Dr. José Napoleón Jara Martel
Presidente



.....
Dr. Franklin Jamanca Henostroza
Miembro



.....
Mag. Thamer Lopez Macedo
Miembro

Fallecido en fecha
17 de Febrero de 2021.

.....
Mag. Marco Antonio Valdez Hirene
Asesor

DEDICATORIA

A Dios y a nuestras **familias**, por el soporte ante la adversidad, ya que nos motivaron constantemente para lograr nuestras metas y cumplir nuestros objetivos.

A nuestros **profesores**, por la paciencia y enseñanza inculcada a lo largo de los años de estudio.

Este trabajo de investigación llegó a culminarse gracias a la guía del **Asesor – Mag. MARCO ANTONIO VALDEZ HIRENE**, distinguido profesional en el Derecho, quien con su apoyo y dedicación supo orientarnos durante el proceso de desarrollo de nuestro trabajo.

Los Autores.

AGRADECIMIENTO

Expresamos agradecimiento, respeto y gratitud a nuestra alma máter **Universidad Científica del Perú**, que nos permitió profundizar nuestros conocimientos profesionales en el Derecho, logrando así cumplir nuestra meta de convertirnos en Abogados, elementos útiles y necesarios para nuestra sociedad.

Los Autores.

“Año de la Universalización de la Salud”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

Con Resolución Decanal N° 274 del 09 de **diciembre** de **2020**, la **FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP** designa como Jurado Evaluador y Dictaminador de la Sustentación de Trabajo de Suficiencia Profesional a los Señores:

- Dr. Jose Napoleon Jara Martel Presidente
- Dr. Franklin Jamanca Henostroza Miembro
- Mag. Thamer Lopez Macedo Miembro

Como Asesor: **Mag. Marco Antonio Valdez Hirene**

En la ciudad de Iquitos, siendo las 11:00 horas del día **Martes 22 de diciembre del 2020** en las instalaciones de la **UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP**, se constituyó el Jurado para escuchar de modo **NO PRESENCIAL**, la sustentación y defensa del Trabajo de Suficiencia Profesional – Análisis de Método del Caso: **“Delito de Peculado y la Asignación de Viaticos en la Administración Publica. Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116**
Presentado por las sustentantes:

ISABEL DE JESUS ROJAS LOMAS
RAPAHÉL ZAMORA VALDERRAMA

Como requisito para optar el título profesional de: **Abogada**

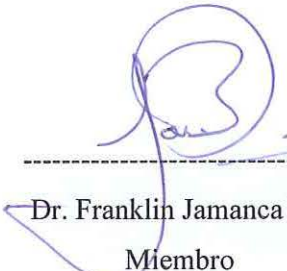
Luego de escuchar la Sustentación y formuladas las preguntas de forma remota, las que fueron respondidas de forma: *básicamente satisfactoria*

El jurado después de la deliberación en privado llegó a la siguiente conclusión:

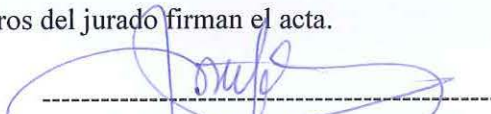
La Sustentación es:

Aprobado por Mayoría

En fe de lo cual los miembros del jurado firman el acta.



Dr. Franklin Jamanca Henostroza
Miembro



Dr. José Napoleón Jara Martel
Presidente



Mag. Thamer Lopez Macedo
Miembro

CALIFICACIÓN: Aprobado (a) Excelencia : 19 – 20
Aprobado (a) Unanimidad : 16– 18
Aprobado (a) Mayoría : 13 – 15
Desaprobado (a) : 00 – 12

**CONSTANCIA DE ORIGINALIDAD DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN
DE LA UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP**

El presidente del Comité de Ética de la Universidad Científica del Perú - UCP

Hace constar que:

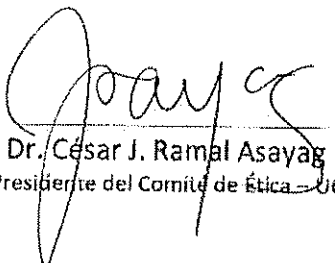
El trabajo de Suficiencia Profesional Titulado:

**"DELITO DE PECULADO Y LA ASIGNACIÓN DE VIÁTICOS EN LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA" – ACUERDO PLENARIO N° 07-2019/CIJ-116"**

De los alumnos: **ISABEL DE JESÚS ROJAS LOMAS Y RAPAHÉL ZAMORA
VALDERRAMA**, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, pasó
satisfactoriamente la revisión por el Software Antiplagio, con un porcentaje
de **20% de plagio**.

Se expide la presente, a solicitud de la parte interesada para los fines que
estime conveniente.

San Juan, 7 de setiembre del 2020.



Dr. César J. Ramal Asayag
Presidente del Comité de Ética - UCP

ÍNDICE DE CONTENIDO

	Pág.
DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
INDICE DE CONTENIDO	iv
RESUMEN	v
CAPÍTULO I: Introducción	01
CAPÍTULO II:	
2.1. Marco Teórico Referencial.....	03
2.2. Objetivos.....	43
2.3. Variables.....	43
2.4. Supuestos.....	44
CAPÍTULO III	
3.1. Metodología.....	45
3.2. Muestra.....	45
3.3. Técnica e instrumento de Recolección de Datos.....	45
3.4. Procesamiento de Recolección de Datos.....	45
3.5. Validez y Confiabilidad del Estudio.....	46
3.6. Plan de Análisis, Rigor y Ética.....	46
CAPÍTULO IV: Resultados	47
CAPÍTULO V: Discusión	48
CAPÍTULO VI: Conclusiones	53
CAPÍTULO VII: Recomendaciones	54
CAPÍTULO VIII: Referencias Bibliográficas	55
CAPÍTULO IX: Anexos	57

RESUMEN

El presente análisis jurídico trata acerca del XI Pleno Jurisdiccional de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República; las cuales mediante Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 realizan un análisis respecto a Viáticos y delitos de Peculado; teniendo como antecedente en el Acuerdo Plenario 04-2005/CJ-116, de 30 de septiembre de 2005, interpretando el citado tipo penal, se estableció como uno de los elementos materiales del tipo penal, la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos.

La doctrina y la jurisprudencia en el Perú no han sido uniformes en cuando a la naturaleza jurídica de los viáticos, es decir, si conserva su carácter de dinero público y si está o no bajo la administración, percepción o custodia del funcionario o servidor público desplazado; y si la falta de su justificación per se devendría en la comisión del ilícito de peculado doloso o de otro hecho delictivo.

El referido pleno Jurisdiccional considera posiciones doctrinales y jurisprudenciales discrepantes sobre la materia por un lado los que consideran posible imputar el delito de peculado por apropiación (Viáticos no rendidos o justificados) la existencia de una relación funcional específica entre caudal y la función pública. Por otro lado, la forma como ingresa el dinero del patrimonio estatal (Viáticos), a la esfera de custodia del funcionario y/o servidor público, "Imposibilita" que la conducta omisiva, pueda ser reputada como delito de peculado.

Por tanto, antes de imputar la comisión del delito de peculado será necesario identificar si el funcionario cumplió o no con la comisión; si la cumplió, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción de orden administrativo.

Palabras claves: Viáticos, peculado, administración pública, relación funcional, percepción, custodia, caudales, efectos.

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

El trabajo análisis jurídico de investigación versa sobre Viáticos y delitos de Peculado en el ámbito penal, en particular en los delitos contra la administración pública; tomando como referencia el Acuerdo Plenario 04-2005/CJ-116, de 30 de septiembre de 2005, en la cual se estableció como uno de los elementos materiales del tipo penal, la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se dijo que se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder vigilar y cuidar los caudales o efectos.

En el caso materia de análisis de la Corte Suprema de la República mediante el XI Pleno Jurisdiccional de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial emitió el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 donde se establece doctrina y fundamentos jurídicos, si ciertos comportamientos deberían tener trascendencia penal en relación a la naturaleza de los viáticos.

El presente acuerdo plenario toma en consideración el principio de Subsidiaridad que se trata de la última ratio dejando en claro que para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, en el sentido que solo debe recurrirse al derecho penal cuando han fallado todos los demás controles sociales.

En el planteamiento del problema se describe la problemática relacionada con los Viáticos y el delito de Peculado en la administración pública tales como ¿Será posible determinar si la asignación de los viáticos debería tener trascendencia penal para configurar el delito de peculado en la administración pública? ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la asignación de los viáticos con el delito de peculado en la administración pública? ¿Cuáles serán los elementos objetivos y subjetivos de tipo penal de la asignación de los viáticos para configurar el delito de peculado en la administración pública? y ¿La falta de su justificación o la inexistencia rendición de cuenta de la asignación de los viáticos *per se* devendría en la comisión del delito de peculado en la administración pública?

Es importante señalar, que referente al tema existen posiciones doctrinales y jurisprudenciales discrepantes sobre la materia por una parte los que consideran posible

imputar el delito de peculado por apropiación al considerar "la existencia de una relación funcional específica entre caudal y la función pública" y por otro al afirmar que la que "la forma como ingresa el dinero del patrimonio estatal (viáticos), a la esfera de custodia del funcionario y/o servidor público, "Imposibilita" que la conducta omisiva, pueda ser reputada como delito de peculado.

Por estas razones motivaron al estudio, se deja establecida como doctrina jurisprudencial vinculante los criterios a tomar en cuenta para determinar la responsabilidad del funcionario, servidor o comisionado de los Viáticos con el delito de peculado en la administración pública, establecida en la presente Acuerdo Plenario.

De modo que, el objetivo general es analizar el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116; donde se establece doctrina y fundamentos jurídicos, para determinar si la asignación de los viáticos debería tener trascendencia penal para configurar el delito de peculado en la administración pública, mientras que los objetivos específicos es determinar la naturaleza jurídica de la asignación de los viáticos con el delito de peculado en la administración pública, determinar si la asignación de los viáticos contiene elementos objetivos y subjetivos de tipo penal para configurar el delito de peculado en la administración pública, y por último determinar si la falta de justificación o la inexistencia rendición de cuenta de la asignación de viático *per se* devendría en la comisión del delito de peculado en la administración pública.

El presente trabajo de análisis jurídico de investigación se enmarca dentro del nivel de investigación DESCRIPTIVA - DOCUMENTAL, de tipo jurídico – dogmática 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.

CAPÍTULO II

2.1.- MARCO TEÓRICO REFERENCIAL

2.1.1.- ANTECEDENTES DEL ESTUDIO

Consideramos necesario señalar como antecedentes algunos estudios realizados en relación a los Viáticos y el delito de peculado en la administración pública y la controversia existente a su naturaleza jurídica del tema en estudio.

a) Tesis en relación al tema de estudio:

- **Tesis doctoral de Diana Mercedes Caycho Ramos “Infracciones administrativas elevadas a la categoría de delito ¿la no rendición de cuentas de viáticos justifica una sanción penal por peculado?: Problemas derivados con la entrega de viáticos”. Pontificia Universidad Católica del Perú. Del año 2019.** Se investigó analizando los diversos supuestos que se generan en relación con la entrega de viáticos a funcionarios y servidores públicos, y sus consecuencias; es decir, si cabe la posibilidad de imputar responsabilidad penal al sujeto por la comisión del delito de peculado cuando realiza un inadecuado manejo de los caudales o efectos públicos o, por el contrario, nos encontramos frente a una infracción administrativa que debe ser canalizada al derecho administrativo disciplinario. Es decir, lo que intentamos es analizar de manera general la administración pública y la finalidad que tiene para con los administrados, esto nos ayudará a comprender que el fin prestacional que cumple la Administración es importante a la hora de evaluar la posible comisión de un delito, pues recordemos que son los funcionarios y servidores del Estado los que tienen el manejo inmediato de los fondos públicos que son, finalmente, destinados al servicio de la comunidad. Sin embargo, somos conscientes que el fin prestacional no puede ser el único elemento diferenciador a la hora de distinguir un ilícito penal de una infracción administrativa. Es por esto que, postulamos tres etapas en las que se desenvuelven los funcionarios y servidores públicos; el primero, en el ámbito de la ética que es intrínseca a cada individuo, pero que pueden ser materializados, por ejemplo a través del Código de Ética de la Función Pública, Ley N° 27815. Un peldaño más arriba, tenemos las normas sobre el derecho administrativo disciplinario que las podemos encontrar en la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil. Por último, siendo el mecanismo de intervención que debe ser activado solo cuando la vulneración al bien

jurídico sea grave e insoportable, y los demás mecanismos de intervención no sean idóneos para proteger el bien jurídico, nos encontramos ante el derecho penal. Pero el problema no queda ahí, buscaremos diferenciar un ilícito penal y una infracción administrativa; ya que, esto es importante a la hora de analizar y dar una solución a nuestro trabajo.

b) Autores y su punto de vista en relación al tema de estudio:

- **Walther Javier Delgado Tovar¹** (2017) en su artículo científico ***“DELITO DE PECULADO: LA APROPIACIÓN DE LOS VIÁTICOS”*** (artículo publicado el 19 de enero del 2018 en el libro *lus Puniendi*) llego 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.
- **Fidel Rojas Vargas** (2016, pags.252-254) publica su libro titulado ***“MANUAL OPERATIVO DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS”*** en donde el autor respecto al delito de Peculado, abarca un caso particular: Los Viáticos para lo cual, señala lo siguiente. “Los viáticos entregados a un sujeto público para gastos de movilidad se producen en calidad de transferencia en disposición, no en calidad de posesión o administración, pero siempre, obviamente, sujeto a un deber administrativo de rendición de cuentas. Poseen un carácter fungible, e viático no se da para custodiarlo o invertido. El viático como medio para facilitar el cumplimiento de determinados actos de función o de servicios, se entrega para gastarlos. Los viáticos entregados a un sujeto público para gasto de movilidad, alimentación y hospedaje tienen una función instrumental y son de carácter personal para ayudar en el

¹ *Fiscal Provincial Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Magister en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

cumplimiento de determinados destinos oficiales. "El beneficiario con el viático no administra por razón del cargo del bien, dicho bien cuando ingresa al dominio del beneficiado, pierde potencialmente su calidad de patrimonio público. Porque el uso del bien no es para fines públicos". Tal es así que Rojas Vargas llega a la siguiente conclusión: "Que el funcionario o servidor público esté en la obligación de rendir cuentas y devolver lo no gastado no permite la conclusión del delito de peculado, sí en cambio la presencia de un ilícito administrativo o laboral, habrá una falta administrativa y se le procesará administrativamente por no haber devuelto lo que no utilizó para efectos de sus gastos personales, pero no se configura el tipo. Los supuestos del peculado son distintos".

- **Dyrán Jorge Linares Rebaza** (2015, págs.256) publica el artículo denominado "**LA APROPIACIÓN DE VIATICOS COMO DELITO DE PECULADO**" publicado en la Revista Jurídica del Colegio de Abogados de la Libertad N° 148-2015 en el cual concluye lo siguiente: "Los viáticos son asignaciones de dinero que de ningún modo se trasladan fuera del ámbito de control o tutela de la administración pública (...). Los viáticos no ingresan en el ámbito de dominio personal del sujeto público, pues este no tiene la libertad de emplearlos como si fuesen de su propiedad (disponibilidad absoluta o ilimitada); esto en razón de que su utilización está limitada normativamente en el tiempo, espacio y modo". Asimismo, el autor reafirma que "Los viáticos son caudales públicos entregados a un funcionario o servidor autorizado para que los administre con miras a que su utilización facilite exclusivamente su labor funcional en el tiempo y lugar donde se ejecute la comisión de servicios, tal es así que los viáticos son asignaciones de dinero que se utilizan para cubrir gastos personales con un fin netamente público; facilitar la realización de la comisión de servicios".
- **Milagros Patricia Campos Maldonado**² (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

² Abogada, con estudios concluidos de Maestría en Derecho Penal y Criminología. Secretaría 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.

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.

2.1.1.1.-JURISPRUDENCIA NACIONAL RELACIONADA A LOS VIÁTICOS Y DELITO DE PECULADO.

2.1.1.1.1.- PODER JUDICIAL:

a) Expediente N° 907-2014/Tacna de la Corte de justicia de la república – Sala penal permanente:

A criterio de este Supremo Tribunal no existe mayor controversia respecto a que la apropiación de viáticos constituya delito de peculado, esto debido a su naturaleza, fines y el ámbito en que fueron otorgados, por ello, no podría subsistir un pronunciamiento de condena en ninguno de los extremos referidos a la apropiación de dinero por concepto de viáticos.

Se considera necesario precisar, en qué consisten los viáticos. A criterio de este Supremo Tribunal, estos comprenden la cobertura de los gastos de alimentación – desayuno, almuerzo y cena- hospedaje y movilidad cuando el funcionario o servidor público se desplaza fuera de la localidad o de su centro de trabajo, por comisión de servicio con carácter eventual o transitorio. Se le exige al favorecido que rinda cuentas documentalmente al final del servicio. Esto es, el funcionario o servidor, luego de concluido el encargo, adjuntando los documentos que acrediten el gasto efectuado, debe rendir cuentas ante la institución que le entrego los viáticos.

La naturaleza jurídica de las asignaciones entregadas a los agentes públicos como viáticos, constituyen entregas de dinero al trabajador como parte de sus actividades y funciones 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 función pública al ámbito de competencia privada y personal a efectos de usarlo para los fines asignados.

Consecuentemente, 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. En definitiva, podemos colegir que los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia. Ahora bien, si el agente público, luego de cumplida la comisión, omite rendir cuentas, ya sea en forma negligente o intencional, sin alguna duda da lugar a responsabilidad administrativa y civil, pero de ninguna manera penal, como se pretende en la acusación.

b) Expediente N° 4212-2009/Amazonas de la Corte de justicia de la república –

Sala penal permanente:

El termino 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 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 puridad, es un dinero que se facilita a un trabajador para cubrir los gastos en los que incurre por desplazamientos realizados en la consecución de un objetivo excepcional.

Por lo tanto, los "viáticos" tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en este subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o el total de la suma asignada, incluso, en este último caso, el trabajador está autorizado a utilizar el íntegro del "viatico" que se le asigne; aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera fraudulenta circunstancias que debe dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgo dicho concepto.

Que a criterio de este Supremo Tribunal, podría requerir bajo apercibimiento de imponer medidas de carácter disciplinario, la corrección de la justificación efectuada indebidamente; aún más, de persistir las omisiones o deficiencias, debe agotarse la exigencia directa, posiblemente mediante un resarcimiento con descuentos o en la modalidad que lo considere pertinente la autoridad administrativa competente;

consecuentemente, el rubro de viáticos no puede constituir objeto del delito de peculado.

c) Expediente N° 260-2009 Loreto de la Corte de justicia de la república – Sala penal permanente:

El término "viáticos" constituye 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 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, en el caso subjudice, para el cumplimiento de sus obligaciones funcionales excepcionales; en dicho entendido, aun cuando los imputados aleguen en su defensa haber devuelto y justificado los anticipos por concepto de viáticos, versión que se encontraría corroborada con el dictamen pericial contable, lo cierto es que estas circunstancias devienen en irrelevantes, puesto que, como se ha mencionado precedentemente.

Los "viáticos" tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario y servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o del total de la suma asignada, pues el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el íntegro del "viatico" que se le asigno, aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera defectuosa, que constituyen aspectos, que en todo caso deben de dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgo dicho concepto.

Aún más, de persistir las deficiencias u omisiones, debe de agotarse la exigencia directa antes de recurrir a las acciones legales, obviamente de carácter administrativo y extrapenal; que siendo así, y habiéndose establecido que el cargo atribuido no se adecua al supuesto típico al que alude el delito de peculado, deviene en inoficioso determinar la infracción de deber, puesto que, en el caso concreto no existe expectativas normativas referidas al rol especial que se le puedan exigir a los procesados.

2.1.1.1.2.- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ:

LA CORTE SUPREMA también ha tenido pronunciamiento respecto a dicho tema, ejemplo de ello es el **RN. N° 2202-2018 Lima** publicada el 15 de julio de 2019, la misma que establece en sus fundamentos los siguientes:

4.1 “Los viáticos constituyen el caudal público que recibe el funcionario o servidor público para cubrir sus necesidades personales cuando se encuentre en servicio.

4.2 “A su vez, debe distinguirse dos características que integran el concepto de viáticos: i) la calidad del dinero estatal entregado al funcionario o servidor público para efectuar el encargo en el lugar del destino *—verbigracia: costos, tasas y derechos de tramites—* y ii) el dinero tasado que se entrega para atender sus gastos personales *movilidad, alimentación y hospedaje—*

4.3 “La primera característica es entregada por la administración al funcionario o servidor público en calidad de posesión o administración; mientras que la segunda en calidad de transferencia en disposición, es decir, que puede ser usada por el funcionario o servidor público como lo crea conveniente sin existir otro límite salvo el monto máximo tasado por día *—Decreto Supremo número 007-2013-EF, del veintidós de enero de dos mil trece, que regula el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión de servicios en el territorio nacional—*, y a quien se le exige el informe de los gastos *—Ley número 27619, del cuatro de enero de dos mil dos (Ley que regula la autorización de viajes al exterior de servidores y funcionarios públicos)—*.

4.4 “La omisión de esta última obligación acarrea sanciones administrativas, mas no una pena por el delito de peculado, pues: i) la comisión de servicio se realiza fuera del centro laboral; ii) el dinero entregado no es en calidad de posesión o administración; iii) el derecho penal es subsidiario, es decir, no interviene ante hechos que no guarden una especial gravedad, y iv) mediante la Resolución número 693-2007- P/IPD, del veintisiete de diciembre de dos mil siete, se le impuso al imputado Ricardo Roque Miranda la sanción de destitución del IPD. Estas consideraciones desestiman la pretensión principal del impugnante.

4.5 “Por otro lado, respecto a que la conducta del procesado habría configurado *—por ausencia del delito de peculado— el delito de apropiación ilícita—* el delito de apropiación ilícita *—artículo 190 del Código Penal—*, este argumento también se desestima porque el tenor del tipo penal exige que el agente se apropie de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que recibió en *depósito, comisión, administración*

u otro título semejante, lo que difiere de la calidad en que se reciben los viáticos - transferencia o disposición-.

4.6. "En consecuencia, al no advertirse fundamentos jurídicos para admitir la pretensión del actor civil, el recurso de nulidad interpuesto se desestima.

Advirtiéndose que la conducta imputada no se haya configurada como delito de peculado; en virtud que el título que habilito el uso de los viáticos por el absuelto fue en calidad de disposición o transferencia y no en calidad de custodia o administración.

Para nosotros es importante resaltar lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en relación a las características esenciales de los viáticos tomando en consideración: primero que el dinero entregado es en calidad de transferencia de disposición para cubrir necesidades personales de alimentación, alojamiento y desplazamiento de la comisión y no en calidad de posesión o administración; segundo una vez finalizada se le es exigible el informe de gastos correspondiente cuya omisión de esta última obligación acarrea sanciones administrativas, mas no una pena por el delito de peculado.

2.1.1.1.3.- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ:

a) Expediente N° 1209-2003-AA/TC Ucayali

Con fecha 4 de setiembre de 2002, el recurrente interpone acción de amparo contra la presidenta de la Comisión Transitoria de Orden y Gestión de la Universidad de Ucayali, doña María Luisa Aguilar Hurtado, con la finalidad de que cesen los actos de hostilidad laboral y se suspenda el proceso disciplinario administrativo instaurado en su contra, por contravenir el principio non bis in ídem, denominado prohibición de doble juicio. Refiere que, con fecha 28 de agosto de 2002, se le inicio un proceso administrativo disciplinario por la comisión de faltas graves, abuso de autoridad y uso de función con fines de lucro y que, por los mismos hechos, se encuentra procesado por el Juzgado Especializado en lo Penal de Coronel Portillo por la comisión de los delitos de peculado y contra la fe pública y falsedad genérica, que se le imputan por haber recibido, en su condición de Rector de la Universidad, viáticos por comisión de servicios para asistir a eventos financiados por instituciones extranjeras durante los años de 1995 a 1999.

b) Expediente N° 1486-2010-PA/TC-Piura

Mediante demanda de fecha 9 de junio de 2009, el recurrente incoa proceso de amparo contra la Municipalidad Provincial de Piura, solicitando que se deje sin efecto la Resolución de Alcaldía, mediante la cual se le comunico su despido; y que, en consecuencia, se ordene su reposición en su centro de trabajo.

Refiere que su despido es desproporcionado, por cuanto se le imputo como falta grave que había falsificado documentos, a pesar de que, por los mismos hechos, la justicia penal aun no lo ha condenado, los que a su juicio, afecta a su derecho a la presunción de inocencia. Finalmente, señala que su despido debe ser declarado nulo, porque fue una represalia por su condición de trabajador sindicalizado.

En el presente caso, el demandante, con la finalidad de evadir su responsabilidad, alega que los viáticos otorgados por la Municipalidad no se encontraban sujetos a la posterior rendición de cuentas. Este argumento carece de sustento, por cuanto la normativa del Sistema Nacional de Control impone la obligación ineludible de que cuando el funcionario, servidor o trabajador de la Administración Pública recibe dinero del presupuesto público por viáticos, luego debe rendir cuenta de cómo efectuó su gasto.

c) Caso emblemático: Resolución de Secretaria General N° 096-2019-MINEDU

Se resolvió imponer la sanción disciplinaria de suspensión sin goce de remuneraciones por el termino de doce (12) meses, por haber presentado en su rendición de viáticos inicial dos boletas de viaje por la suma de S/. 90 Soles cada una, a fin de justificar gastos no realizados en su rendición de viáticos, los cuales fueron posteriormente reiterados de dicha rendición, y que si bien no existe perjuicio económico a la entidad, lo que fue valorado en la gradualidad de la sanción, está acreditada la vulneración de los Principios de Probidad e Idoneidad, así como el Deber de responsabilidad, lo que constituye falta administrativa disciplinaria de carácter disciplinario.

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dicto el primer acto que es materia de la impugnación y deberá de sustentarse en nueva prueba, en el presente caso el servidor adjunta como prueba la Disposición N° 04 emitida por la 1° Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, que declara el archivo definitivo de la denuncia que se le siguió por presunto

delito contra la Administración Pública Peculado y Contra la Fe Pública – Uso de Documento Privado Falso en agravio del Estado Peruano.

El informe de STOIPAD señala sobre no haber generado perjuicio económico a la Entidad, que este fue un punto materia de análisis para graduar la sanción impuesto, sin embargo, la misma no es una exigente de responsabilidad, y con relación a la declaración de archivo emitido por la 1° Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, esta se encuentra sustentada en que el tipo penal de peculado exige la existencia de un perjuicio económico, pero en la falta administrativa imputada que es la vulneración a los principios de Probidad y Veracidad no exige como requisito el perjuicio económico, puesto que la misma versa sobre la rectitud, honradez, honestidad y autenticidad con que el servidor se comporte ante su empleador, por lo que la citada disposición fiscal no cambia la acreditación de la falta administrativa.

De lo señalado podemos demostrar que existen razones suficientes para sostener que las asignaciones por concepto de viatico y la falta de justificación o en su defecto la inexistencia de ella no sobrevendría en el delito penal de peculado puesto que el agente actúa en función a la comisión de un servicio y que la forma como ingresa al dinero a su esfera personal y privada es en calidad de transferencia en disposición y no en calidad de posesión o administración conforme se señala en el fundamento jurídico 37 del IX Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.

2.1.2.- BASES TEÓRICAS (DEFINICIONES CONCEPTUALES) Y DOCTRINA LEGAL SOBRE VIÁTICOS Y PECULADO

2.1.2.1.- VIÁTICOS BREVE HISTORIA

Consideramos pertinente que para poder determinar el significado del término viáticos es descubrir primero su origen etimológico. En este sentido, hay que destacar que se trata de una palabra que deriva del latín, de "viaticum", que a su vez procede de "vía".

El "viaticum" se utilizaba para referirse a la provisión de alimentos y de dinero que necesitaba una persona para poder emprender un viaje.

De lo señalado en su etimología apreciamos que se trata de un camino, ruta, medio u modo, para conseguir algo, aludiéndose entonces al dinero o especie que utilizaba o se entregaba a una persona para su sustento durante el recorrido de su viaje. No

obstante, durante *la Edad Media*, se empleó para hacer mención a un impuesto que se cobraba a toda la persona que quería recorrer un camino que pertenecía a las tierras de algún señor feudal³.

Con el pasar del tiempo estos conceptos fueron afianzándose y consolidándose teniendo un matiz mucho más precisa y específico materia que pasaremos a desarrollar partiendo de una perspectiva general para luego analizarlo desde el punto de vista jurídico y doctrinal.

2.1.2.1.1.- CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LOS VIÁTICOS EN LA ADMINISTRACIÓN PERUANA:

➤ Al consultar el *Diccionario de la Real Academia Española*⁴ para revisar el significado de esta palabra, se puede apreciar que existen tres acepciones que definen al término "viáticos" como:

- *Prevención, en especie o en dinero, de lo necesario para el sustento de quien hace un viaje.*
- *Subvención en dinero que se abona a los diplomáticos para trasladarse al punto de su destino.*
- *Subvención en dinero por un trabajo específico.*

Como se observa, en las definiciones siempre se alude a un elemento en común que es el viaje o traslado de un lugar a otro de una persona a la cual le entregan una cantidad de dinero, que le permita solventar sus gastos mínimos. Siendo entonces indispensable que una persona que demuestre la necesidad del viaje lo efectúe.

En ese sentido, por "viáticos", debe entenderse aquella suma destinada a la atención de gastos de hospedaje, alimentación y otros gastos menores, efectivamente realizados, que los entes públicos reconocen a sus servidores cuando estos deban desplazarse en forma transitoria de su centro de trabajo con el fin de cumplir con las obligaciones de su cargo.

➤ En otra publicación también se hace mención al significado del término viatico. Así al consultar *The Free Dictionary*⁵ se precisa que viatico es:

- s.m. Provisiones o dinero que se preparan para un viaje.

³ <https://www.definicionabc.com/politica/viaticos.php>.

⁴ <https://dle.rae.es/viático> Real Academia Española © Todos los derechos reservados

⁵ <https://es.thefreedictionary.com/viáticos>

- ECONOMIA Dieta dada a los funcionarios que tienen que viajar, en especial a los diplomáticos.

De ahí, que "viáticos", que es el término que se usa en nuestro país, deriva de "viaje"; por lo que, su expresión material dineraria, no cae dentro del ámbito laboral remunerativo, del que se excluye, por un lado, por no ser este objeto de abono en forma permanente en el tiempo y regular en su monto; y por otro, porque no dimana de una reciprocidad obligacional que se origina de un contrato de trabajo, como si es el caso de una remuneración.

Asimismo, podemos definir a los viáticos como un acto de disposición interna, de contenido patrimonial, que hace la administración pública esto es, las diferentes reparticiones públicas, con la finalidad de facilitar el cumplimiento de determinados actos de función o de servicio.

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) (...)".

ROJAS VARGAS, F. (2016, p.252) *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 servicio⁶".* 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

⁶ **ROJAS VARGAS, Fidel:** *"Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos"*. Editorial Nomos & thesis, Lima, 2016, pág.252

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 tarea⁷."
(DELGADO TÓVAR, 2017)

Por su parte la, normativa administrativa como la Directiva N° 009 2005/CONSUCODE/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, L. (2011 pág. 121), 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 públicas⁸ (...)"**.

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

- a) Tienen un contenido patrimonial** (en dinero).
- b) Poseen naturaleza eventual.** No puede haber viáticos permanentes, pues se desnaturalizaría la calidad administrativa de estos.
- c) Deben tener un revestimiento de legalidad.** Tienen que estar previsto en las normas internas de la administración. Los viáticos salen de una partida presupuestal.
- d) Poseen un carácter fungible:** El viatico no se da para custodiarlo o para invertirlo. El viático, como medio para facilitar el cumplimiento de determinados actos de función o de servicio, se entrega para gastarlo. El concepto administrativo de viatico habla de movilidad, alimentación y hospedaje, y traslados internos, cuando sean necesarios.

⁷ DELGADO TOVAR, Walther: "Revista Ius Puniendi N° 05" Lima. Ideas Solución 2017 pág. 193

⁸ REYNA ALFARO, Luis Miguel: "Los viáticos como objeto material del delito de peculado". En: Gaceta penal N° 29. Editorial Gaceta jurídica, Lima, 2011 pág. 121

e) **Su comunicabilidad:** El funcionario tiene el deber de informar, rendir cuenta y dar detalles sobre la forma que ha utilizado los viáticos.

A nuestro entender es muy importante tomar en cuenta estos requisitos pues toda asignación en relación a los viáticos es de naturaleza temporal que es entregado para gastarlo en movilidad, alimentación, y hospedaje entrando a una esfera personal y privada del agente para el cumplimiento de una comisión de servicio y cuya obligación es rendir ante la autoridad administrativa correspondiente bajo los principios de transparencia, probidad, idoneidad entre otros.

2.1.2.1.2.- 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**⁹. (BARRIOS ALVARADO, E. 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, L. 2011); **de ahí que resulta necesario determinar si los viáticos se encuadran dentro del contenido del concepto de lo que es caudal o efecto**.¹⁰

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

⁹ BARRIOS ALVARADO, Elvía: "El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público". Gaceta penal & procesal penal. Lima 2010.

¹⁰ REYNA ALFARO, Luis Miguel: "Los viáticos como objeto material del delito de peculado". En: Gaceta penal N° 29. Editorial Gaceta jurídica, Lima, 2011 pág. 121

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, podemos decir que 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, siendo regulada en el ámbito administrativo.

2.1.2.1.3.- CUMPLIMIENTO DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS POR CONCEPTO DE VIÁTICOS.

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, de lo que se entendemos que "El que ejerce una función administrativa debe estar sujeto a obligaciones en razón a su cargo".

BARRIOS ALVARADO, E. (2010 pág. 175) *precisa que esta especial circunstancia el servidor público detenta los bienes fuera del marco de control de la entidad pública, adquiriendo, frente al traslado del bien la obligación de una rendición de cuentas, de ahí que su omisión da lugar a responsabilidades de orden administrativa y civil. En consecuencia, su naturaleza administrativa se consolida con las directivas que regulan el otorgamiento de los viáticos en cada sector de la administración pública*¹¹.

LINARES REBAZA, D. (2014 pág. 183-184) *señala que ente sentido, una vez que el trabajador cumpla con su actuación funcional deberá regresar a su centro de labores de origen y sustentar el pago del dinero que se le entregó; para lo cual, elaborará su rendición de cuentas adjuntando los respectivos documentos que*

¹¹ BARRIOS ALVARADO, Elvia: "El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público". En: Gaceta penal, Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2010, pág.175.

acrediten tales gastos (comprobantes de pago, declaraciones juradas, etc.). En caso no haya gastado todo el dinero deberá devolver la parte no utilizada¹²

Según lo expuesto, señalamos que el otorgamiento de viáticos entregado al comisionado debe estar sujeto a la rendición de gastos en la forma y plazo establecido durante el periodo que duró la comisión y en defecto la entidad administrativa está en la facultad exigir el cumplimiento de dicha obligación buscando los medios, modos y sanciones administrativas necesarias para exigir su devolución.

2.1.2.1.4.- CARACTERÍSTICAS DEL CUMPLIMIENTO DE RENDICIÓN DE GASTOS POR CONCEPTO DE VIÁTICOS:

DEL RIO, O (2007) hace hincapié a las características de los viáticos, aduciendo que su expresión dineraria no se ajusta dentro de la remuneración, debido a que esta se encuentra excluida ya que no se trata de un abono permanente en el tiempo ni dimana una reciprocidad obligacional producto de un contrato de trabajo¹³. En base a ello los viáticos no forman parte integrante de remuneraciones ni del salario.

Las características respecto a la rendición de cuentas son las siguientes:

- Es un proceso a través del cual el Titular de la entidad pública comunica, revela y documenta a la contraloría respecto al uso y manejo de los fondos, así como de los bienes estatales que se encuentran a su cargo y el resultado de su gestión, detallando los logros de objetivos y metas establecidas de la entidad, indicando si los mismos fueron cumplidos eficazmente, para ser sometidos a evaluación y a su posterior publicación, a fin de coadyuvar y contribuir a la transparencia y al control de la gestión pública.
- Es transparente y promueve la participación ciudadana, debido a que el informe que se da a conocer a todas las personas a través del portal web de la Contraloría, de la entidad u otros medios, con la finalidad de dar a conocer a la población los resultados de la gestión promoviendo el ejercicio del control social.

¹² LINARES REBAZA, Dyran Jorge: "*La apropiación de viáticos como delito de peculado*". En: Gaceta penal: Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2014, pág.183-184.

¹³ DEL RIO, O (s.f) http://www.cladperu.com.pe/web/archivos/producción_intelectual/viaticos.pdf.

- Permite interactuar con los ciudadanos para hacer de conocimiento si los alcances reportados en la gestión pública corresponden a los intereses y contribuyen al bien común de la sociedad peruana, lo cual guarda relación con el principio del Buen Gobierno.

2.1.2.1.5.- PRINCIPIOS QUE RIGEN U ORIENTAN LA RENDICIÓN DE CUENTAS POR CONCEPTO DE VIÁTICOS:

La rendición de cuenta se enmarca dentro de algunos principios que consideramos necesario señalar:

- a) Principio de Austeridad:** La austeridad es un concepto muy empleado en el ámbito económico al referirse a la aplicación de una política económica basada en la reducción del gasto público y el aumento de impuestos. Es decir, aumentar el nivel de recaudación pública y minimizar el gasto por parte del Estado de cara a conseguir el menor déficit público posible.

Cuando se aplica el concepto de austeridad administrativa en lo público lo que se pretende definir es un tipo de política de carácter económico que llevan a cabo las administraciones, con el claro objetivo de conseguir mejorar en algo la situación financiera de sus municipios, independiente que en muchos casos no se logre en un alto porcentaje el éxito esperado.

La austeridad en el gasto generalmente se debe acompañar con un programa de rendición de cuentas que indique transparencia en el manejo de lo público y que logre la convicción en los ciudadanos que el sacrificio es por igual para todos y que los beneficios que resulten de este programa serán para la comodidad de todos.

- b) Principio de racionalidad:** La racionalización administrativa es definida como la acción que tiene por objetivo la propia administración, buscando aumentar su eficacia y productividad.
- c) Principio de probidad:** Es actuar con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona. El principio de probidad administrativa consiste en "observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular"

d) **Principio de idoneidad:** Entendida como aptitud técnica, legal y moral, es condición esencial para el acceso y ejercicio de la función pública. El servidor público debe propender a una formación sólida acorde a la realidad, capacitándose permanentemente para el debido cumplimiento de sus funciones.

e) **Principio de transparencia:** En la gestión pública, este principio implica que el actuar del Estado pueda ser observado cómo se mira a través de un cristal. Constituye una extensión del principio de publicidad el cual supone una posición activa de la Administración, mientras que la transparencia se enfoca en permitir que el poder público y su accionar se encuentren a la vista de todos, sin velos ni secretos, en una situación tanto pasiva como activa: dejar ver y mostrar. Por consiguiente, estos dos elementos son fundamentales para promover el diálogo y control social.

La gestión administrativa como actividad dirigida al servicio de la comunidad debe caracterizarse por su apertura ante la misma colectividad a la que se brinda. Esto entraña reconocer la necesidad de un control constante sobre su actuar, radicando allí la importancia de la transparencia, la cual supone una garantía para todos los individuos.

Por lo señalado consideramos pertinente consignar estos principios como pilares fundamentales en la actuación de todo funcionario o servidor público de tal manera que sus funciones se desarrollen de manera eficaz eficiente y transparente.

2.1.2.1.6.- LA REGULACIÓN DE LOS VIÁTICOS Y SU RESPECTIVA RENDICIÓN DE CUENTAS:

Como anteriormente lo señaláramos los viáticos comprenden la cobertura de los gastos de alimentación –desayuno, almuerzo y cena- hospedaje y movilidad cuando el funcionario o servidor público se desplaza fuera de la localidad o de su centro de trabajo, por comisión de servicio con carácter eventual o transitorio. La condición es que el favorecido debe rendir cuentas documentariamente al final del servicio. **Esto es, el funcionario o servidor, luego de concluido el encargo, adjuntando los documentos que acrediten el gasto efectuado, debe rendir cuentas ante la institución que le entrego los viáticos.**

En caso de viajes que se realicen dentro del territorio nacional, los gastos deben sustentarse con los documentos siguientes:

- **Informe escrito:** Informe de Actividades sobre cumplimiento de objetivos y resultados esperados de la comisión encomendada, cuando la comisión del funcionario o servidor fue una capacitación, este tiene el compromiso de realizar una exposición entregando el material de la capacitación al personal del área competente, bajo sanción de devolución del viatico concedido.
- **Pasajes y tasa:** Boletos aéreos, terrestre y fluviales de ser el caso, comprobantes de acuerdo a las normas establecidas por la SUNAT y la Tasa por Uso de Aeropuerto (TUUA) de ser el caso.
- **Hospedaje, Alimentación:** Factura, Boleta emitida por el proveedor serán por el día de comisión, de acuerdo a las normas establecidas por la SUNAT. Los comprobantes de pago no deberán de presentar borrones ni enmendaduras y estarán visados por el comisionado; caso contrario no serán aceptados como válidos.
- **Declaración jurada:** La declaración jurada deberá ser detallada por día de comisión la misma que sustentara la utilización del recurso otorgado.

De lo señalado existen los mecanismos pertinentes y necesarios para que el agente pueda realizar el sustento del gasto en el tiempo y modo establecido a fin de no verse afectado en alguna infracción administrativa y no inmerso en el delito de tipo penal como lo señalan algunos autores.

2.1.2.1.7.- LA NO RENDICIÓN DE CUENTAS DE LOS VIÁTICOS RECIBIDOS POR EL AGENTE PÚBLICO, NO CONSTITUYE EL DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN:

El peculado no supone que el funcionario pueda disponer de los bienes a su criterio, sino que debe cumplir normas específicas para cautelar el patrimonio del Estado; el patrimonio que administra un funcionario no es para sí o terceros a elección o discrecionalidad del funcionario vinculado funcionalmente con el patrimonio público.

CHANJAN DOCUMET, R. (2012, pág. 147) *señala que el funcionarios que usa los viáticos para fines privados y no para cumplir los fines propios de la comisión de servicio,*

se apropia indebidamente de los caudales del Estado lesionando el patrimonio público en sentido funcional; la rendición de cuenta defectuosa o extemporánea, o la no rendición de esta solo constituye un indicio de la comisión del delito materia de análisis, más no un elemento integrante del injusto penal, en consecuencia, tales rendiciones valoradas aisladamente, podrán acarrear una sanción administrativa, pero no penal¹⁴.

PEÑA CABRERA FREYRE, A (2014, pág. 721) señala que la forma como ingresa el dinero del patrimonio estatal (viáticos), a la esfera de custodia del funcionario y/o servidor público, **“imposibilita que la conducta omisiva, pueda ser reputada como delito de peculado, debido a que el considerado como intraneus carece de la cualidad funcional de custodio, perceptor o administrador; por tanto, no ingresa al ámbito de protección del artículo 387° del CP”¹⁵**, puesto que los viáticos son asignaciones de dinero entregados por la administración pública al trabajador previamente autorizado, a quien, a su vez, se le encarga la misión de salir de su lugar de trabajo para realizar una actividad relacionada con sus funciones, y de ese modo, lograr que los objetivos o metas de la institución se materialicen.

Los viáticos entregados a un sujeto público para gastos de movilidad se producen en calidad de transferencia en disposición, no en calidad de posesión o administración, pero siempre, obviamente, sujeto a un deber administrativo de rendición de cuentas.

Los viáticos entregados a un sujeto público para gastos de movilidad, alimentación y hospedaje tienen una función instrumental y son de carácter personal para ayudar en el cumplimiento de determinados destinos oficiales.

Si bien queda claro que los viáticos no suponen transferencia de bienes en posesión para uso público (pues lo es en disposición para gasto personal), la obligación de rendir cuentas y aleatoriamente de devolver lo no gastado ha sido vista como un supuesto factico irregular a partir del cual construir imputación por el delito de peculado. Tal

¹⁴ CHANJAN DOCUMET, Rafael: *“Los viáticos como objeto material del delito de peculado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”*. En: Actualidad Penal, Gaceta Jurídica, Lima 2012. Pág. 147.

¹⁵ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *“La no devolución de viáticos: ¿Delito de peculado o la configuración de un delito contra el patrimonio? Delito de infracción de deber vs. Delitos de dominio; en búsqueda de un criterio material”*. En: Nuevo Proceso Penal y Delitos contra la administración pública. Editorial Jurista, Lima 2014, Pág. 721.

razonamiento, en sus fundamentos, prescinde de los componentes de tipicidad objetiva y subjetiva del delito de peculado.

El beneficiario con el viatico no administra por razón del cargo del bien. Dicho bien, cuando ingresa al dominio del beneficiario, pierde potencialmente su calidad de patrimonio público, porque el uso del bien no es propiamente para fines públicos.

Que el funcionario o servidor público este en la obligación de rendir cuenta y devolver lo no gastado no permite la concreción del delito de peculado, si en cambio la presencia de un ilícito disciplinario administrativo o laboral. Habrá una falta administrativa y se le procesara administrativamente por no haber devuelto lo que no utilizo para efecto de sus gastos personales pero no se configura el tipo penal de peculado.

Como lo hemos señalado anteriormente la naturaleza jurídica de las asignaciones entregadas a los agentes públicos como viáticos, constituyen entregas de dinero al trabajador como parte de sus condiciones de trabajo por ser necesarias para la prestación de servicios excepcionales que realizan fuera de su lugar de trabajo, lo que significa que el dinero entregado por dicho concepto se traslada del ámbito de la Administración Publica 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 de rendir cuentas, presentando la correspondiente documentación que acredita el gasto efectuado. Si el agente público, luego de cumplida la comisión, omite, ya sea en forma negligente o intencional, rendir las cuentas da lugar sin alguna duda, a responsabilidad administrativa y civil”*¹⁶. (REATEGUI SANCHEZ, J. 2017, p.231).

De lo señalado nos debe quedar en claro que la entrega de viáticos para gastos personales, le da una especie de orden o disposición para que los administre en su propio y directo beneficio personal al realizar la comisión encomendada. En cambio, en los supuestos de administrar o custodiar el dinero perteneciente a la administración

¹⁶ REATEGUI SANCHEZ, James: *“Delito contra la administración Pública en el Código Penal”*. Jurista Editores. EIRL. Lima 2017. Pág. 231.

pública que exige el tipo penal del peculado del art. 387 del Código Penal, el sujeto público tiene la obligación legal de administrar o custodiar los efectos o caudales públicos en propio y directo beneficio de la administración pública. No tiene orden ni autorización para disponer de los efectos o caudales en su beneficio personal.

2.1.2.2.- EL DELITO DE PECULADO BREVE HISTORIA:

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 recibían 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.

Como bien lo hemos señalado el delito de peculado tuvo como antecedente remoto en el desarrollo de las culturas clásicas de la civilización occidental tales como Grecia y Roma durante la cual el sujeto que cometía este ilícito penal era severamente castigado inclusive con pena de muerte extendiéndose hacia aquel que a sabiendas prestaba ayuda o recibía la cantidad sustraídas. Lo cual sirvió como base para ser incorporados a las legislaciones posteriores.

2.1.2.2.1.- 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 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. 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”.

Partiendo de este análisis a nuestro entender se debe dejar en claro que para que se configure tal delito es necesario que el sujeto se apropie o utilice caudales y efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo. Muy diferente con la naturaleza jurídica de la asignación por concepto de viático.

2.1.2.2.2.- DEFINICIÓN DE PECULADO:

Para poder conceptualizar objetiva al peculado recurrimos a los aportes doctrinales de algunos autores en relación al tema materia de análisis

SALINAS SICCHA, R. (2016, pág. 279) refiere que se trata de una apropiación *sui generis*, puesto que aquel funcionario no sustrae los bienes sino que estos ya están

a su disposición por razón del cargo que desempeña en la administración pública, pues **“el sujeto simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ello como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio” es decir, como propietario del bien público**¹⁷.

ROJAS VARGAS, F. (2016, pág. 241-242) *precisa que en el delito de peculado por apropiación el sujeto público, incorpora a su patrimonio propio o de tercero bienes ajenos que son de propiedad del Estado o se encuentran bajo administración pública, produciéndose así una apropiación ilegítima que resulta intolerable para el sistema jurídico, más aún si dicha acción y resultado supone la infracción de deberes funcionales por parte del sujeto público*¹⁸.

ABANTO VÁSQUEZ, M. (2003, pág.44) *“agrega que los elementos objetivos del tipo “administración, percepción o custodia de los bienes públicos” “(...) no se refieren a una simple entrega de bienes como una cuestión de confianza en el funcionario, pues éste debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, no debe de bastar con que el funcionario disponga de los bienes con ocasión de sus funciones”*¹⁹

Por lo expuesto, podemos conceptualizar que el delito de peculado es la apropiación o uso de caudales o efectos del Estado por parte de un funcionario o servidor público que le han sido encomendados por razón de su cargo, trayendo consigo una apropiación ilegítima.

2.1.2.2.3.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:

En general podemos considerar que el bien jurídico protegido en el delito de peculado es el correcto desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública.

En la doctrina nacional existen hasta tres posturas, las dos primeras referidas a la protección del patrimonio estatal y el ejercicio de las funciones públicas), y la tercera

¹⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro: *“El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana”*, En: *“Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos”*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2016, pág.279.

¹⁸ ROJAS VARGAS, Fidel: *“Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos”*. Lima: Editorial Nomos & Thesis, 2016, pág.241-242.

¹⁹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *“Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano”*. Editorial Palestra, Lima, 2003, pág.44.

como fruto del acuerdo concreto de la **Corte Suprema**²⁰ que señala el bien jurídico específico protegido es la no lesividad de intereses patrimoniales de la administración pública y la evitación del abuso de poder de funcionario o servidor público que no debe quebrantar los deberes funcionales de lealtad y probidad (por tratarse de un delito pluriofensivo).

Entonces, por su naturaleza se puede concluir que no solo se reprime el apoderamiento del dinero (ánimo de lucro), sino el deber de la correcta gestión funcional (debidamente administrada)²¹.

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"**²². (SALINAS SICCHA R., *Delitos contra la Administración Pública*, 2011).

2.1.2.2.4.- TIPICIDAD OBJETIVA:

a) Sujeto activo:

Podemos señalar que el sujeto activo es aquel sujeto posible de cometer el delito, así, en el delito de peculado, solo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público que tenga la administración, custodia y percepción del bien.

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.

²⁰ Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116, de 30 de setiembre del 2005.

²¹ Acuerdo Plenario N° 07-2019/CJ-116, de 10 de setiembre del 2019.

²² SALINAS SICCHA, Ramiro: "El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana", En: *"Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos"*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2011.

b) Sujeto pasivo:

El sujeto pasivo es el perjudicado por un delito, así, en el caso del delito de peculado, el sujeto pasivo es el Estado, por ser el titular del bien jurídico afectado.

Es así entonces que mencionamos al Estado como sujeto pasivo como titular y dueño del patrimonio que administran, custodian o perciben los funcionarios o servidores públicos en razón del cargo funcional.

2.1.2.2.5.- ELEMENTOS TÍPICOS:

Los elementos típicos del delito de peculado están señalados expresa o tácitamente en el código penal, es así, que los elementos típicos del delito de peculado son:

- Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos.
- La percepción administración o custodia.
- Modalidades de comisión: apropiación o utilización en cualquier forma.
- Destinatario, para sí o para otro.
- Objeto de la acción: los caudales o efectos.

2.1.2.2.6.- LA RELACIÓN FUNCIONAL: " POR RAZÓN DE SU CARGO "

Debe existir una relación funcional entre el funcionario público y el caudal o efecto bajo su custodia, sin embargo, como señala el código, no basta la relación funcional, sino que este debe ser en razón de su cargo.

PARIONA ARANA, R (2011. Pág. 47) *señala que no cualquier funcionario o servidor puede incurrir en el delito de peculado. Es presupuesto necesario de partida, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, que los bienes se hallen en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo. Si es que no existe esta vinculación funcional de estricta base jurídica, el hecho será imputable*²³.

Por lo señalado a nuestro entender debe existir esa relación funcional entre el funcionario público y los caudales o efectos en razón de su cargo que lo configure para tal fin.

²³ PARIONA ARANA, Raúl. "El delito de peculado como delito de infracción de deber". Editorial Gaceta Penal, Tomo 19, Lima-Perú 2011 pág.47.

2.1.2.2.7.- LA PERCEPCIÓN, ADMINISTRACIÓN Y CUSTODIA

- **La percepción** está muy relacionada con la recepción, **la percepción es recibir a nombre de otro (en este caso la entidad estatal) los bienes que le fueran destinados a la entidad representada.**

De este modo, quien percibe es quien recibe las fonaciones, inversiones, apoyos, pagos o cualquier otra razón de ingreso económico a la empresa.

- Por su parte **PARIONA ARANA R (2011. Pág. 50) señala que con el termino de percepción se alude a la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita** (del tesoro público, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, productos de operaciones contractuales, provenientes incluso de otras agencias estatales, etc.) **y que ingresen o pasan a integrar al patrimonio estatal o público en general en calidad de bienes públicos²⁴.**

- **La administración** por su parte, **consiste en el buen manejo de los caudales o efectos del Estado**, al administrador se le encarga el bien para que lo lleve a cabo bajo la mejor conducción, ya sea invirtiéndolo, usándolo en gastos, etc.

- Por su parte **PARIONA ARANA, R (2011. Pág. 51) señala que la administración es la posesión confiada al funcionario o servidor**, en este caso, implica funciones activas de manejo y condición (gobierno). **La administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público, tiene implícita la vinculación funcional**, comprendiendo tantas relaciones directas con el caudal, efecto o relaciones mediatas, **por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público disponer de ellos en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego²⁵.**

- **La custodia** no es solo guardar el bien, sino más bien protegerlo, la custodia implica la protección conservación y vigilancia de los caudales y efectos públicos.

²⁴ Ídem, pág. 50

²⁵ Ídem, pág. 51

- Por su parte **PARIONA ARANA, R** (2011. Pág. 51) **señala que la custodia es la forma típica de posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. Mediante tales formas de posesión que la ley penal ha establecido, el funcionario o servidor tiene que desarrollar funciones de control, cuidado, conducción y vigilancia (deber de garante) en despliegue de las obligaciones inherentes a su cargo²⁶.**

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. Todo ello necesario a efecto de limitar o restringir la relevancia penal a tomar en cuenta en los delitos de peculado.

2.1.2.2.8.- MODALIDADES DELICTIVAS: “APROPIAR O UTILIZAR”

Las modalidades propias de peculado, son la apropiación y la utilización:

a) Peculado por apropiación:

En esta modalidad a diferencia de la sustracción, no hay un retiro del ámbito de protección por parte del funcionario, sino que ese caudal o efecto se le había entregado en administración, derivando la conducta típica del hecho de no devolver lo encargado.

Así, **PARIONA ARANA, R** (2011. Pág. 52) **señala que la apropiación a diferencia que 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 de función. Apropiarse es hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera funcional de la administración pública y colocándose en situaciones de disponer de los mismos. En toda apropiación hay por derivación una negativa tácita o expresa a devolver lo percibido, custodiado o lo que se tiene en administración, bien porque le es ya imposible al sujeto activo entregar o**

²⁶ Ídem, pág. 51

*devolver al haber dispuesto del caudal o efecto, o bien porque sencillamente se niega a ello sin causa justificada*²⁷.

b) Peculado por uso:

El usar, por su parte, implica aprovechar el bien para uso propio, sin pretender apoderarse de él, es el típico caso de quien utiliza el auto de la entidad pública para uso personal.

De esta forma, **PARIONA ARANA, R** (2011. Pág. 53) *señala que el usar o utilizar (términos idénticos) los caudales o efectos configuran el peculado de uso. Utilizar es aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero*²⁸.

Sin embargo, señala, en caso de utilización de bienes fungibles distintos al dinero, cabe igualmente dar por configurado esta modalidad de peculado salvo que la devolución restitución del bien sea imposible por ser irrepetible o haberse destruido siendo único o muy escaso.

En cambio, utilizar dinero es ya apropiarse de él por la consecuente disposición que se hace del mismo, de tal modo que no existe el peculado por uso de dinero.

2.1.2.2.9.- OBJETO MATERIAL DEL DELITO: "CAUDALES O EFECTOS"

El objeto material del delito es aquello sobre lo que cae la acción típica, así, por ejemplo, en el delito de peculado la acción típica recae sobre los caudales o efectos cuya percepción, administración y custodia están confiados a los funcionarios o servidores públicos en razón del cargo que ostentan.

FRISANCHO APARICIO, M (2013, pág.762) *señala que el objeto material del delito "caudales o efectos" no es exclusivamente un bien mueble. Puede ser, también, un bien inmueble, en vista de que el legislador ha establecido como acción típica tanto la apropiación como la utilización de los bienes públicos*²⁹.

²⁷ Ídem, pág. 52

²⁸ Ídem, pág. 53

²⁹ **FRISANCHO APARICIO, Manuel.** "Delitos contra la administración pública". Lima 2013 pág.762.

Así mismo, no es necesario que los caudales sean públicos por el contrario, también pueden ser privados, siempre que el funcionario que los administra o custodia lo haga en razón de su cargo.

Respecto a la definición de caudales y efectos, en opinión de **SALINAS SICCHA R**, (2014, pág. 326 y 327), **"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"**³⁰.

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".

2.1.2.2.10.- CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

En el caso del peculado de apropiación, este delito se realiza instantáneamente, es decir en el momento en que el funcionario público se apropia de un caudal o efecto, se consume el delito de peculado. En el caso del peculado de uso, el delito se consume en el momento en que el funcionario utiliza el bien.

PARIONA ARANA R (2011, pág. 58) **señala que la consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo. Vale decir, cuando éste incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal, o en su segunda modalidad, a través de la utilización o uso del caudal o efecto, en ambos casos el delito produce perjuicio patrimonial a la administración pública, el mismo que usualmente es acreditado vía administrativa**³¹.

³⁰ **SALINAS SICCHA**, Ramiro: *"Delitos contra la administración pública"*. Editorial y Librería jurídica Grijley EIRL. Lima 2014 pág.326, 327.

³¹ **PARIONA ARANA**, Raúl. *"El delito de peculado como delito de infracción de deber"*. Editorial Gaceta Penal, Tomo 19, Lima-Perú 2011 pág.58.

2.1.2.2.11.- EL PERJUICIO PATRIMONIAL

Como señala **SALINAS SICCHA, R.** (2011, pág.303); "(...) *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*³².

*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 pecuniaria*³³

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.

2.1.2.2.12.- 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

El peculado culposo es el descuido por parte del funcionario público bajo el cual un tercero, de forma dolosa, sustrae, caudales o efectos del Estado.

³² **SALINAS SICCHA, Ramiro:** "El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana", En: "Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos". Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2011 pág. 303.

³³ **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.

El peculado culposo es la responsabilidad penal que asume el encargado de cuidar caudales o efectos, tras el descuido de este, en la que otra persona de manera dolosa aprovecha y se apropia o utiliza dichos caudales o bienes.

PARIONA ARANA R (2011, pág. 61) *señala que el peculado culposo hace alusión directa a la sustracción producida por tercera persona aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero*³⁴

Habrà culpa en el sujeto activo del delito, cuando èste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del delito de peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de "perdidas"). Vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que està obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.

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.

Entonces la figura del peculado culposo "no està referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, sino que se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público.

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:

- **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.

³⁴ **PARIONA ARANA**, Raúl. "El delito de peculado como delito de infracción de deber". Editorial Gaceta Penal, Tomo 19, Lima-Perú 2011 pág.61.

- **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.

Habrán 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.

b) Peculado por extensión:

El peculado por extensión, o "peculado impropio", se encuentra regulado en el artículo 392° 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 425°, 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 dinero*³⁵.

2.1.2.2.13.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL ACUERDO PLENARIO N° 04-2005/CJ-116

El Acuerdo Plenario N°. 04-2005/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, el mismo 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".

Este Acuerdo Plenario 04-2005/CJ-116 toma en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; esto son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:

Lo cual estableció como uno de los elementos materiales del tipo penal, la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se dijo que se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder vigilar y cuidar los caudales o efectos.

En cuanto a los caudales y efectos indica 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".

³⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA. R.N. N° 2212-2004 LAMBAYEQUE, Lima, 13 de enero de 2005

Asimismo, indica que 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. Todo ello necesario a efecto de limitar o restringir la relevancia penal a tomar en cuenta en los delitos de peculado.

Razón por la cual ante de configurar el delito de peculado se deberá tomar en cuenta estos elementos materiales de tipo penal.

2.1.2.2.14.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL ACUERDO PLENARIO N° 07-2019/CIJ-116

El Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 establece doctrina y fundamentos jurídicos, para determinar si ciertos comportamientos deberían tener trascendencia penal en relación a la naturaleza de los viáticos.

El presente acuerdo plenario toma en consideración el principio de Subsidiaridad que se trata de la última ratio dejando en claro que para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, en el sentido que solo debe recurrirse al derecho penal cuando han fallado todos los demás controles sociales.

Establece que el dinero entregada a quien se desplazará para atender sus necesarios gastos personalísimo en el lugar al que se desplazará (destino provisional) es distinto al dinero estatal entregado propiamente para efectuar el encargo (para pagar el valor de bienes y/o servicios que son el objeto de la comisión o son inherente a ella, como costos, tasas, derechos de trámite, etcétera, en el lugar de destino) aclarando que cada uno pertenece a rubros presupuestales distintos y su naturaleza y objeto concreto son también diferentes.

Asume que no es correcto afirmar que aquel específico monto mantiene la condición de caudal público entregado bajo administración dado que la facultad de la libre disposición de los caudales percibidos es incompatible con el concepto de administrar dinero para fines estatales.

El mismo señala que es deber de Estado garantizar que los funcionarios o servidores comisionados que se desplacen no estén sometidos a la inseguridad o a riesgos que podrían afectarlos personalmente en particular en el ámbito de la salud; debiendo tener

en cuenta el tercer párrafo del art. 23 de la Constitución Política del Perú que establece que "ninguna relación laboral puede (...) desconocer o rebajar la dignidad del trabajador".

En cuanto a la rendición de cuenta se requiere de una indagación eficaz y previa en sede administrativa para determinar cuánto gastó y como efecto cuanto debe devolver y luego, requerir formalmente la devolución o disponer el descuento del monto cierto de los haberes del comisionado.

Cuando la diligencia o comisión por la que fue otorgado el viático no se realizó porque el comisionado no se desplazó y no devolvió el dinero, es decir lo incorporó a su patrimonio probablemente constituye un delito de falsedad.

Cuando la conducta que despliega el agente público consiste en sustentar con comprobantes espurios de manera fraudulenta, gastos que jamás se hicieron, y de ese modo, lograr ilícitamente quedarse con dinero público. En realidad, estaría cometiendo los delitos de falsificación de documentos (primer párrafo del artículo 427 del Código Penal), uso de documentos falsos (segundo párrafo del artículo 427 del Código Penal) o falsedad genérica (artículo 438 del Código Penal), según corresponda y no delito de peculado por apropiación.

En tal virtud, existiendo el deber de rendir cuentas para el funcionario o servidor público y el de devolver lo no gastado, (exigencia legal en el Perú), el incumplimiento total o parcial no habrá de connotar el delito de peculado por apropiación.

Analizada la especial naturaleza de los viáticos, se puede concluir que ese dinero entregado a un sujeto público para gastos de movilidad, alimentación y hospedaje, lo son en calidad de transferencia en disposición, no en calidad de posesión o administración a diferencia del dinero entregado para pagar tasas, derechos, aranceles, copias, etcétera, en el lugar de destino, que está sujeto en el país al deber administrativo de devolución de lo no gastado.

Por tanto, antes de imputar la comisión del delito de peculado será necesario identificar si el funcionario cumplió o no con la comisión; si la cumplió, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción de orden administrativos

Por todo lo dicho la asignación de viático no reúne los elementos estructurales del delito de peculado empezando porque el sujeto activo del delito no tiene esa vinculación

funcional que lo hace cargo de los caudales y efectos en el sentido de estar a cargo de custodia, administración y la finalidad tampoco, la de ser administrado, resguardado, percibido, al no darse estos elementos de sujeto activo y principalmente esta función de percepción, custodia y administración que suele exigir el peculado entonces no corresponde su aplicación.

2.1.3.- DEFINICIONES DE TERMINOS CONCEPTUALES-OPERACIONALES

1. **Acuerdo plenario:** Es el acuerdo a la que arriban los órganos jurisdiccionales supremos, a fin de determinar cómo doctrina legal ciertos criterios para la solución de un problema de carácter judicial, lo cual conduce al perfeccionamiento del ejercicio de la función jurisdiccional, al fortalecimiento del sistema jurídico y de la organización judicial.
2. **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).

3. **Asignaciones económicas:** Desembolso de efectivo a favor del personal designado para una comisión, de acuerdo a la naturaleza de la comisión de servicio se otorgaran las siguientes asignaciones económicas: viáticos, otros gastos, pasajes y movilidad local.
4. **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. (Acuerdo Plenario 04-2005/CJ-116, de 30 de setiembre de 2005)

5. **Comisionado:** Son los funcionarios, servidores públicos, que realizan una comisión de servicios dentro o fuera del país.
6. **Comisión de servicios:** Es la acción de desplazamiento temporal, que realiza el comisionado, fuera de la provincia donde se ubica su centro de trabajo, para realizar acciones relacionadas con la labor institucional.
7. **Comprobante de pago:** Son las facturas, los recibos por honorarios, las boletas de venta, los tickets o cintas emitidas por máquinas registradoras, siempre que cumplan con todas las características y requisitos mínimos establecidos por la Superintendencia de la SUNAT.
8. **Custodia:** forma típica de posesión que incluye la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. *(Acuerdo Plenario 04-2005/CJ-116, de 30 de setiembre de 2005)*
9. **Declaración jurada:** Documento sustentatorio excepcional para rendir cuentas, 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.
10. **Fe publica:** Confianza, veracidad, atribuida a diversos funcionarios (notarios, secretarios judiciales, cónsules...), sobre hechos, actos y contratos en los que interviene. *(Frisancho, 2013, p.20)*
11. **Funcionario Público:** Es una persona que desempeña un empleo público. Se trata de un trabajador que cumple funciones en un organismo del Estado. Son funcionarios los que están comprendidos en la carrera administrativa. Los que desempeñen cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular. También quienes tienen vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades del Estado, incluidas las sociedades de economía mixta.
12. **Peculado:** Es la apropiación o distracción voluntaria, con provecho propio o ajeno, de dinero u otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública. Por parte de un funcionario público o del encargado de un servicio público, que está en posesión de ello por motivos de su cargo o servicios.

- 13. Percepción:** Es la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. (*Acuerdo Plenario 04-2005/CJ-116, de 30 de setiembre de 2005*)
- 14. Servidor Público:** Es una persona que brinda un servicio de utilidad social. Esto quiere decir que aquello que realiza beneficia a otras personas y no genera ganancias privadas (más allá del salario que pueda percibir el sujeto por este trabajo). Los servidores públicos, por lo general, prestan servicios al Estado.
- 15. Relación funcional:** Es poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionamiento en virtud del cargo, el poder vigilar y cuidar los caudales o efectos. (*Acuerdo Plenario 04-2005/CJ-116, de 30 de setiembre de 2005*)
- 16. Rendición de cuentas:** Es la presentación de gastos debidamente documentada, que el comisionado realiza al término de la comisión de servicios. (*Amado, 2015, p.497*)
- 17. Viáticos:** Son sumas de dinero que el empleador reconoce a los trabajadores para cubrir los gastos en que estos incurren para el cumplimiento de sus funciones fuera de la sede habitual de trabajo: reconociendo, principalmente, gastos de transporte, de manutención y alojamiento del trabajador. (*Osorio, 2012, p.643*).

2.1.4.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

2.1.4.1- Problema General

¿Será posible determinar si la asignación de los viáticos debería tener trascendencia penal para configurar el delito de peculado en la administración pública en relación con el **Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116?**

2.1.4.1- Problemas Específicos

- a) ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la asignación de los viáticos con el delito de peculado en la administración pública?

- b) ¿Cuáles serán los elementos objetivos y subjetivos de tipo penal de la asignación de los viáticos para configurar el delito de peculado en la administración pública?
- c) ¿La falta de justificación o la inexistencia rendición de cuenta de la asignación de los viáticos *per se* devendría en la comisión del delito de peculado en la administración pública?

2.2.- OBJETIVOS

2.2.1- Objetivo General

Analizar el **Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116**, donde se establece doctrina y fundamentos jurídicos, para determinar si la asignación de los viáticos debería tener trascendencia penal para configurar el delito de peculado en la administración pública.

2.2.2- Objetivos Específicos

- a) Determinar la naturaleza jurídica de la asignación de los viáticos con el delito de peculado en la administración pública
- b) Determinar si la asignación de viáticos contiene elementos objetivos y subjetivos de tipo penal para configurar el delito de peculado en la administración pública.
- c) Determinar si la falta de justificación o la inexistencia rendición de cuenta de la asignación de viático *per se* devendría en la comisión del delito de peculado en la administración pública.

2.3.- VARIABLES

2.3.1- Variable Independiente

- Delito de Peculado.

2.3.2- Variable Dependiente

- La asignación de Viáticos en la administración pública.

2.4.- SUPUESTOS

2.4.1- Supuesto General

La asignación de los viáticos no tiene trascendencia penal para configurar el delito de peculado en la administración pública en relación con el **Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116**.

2.4.2- Supuestos Específicos

- a) La naturaleza jurídica de la asignación de los viáticos no configura el delito de peculado en la administración pública por lo que debe ser regulado en el ámbito administrativo y civil más no penal.
- b) La asignación de los viáticos carece de los elementos objetivos y subjetivos de tipo penal para configurar el delito de peculado en la administración pública.
- c) La falta de justificación o la inexistencia de rendición de cuenta de la asignación de viático da lugar a una responsabilidad administrativa y civil, por lo que no *per se* devendría en la comisión del delito de peculado en la administración pública.

CAPÍTULO III

3.1.- METODOLOGÍA

MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN.

El presente trabajo de análisis jurídico de investigación se enmarca dentro del nivel de investigación DESCRIPTIVA - DOCUMENTAL, de tipo jurídico – dogmática 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.

3.2.- MUESTRA.

La muestra de estudio estuvo constituido por el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 donde se establece doctrina y fundamentos jurídicos, si ciertos comportamientos deberían tener trascendencia penal en relación a la naturaleza de los viáticos.

3.3.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

La técnica a utilizar en el presente trabajo de investigación son las que a continuación se detalla:

- Análisis documental, con esta técnica se obtendrá la información sobre el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.

3.4.- PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Para la recolección se realizó las siguientes actividades:

- Se nos consignó el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116. Para su análisis y estudio materia de investigación por Secretaria Académica del Programa de Titulación de la Facultad de Derecho y ciencias Políticas de la UCP.
- Se realizó el análisis minucioso del Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116, desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial haciendo el deslinde adecuado de las ideas principales y secundarias que subyacen de ellas en correlación con nuestro tema de investigación
- Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.
- La recolección de información estuvo a cargo de los responsables de la investigación.

- El procesamiento de la información se realizó mediante el uso del Código Penal, Código Procesal Penal, artículos científicos, libros especializados, internet así como el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.
- Durante toda la recolección de información se aplicaron los valores y principios éticos.

3.5.- VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO.

Los instrumentos utilizados no fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de instrumentos documentarios, exento de mediciones y por tratarse de una investigación de tipo descriptivo con respecto al Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.

3.6.- PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA:

En todo momento de la ejecución de la investigación se trató en lo posible argumentar y poner nuestras ideas de manera objetiva, veraz, transparente y con rigor científico, aplicando para ellos principios de Ética tales como:

- **Puntualidad:** Respetando los plazos establecidos en la ejecución de la investigación.
- **Orden:** Respetando los lineamientos de forma y fondo en el desarrollo de nuestra investigación.
- **Honestidad:** Respetando la autoría y la propiedad intelectual de las investigaciones.
- **Responsabilidad:** En todo el proceso del desarrollo de la investigación estuvo sometido a la revisión independientemente para asegurar la calidad de la misma.
- **Objetividad:** Toda vez que las conclusiones obtenidas del estudio no son productos de impresiones subjetivas, sino de hechos observados, verificados, evitando cualquier perjuicio e influencia de cualquier tipo.
- **Prudencia:** En el recojo, análisis, y valoración de la información comprobando su verosimilitud, independientemente a que se contrapongan a nuestras ideas.
- **Pluralidad de fuentes:** Se trató de recoger la mayor cantidad posible de fuentes para conocimiento, análisis y explicación de hechos.
- **Política de antiplagio:** Conocer y aplicar las políticas y software antiplagio de la Universidad Científica del Perú.
- **Trabajo en equipo:** reconocer, valorar y estimular las contribuciones de nuestros colaboradores en el desarrollo de la investigación.

CAPÍTULO IV RESULTADOS

De acuerdo a la investigación realizada, es menester en este punto señalar las posiciones doctrinarias respecto al problema planteado:

1. La asignación de los viáticos no tiene trascendencia penal para configurar el delito de peculado puesto que para que se configure como delito 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.
2. Los "viáticos" tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario y servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o del total de la suma asignada, pues el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el íntegro del "viatico" que se le asigne, aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera defectuosa, que constituyen aspectos, que en todo caso deben de dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgo dicho concepto.
3. La asignación de los viáticos carecen de los elementos objetivos y subjetivos de tipo penal para configurar el delito de peculado en la administración pública, puesto que 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.
4. La falta de justificación o la inexistencia rendición de cuenta de la asignación de viático da lugar a una responsabilidad administrativa y civil, por lo que no *per se* devendría en la comisión del delito de peculado puesto que los viáticos tiene una "función instrumental" y son de carácter personal para ayudar en el cumplimiento de determinados destinos oficiales, pues el beneficiario no administra por razón del cargo del bien, dicho bien cuando ingresa al dominio del beneficiado, pierde potencialmente su calidad de patrimonio público.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

Primero: En relación a la *Tesis doctoral de Diana Mercedes Caycho (2019)*, donde se analizó si cabe la posibilidad de imputar responsabilidad penal al sujeto por la comisión del delito de peculado cuando realiza un inadecuado manejo de los caudales o efectos públicos o, por el contrario, nos encontramos frente a una infracción administrativa que debe ser canalizada al derecho administrativo disciplinario. De lo que podemos señalar que no se podría imputar el delito de peculado por la falta de justificación o la inexistencia de rendición de cuenta puesto que la asignación de viáticos tiene naturaleza jurídica distinta al del peculado dilucidándose en el ámbito administrativo. Por lo que el derecho penal solo debe ser activado solo cuando la vulneración al bien jurídico sea grave e insoportable, y los demás mecanismos de intervención no sean idóneos para proteger el bien jurídico afectado.

Segundo: En relación a los autores señalados en el antecedente de estudio:

- En cuanto a lo que refiere **Walther Javier Delgado Tovar (2017)** en su artículo científico al considerar que 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. Siendo vuestra opinión discrepante con el autor Walter Javier Delgado Tovar al señalar que los viáticos constituyen caudales estatales; si bien es cierto son fondos públicos pero tales gastos no tienen ninguna finalidad pública, sino netamente personal o privada, el de servir como sustento para cubrir la alimentación, hospedaje y movilidad del agente como parte de la comisión de un servicio teniendo naturaleza jurídica distinta con el delito de peculado.
- En cuanto a lo que señala **Fidel Rojas Vargas (2016)** quien afirma que "Los viáticos entregados a un sujeto público para gastos de movilidad se producen en calidad de transferencia en disposición, no en calidad de posesión o administración, pero siempre, obviamente, sujeto a un deber administrativo de rendición de cuentas. Lo cual nos parece adecuado puesto que la asignación por concepto de viáticos tiene naturaleza jurídica distinta a la administración, percepción o custodia de los caudales, puesto que los viáticos constituyen entregas de dinero al trabajador como parte de

su condición de trabajo por ser necesarias para la prestación de servicios excepcionales que se realizan fuera de su lugar de trabajo, lo que significa que es un dinero trasladado del ámbito de la administración pública al ámbito de su competencia funcional a efecto de usarlos para los fines asignados, saliendo de la esfera estatal para desplazarse a la custodia de la esfera personal del empleado público, por lo que este adquiere la obligación de rendición de cuentas cuya omisión pueden generar responsabilidades de orden administrativo y civil, mas no el delito de peculado.

- En lo que respecta a **Dyrán Jorge Linares Rebaza (2015)** en su artículo científico reafirma que "Los viáticos son caudales públicos entregados a un funcionario o servidor autorizado para que los administre con miras a que su utilización facilite exclusivamente su labor funcional en el tiempo y lugar donde se ejecute la comisión de servicios, tal es así que los viáticos son asignaciones de dinero que se utilizan para cubrir gastos personales con un fin netamente público; facilitar la realización de la comisión de servicios". Por lo que consideramos necesario precisar que la acción de evitar la rendición de cuentas en los viáticos por parte del funcionario o servidor público, no sería un supuesto para la configuración del delito de peculado, puesto que es un dinero entregado con el fin de facilitar la realización de actividades dentro del ámbito de sus funciones, por lo que finalmente recaería una sanción de carácter administrativo y no penal.
- Por otro lado **Milagros Patricia Campos Maldonado (2014)** precisa en su artículo científico que; Los viáticos constituyen caudales confiados en administración al funcionario o servidor público en función a su cargo y, por lo tanto, se admite su condición de objeto material del delito de peculado. Por lo que 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. Lo que para nosotros no se podría admitir la condición de delito de peculado algo que ingresa en calidad transferencia de disposición usadas para cubrir gastos de alimentación, alojamiento y desplazamiento en la comisión de un servicio más no con fines de custodia, percepción o administración característica esencial para configurar delito de peculado no existiendo una relación funcional específica entre el caudal y la función pública.

Tercero: En relación a las Jurisprudencia del poder Judicial:

- Expediente N° 907-2014/Tacna de la Corte de justicia de la república – Sala penal permanente a lo que en definitiva, podemos colegir que los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia. Ahora bien, si el agente público, luego de cumplida la comisión, omite rendir cuentas, ya sea en forma negligente o intencional, sin alguna duda da lugar a responsabilidad administrativa y civil, pero de ninguna manera penal, como se pretende en la acusación. Según nuestra idea, resulta claro que los viáticos entregados al funcionario o servidor público pasan a formar parte de una esfera personal, debido a que estos serán utilizados en gastos de movilidad, comida y hospedaje, los mismos que después de concluidas las actividades programadas, deberán ser sustentados y de no suceder ello, el sujeto estaría incurriendo en un delito de naturaleza administrativa, mas no penal.
- Expediente N° 4212-2009/Amazonas de la Corte de justicia de la república – Sala penal permanente lo que considera que los "viáticos" tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en este subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o el total de la suma asignada, incluso, en este último caso, el trabajador está autorizado a utilizar el íntegro del "viatico" que se le asigno; aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera fraudulenta circunstancias que debe dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgo dicho concepto. Que a criterio de este Supremo Tribunal, podría requerir bajo apercibimiento de imponer medidas de carácter disciplinario, la corrección de la justificación efectuada indebidamente; aún más, de persistir las omisiones o deficiencias, debe agotarse la exigencia directa, posiblemente mediante un resarcimiento con descuentos o en la modalidad que lo considere pertinente la autoridad administrativa competente; consecuentemente, el rubro de viáticos no puede constituir objeto del delito de peculado.
- Expediente N° 260-2009 Loreto de la Corte de justicia de la república – Sala penal permanente en donde también se menciona que los "viáticos" tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario y servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o del total de la suma asignada, pues el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el íntegro del "viatico" que se le asigno, aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera defectuosa, que constituyen aspectos, que en todo caso deben de

dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgo dicho concepto. Aún más, de persistir las deficiencias u omisiones, debe de agotarse la exigencia directa antes de recurrir a las acciones legales, obviamente de carácter administrativo y extrapenal; que siendo así, y habiéndose establecido que el cargo atribuido no se adecua al supuesto típico al que alude el delito de peculado, deviene en inoficioso determinar la infracción de deber, puesto que, en el caso concreto no existe expectativas normativas referidas al rol especial que se le puedan exigir a los procesados.

Cuarto: En relación a la Corte Suprema de Justicia:

- RN. N° 2202-2018 Lima publicada el 15 de julio de 2019, la misma que advierte que la conducta imputada no se haya configurada como delito de peculado; en virtud que el título que habilito el uso de los viáticos por el absuelto fue en calidad de disposición o transferencia y no en calidad de custodia o administración. Para nosotros es importante resaltar lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en relación a las características esenciales de los viáticos tomando en consideración: primero que el dinero entregado es en calidad de transferencia de disposición para cubrir necesidades personales de alimentación, alojamiento y desplazamiento de la comisión y no en calidad de posesión o administración; segundo una vez finalizada se le es exigible el informe de gastos correspondiente cuya omisión de esta última obligación acarrea sanciones administrativas, mas no una pena por el delito de peculado.

Quinto: En relación al Tribunal Constitucional del Perú:

- Expediente N° 1209-2003-AA/TC-Ucayali, la cual señala sobre un proceso disciplinario administrativo, en el cual se contraviene el principio non bis in ídem, denominado prohibición de doble juicio. Pues bien se inició un proceso administrativo disciplinario por la comisión de faltas graves, abuso de autoridad y uso de función con fines de lucro y que, por los mismos hechos, existe un proceso por el Juzgado Especializado en lo Penal por la comisión de los delitos de peculado y contra la fe pública y falsedad genérica, que se le imputan por haber recibido viáticos por comisión de servicios para asistir a eventos financiados por instituciones extranjeras. El principio non bis in ídem, es un principio procesal en virtud del cual un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, no pueden darse dos procedimientos con el mismo objeto. Esta vertiente procesal impide no solo la dualidad de procedimientos administrativo y penal, sino también el

inicio de un nuevo proceso en cada uno de estos ordenes jurídicos como consecuencia de los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada.

- Expediente N° 1486-2010-PA/TC-Piura, señala que el despido es desproporcionado, por cuanto se le imputo como falta grave que había falsificado documentos, a pesar de que, por los mismos hechos, la justicia penal aun no lo ha condenado, los que a su juicio, afecta a su derecho a la presunción de inocencia. El demandante, con la finalidad de evadir su responsabilidad, alega que los viáticos otorgados por la Municipalidad no se encontraban sujetos a la posterior rendición de cuentas. Este argumento carece de sustento, por cuanto la normativa del Sistema Nacional de Control impone la obligación ineludible de que cuando el funcionario, servidor o trabajador de la Administración Pública recibe dinero del presupuesto público por viáticos, luego debe rendir cuenta de cómo efectuó su gasto.
- Caso emblemático: Resolución de Secretaria General N° 096-2019-MINEDU. Que mediante informe de STOIPAD señala sobre no haber generado perjuicio económico a la Entidad, que este fue un punto materia de análisis para graduar la sanción impuesto, sin embargo, la misma no es una eximente de responsabilidad, y con relación a la declaración de archivo emitido por la 1° Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima, esta se encuentra sustentada en que el tipo penal de peculado exige la existencia de un perjuicio económico, pero en la falta administrativa imputada que es la vulneración a los principios de Probidad y Veracidad no exige como requisito el perjuicio económico, puesto que la misma versa sobre la rectitud, honradez, honestidad y autenticidad con que el servidor se comporte ante su empleador, por lo que la citada disposición fiscal no cambia la acreditación de la falta administrativa.

Sexto: En opinión Personal: Nos queda claro entender que los viáticos son entregados al funcionario o servidor público para gastos de movilidad, alimentación, hospedaje en cumplimiento de una función específica puesto que el dinero es entregado en calidad de transferencia en disposición, y no en calidad de posesión o administración, pero siempre sujeto a un deber administrativo de rendición de cuentas, Por lo que consideramos que la falta de justificación o la inexistencia rendición de cuenta no genera la concreción del delito de peculado, pero si la presencia de un ilícito disciplinario administrativo o civil y en consecuencia se incurrirá en una falta administrativa mediante un proceso administrativo por no haber devuelto lo que no utilizo para efecto de sus gastos personales pero no se configura el tipo penal de peculado.

CAPÍTULO VI CONCLUSIONES

Primero: La asignación de los viáticos así como la falta de justificación o la inexistencia rendición de gastos no tiene trascendencia penal para configurar el delito de peculado en la administración pública en relación con el **Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116**.

Segundo: La naturaleza jurídica de la asignación de los viáticos es distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en este existe autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o el total de la suma asignada por lo que no configura el delito de peculado en la administración pública y que debe ser regulado en el ámbito administrativo y civil más no penal.

Tercero: La asignación de los viáticos así como la falta de justificación o la inexistencia rendición de gastos carecen de los elementos objetivos y subjetivos de tipo penal para configurar el delito de peculado en la administración pública por lo que no encuadran dentro del dentro del art. 387° del código penal.

Cuarto: La falta de justificación o la inexistencia rendición de cuenta de la asignación de viático da lugar a una responsabilidad administrativa y civil, por lo que no *per se* devendría en la comisión del delito de peculado, puesto que los viáticos tiene una "función instrumental" y son de carácter personal para ayudar en el cumplimiento de determinados destinos oficiales, pues el beneficiario no administra por razón del cargo del bien, dicho bien cuando ingresa al dominio del beneficiado, pierde potencialmente su calidad de patrimonio público.

CAPÍTULO VII

RECOMENDACIONES

Primero: Teniendo en cuenta que el derecho penal solo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir cuando han fallados todos los demás controles sociales lo que lo convierte en última ratio. Lo que nos lleva a reflexionar que sería un error trata de configurar el delito de peculado a la falta o inexistencia rendición de gastos en la asignación de viáticos. Por lo que el Operador jurídico debe de tener mucho cuidado en atribuir a un agente publico una sanción penal cuando en realidad le correspondería una sanción administrativa.

Segundo: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos precisa que para determinar si la infracción administrativa cometida compete o no dentro del derecho penal es necesario saber primero si el texto que define la infracción en litigio se enmarca o no dentro del derecho penal según la técnica jurídica del Estado demandado, segundo la naturaleza de la infracción y de la gravedad de la sanción a imponer. Lo que nos da entender que para imponer una sanción penal se debe configurar los elementos objetivos y subjetivos del ilícito penal, Teniendo en cuenta que la Naturaleza Jurídica de la asignación de Viáticos es distinta al delito del peculado

Tercero: La falta de justificación o la inexistencia rendición de gastos por concepto de viáticos no puede constituirse como delito de peculado por tanto la sanción debe de dilucidarse en el ámbito administrativo, por lo que no sería imposible encuadrarlo dentro del art. 387° del código penal, en relación con el delito de peculado.

Cuarto: Los funcionarios o Servidores públicos en ejercicios de sus funciones deben actuar siempre con principios éticos de responsabilidad, honestidad, Transparencia, idoneidad a fin de poder evitar alguna sanción administrativa que perjudique o ponga en riesgo su condición laboral.

CAPÍTULO VIII
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *"Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano"*. Editorial Palestra, Lima, 2003.
2. Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116, de 30 de setiembre del 2005.
3. Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116, de 10 de setiembre del 2019.
4. BARRIOS ALVARADO, Elvia: *"El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público"*. Gaceta penal & procesal penal. Lima 2010.
5. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA. R.N. N° 2212-2004 LAMBAYEQUE, Lima, 13 de enero de 2005.
6. CHANJAN DOCUMET, Rafael: *"Los viáticos como objeto material del delito de peculado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia"*. En: Actualidad Penal, Gaceta Jurídica, Lima 2012.
7. 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.
8. DELGADO TOVAR, Walther: *"Revista Ius Puniendi N° 05"* Lima. Ideas Solución 2017.
9. DEL RIO, O (s.f.). CLADPERÚ obtenido de http://www.cladperu.com.pe/web/archivos/producción_intelectual/viaticos.pdf.
10. FRISANCHO APARICIO, Manuel. *"Delitos contra la administración pública"*. Lima 2013.
11. GALVES MONCADA, Oscar Esteban *"Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas" "La rendición de cuentas a través del uso de boletas falsas en el delito de peculado"* Universidad Nacional de Trujillo. Perú 2019.
12. LINARES REBAZA, Dyran Jorge: *"La apropiación de viáticos como delito de peculado"*. En: Gaceta penal: Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2014.
13. LOZADA YAMUNAQUÉ, Snayber Augusto Airton *"Tesis para optar el Título Profesional de Abogado" "La rendición de cuentas de los viáticos y el delito de peculado"* Universidad Nacional de Piura. Perú 2018.
14. PARIONA ARANA, Raúl. *"El delito de peculado como delito de infracción de deber"*. Editorial Gaceta Penal, Tomo 19, Lima-Perú 2011.

15. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl: *"La no devolución de viáticos: ¿Delito de peculado o la configuración de un delito contra el patrimonio? Delito de infracción de deber vs. Delitos de dominio; en búsqueda de un criterio material"*. En: Nuevo Proceso Penal y Delitos contra la administración pública. Editorial Jurista, Lima 2014.
16. REATEGUI SANCHEZ, James: *"Delito contra la administración Pública en el Código Penal"*. Jurista Editores. EIRL. Lima 2017.
17. REYNA ALFARO, Luis Miguel: *"Los viáticos como objeto material del delito de peculado"*. En: Gaceta penal N° 29. Editorial Gaceta jurídica, Lima, 2011.
18. ROJAS VARGAS, Fidel: *"Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos"*. Editorial Nomos & thesis, Lima, 2016.
19. SALINAS SICCHA, Ramiro: *"El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana"*, En: *"Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos"*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2011.
20. SALINAS SICCHA, Ramiro: *"Delitos contra la administración pública"*. Editorial y Liberia jurídica Grijley EIRL. Lima 2014.
21. SALINAS SICCHA, Ramiro: *"El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana"*, En: *"Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos"*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2016.
22. YÁNAC GUERRERO, Mirella *"Tesis para optar el Título Profesional de Abogado"* *"Atipicidad del peculado por apropiación en los casos de una aparente o inexistente rendición de gastos por conceptos de viáticos en la jurisprudencia peruana"* Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo Huaraz - Anchas, Perú 2019.
23. <https://www.definicionabc.com/politica/viaticos.php>.
24. <https://dle.rae.es/viático> Real Academia Española © Todos los derechos reservados.
25. <https://es.thefreedictionary.com/viáticos>.

CAPÍTULO IX

ANEXOS

ANEXO 1

MATRIZ DE CONSISTENCIA

METODO DE CASO: "DELITO DE PECULADO Y LA ASIGNACIÓN DE VIATICOS EN LA ADMINISTRACIÓN

PÚBLICA – ACUERDO PLENARIO N° 07-2019/CIJ-116

AUTORES: ROJAS LOMAS, Isabel de Jesús. / ZAMORA VALDERRAMA, Rapahel.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGÍA
<p><u>GENERAL</u></p> <p>¿Será posible determinar si la asignación de los viáticos debería tener trascendencia penal para configurar el delito de peculado en la administración pública en relación con el acuerdo plenario N° 07-2019/CIJ-116?</p>	<p><u>GENERAL</u></p> <p>Analizar el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116, donde se establece doctrina y fundamentos jurídicos, para determinar si la asignación de los viáticos debería tener trascendencia penal para configurar el delito de peculado en la</p>	<p><u>GENERAL</u></p> <p>La asignación de los viáticos no tiene trascendencia penal para configurar el delito de peculado en la administración pública en relación con el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.</p>	<p><u>VARIABLE</u></p> <p><u>INDEPENDIENTE</u></p> <p>Delito de Peculado.</p> <p><u>VARIABLE</u></p> <p><u>DEPENDIENTE</u></p> <p>La asignación de viáticos en la administración pública.</p>	<p>- Análisis de la Naturaleza jurídica de los viáticos con el delito de peculado.</p> <p>- Análisis de los elementos objetivos y subjetivos de tipo penal de la asignación de los</p>	<p><u>TIPO DE</u></p> <p><u>INVESTIGACION</u></p> <p>Descriptiva - Documental</p> <p><u>DISEÑO</u></p> <p>No Experimental</p> <p><u>MUESTRA</u></p> <p>Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.</p>

<p><u>ESPECIFICOS</u></p> <p>¿Cuál es la naturaleza jurídica de la asignación de los viáticos con el delito de peculado en la administración pública?</p> <p>¿Cuáles serán los elementos objetivos y subjetivos de tipo penal de la asignación de los viáticos para configurar el delito de peculado en la administración pública?</p> <p>¿La falta de justificación o la inexistencia rendición de cuenta de la asignación de los viáticos <i>per se</i> devendría en la comisión del delito de peculado en la</p>	<p>administración pública.</p> <p><u>ESPECIFICOS</u></p> <p>Determinar la naturaleza jurídica de la asignación de los viáticos con el delito de peculado en la administración pública.</p> <p>Determinar si la asignación de viáticos contiene elementos objetivos y subjetivos de tipo penal para configurar el delito de peculado en la administración pública.</p> <p>Determinar si la falta de justificación o la inexistencia rendición de cuenta de la asignación de viáticos <i>per se</i> devendría en la</p>	<p><u>ESPECIFICOS</u></p> <p>La naturaleza jurídica de la asignación de los viáticos no configura el delito de peculado en la administración pública por lo que debe ser regulado en el ámbito administrativo y civil más no penal.</p> <p>La asignación de los viáticos carece de los elementos objetivos y subjetivos de tipo penal para configurar el delito de peculado en la administración pública.</p> <p>La falta de justificación o la inexistencia rendición de cuenta de la asignación de viáticos da lugar a</p>		<p>viáticos para configurar el delito de peculado.</p>	<p><u>TECNICAS</u></p> <p>Análisis documental.</p> <p><u>INSTRUMENTOS</u></p> <p>Análisis de información doctrinal y jurisprudencial.</p>
--	--	---	--	--	---

<p>administración pública?</p>	<p>comisión del delito de peculado en la administración pública.</p>	<p>una responsabilidad administrativa y civil, por lo que no <i>per se</i> devendría en la comisión del delito de peculado en la administración pública.</p>			
--------------------------------	--	--	--	--	--



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

XI PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIA Y ESPECIAL



ACUERDO PLENARIO N° 07-2019/CIJ-116

FUNDAMENTO: Artículo 116 TUO LOPJ
ASUNTO: Viáticos y delito de peculado

Lima, diez de setiembre de dos mil diecinueve

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1.º Las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 120-2019-P-PJ, de veintiuno de febrero de dos mil diecinueve, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de los Jueces Supremos de lo Penal – dos mil diecinueve, que incluyó la participación respectiva en los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, a través del Link de la Página Web del Poder Judicial –abierto al efecto– al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ– y dictar Acuerdos Plenarios concordar la jurisprudencia penal y definir la doctrina legal correspondiente.

2.º El XI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Penal de dos mil diecinueve se realizó en tres etapas. La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica y la selección de los temas del foro de aportes con participación ciudadana. Para proponer los puntos materia de análisis que necesitan interpretación uniforme y la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de criterios de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda: la selección preliminar de temas alcanzados por la comunidad jurídica, designación de jueces supremos ponentes y fecha de presentación de ponencias respecto a las propuestas temáticas que presentaron los abogados y representantes de instituciones públicas y privadas.

3.º El 25 de abril último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate identificándose ocho mociones: a. Pena efectiva: principio de oportunidad y acuerdo reparatorio. b. Diferencias hermenéuticas y técnicas especiales de investigación en los delitos de organización criminal y banda criminal. c. Impedimento de salida del país y diligencias

preliminares. d. Absolución, sobreseimiento y reparación civil, así como prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. e. Prisión preventiva: presupuestos, así como vigilancia electrónica personal. f. Problemas concursales en los delitos de trata de personas y explotación sexual. g. Viáticos y delito de peculado. h. Actuación policial y exención de responsabilidad penal. ∞ En la sesión del 28 de mayo de 2019, se seleccionaron a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en Audiencia Pública.

4.º Presentaron, a través de la página web del Poder Judicial, informes en relación al tema “Los viáticos y delito de peculado”, los señores abogados:

1. Don Constante Carlos Ávalos Rodríguez.
2. Don Dyran Jorge Linares Rebaza.

5.º La segunda etapa consistió en el desarrollo de una Audiencia Pública que se realizó el martes 9 de julio de 2019 en que hicieron uso de la palabra los indicados señores abogados.

6.º La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, en segundo lugar, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar el Acuerdo Plenario que se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciar resoluciones vinculantes con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.

7.º Ha sido ponente el señor SALAS ARENAS.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. MARCO PRELIMINAR

1.º Según el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1243, de 22 de octubre de 2016, se sanciona la conducta del funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro de caudales o efectos cuya percepción, administración¹ o custodia le estén confiados por razón de su cargo.

2.º En tal sentido, en el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116, de 30 de septiembre de 2005, interpretando el citado tipo penal, se estableció como uno de los elementos materiales del tipo penal, la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se dijo que se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es,

¹Administración es la especial forma jurídica de posesión de caudales o efectos con la finalidad de uso o aplicación a fines oficiales.

competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder vigilar y cuidar los caudales o efectos.

3.º En lo que corresponde a la protección internacional, en el numeral uno del artículo XI de la Convención Americana contra la Corrupción, se estipula que:

“A fin de impulsar el desarrollo y la organización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados ~~delegaciones~~ de las siguientes conductas: [...] b) El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada, d) La desviación ajena a su objetivo que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa”.

§ 2. PRINCIPIOS DE ÚLTIMA RATIO O DE MÍNIMA INTERVENCIÓN Y EL CARÁCTER FRAGMENTARIO O SUBSIDIARIO DEL DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

2.1. DERECHO PENAL

4.º Según MUÑOZ CONDE el poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima, esto es, que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. En consecuencia, las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho².

5.º Mientras que MIR PUIG señala que “para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, es decir, una última ratio. Por lo que, primero deberá preferirse la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política social, luego seguirán las sanciones no penales: así, como civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad” En cuanto al carácter fragmentario del derecho penal, considera que “el derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así, no todos los ataques a la propiedad

² MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Derecho penal. Parte general*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 72.

constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como el apoderamiento subrepticio, violento o fraudulento”³.

6.º VILLAVICENCIO TERREROS considera que “el principio de subsidiaridad, se trata de la última ratio en el sentido que solo debe recurrirse al derecho penal cuando han fallado todos los demás controles sociales”; por tanto, los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social”, mientras que al hablar del carácter fragmentario del Derecho Penal, nos referimos a que no se le puede utilizar para prohibir todas las conductas⁴.

7.º GARCÍA CAVERO apunta que según “los principios de última ratio o mínima intervención del Derecho Penal, este sólo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir, cuando el problema o conflicto social no pueda ser resuelto con los otros sistemas de control extrapenales”; puesto que “el Derecho penal no es un instrumento de control más, sino que, a causa de las consecuencias de su aplicación, deviene en un mecanismo especialmente problemático para los ciudadanos y la sociedad”⁵ 6, es decir, que solo las lesiones más insoportables a los bienes jurídicos más importantes deben castigarse penalmente. Resalta la existencia de dos manifestaciones del principio de subsidiaridad (cualitativa y cuantitativa⁷).

8.º ZÚÑIGA RODRÍGUEZ considera que en estos momentos de embate legislativo y de acrecentamiento de los poderes públicos en la intervención de la vida de los ciudadanos propias del carácter social del Estado, cobra especial relevancia el principio de subsidiaridad, para determinar cuándo interviene el Derecho penal, dejando ese “núcleo duro” del sistema de control social para la protección de los bienes jurídicos más graves frente a sus ataques más importantes (principio de fragmentariedad) y privilegiando los otros instrumentos de control social, que pudiendo ser más eficaces y menos lesivos, deben intervenir primariamente (carácter secundario del Derecho Penal). Es decir, que el principio de subsidiaridad conectado con el principio de proporcionalidad que debe regir toda forma de intervención de los poderes públicos, pues siendo toda sanción pública (esto es, que no es meramente compensatoria, sino tiene fines preventivos y afflictivos) una privación de bienes jurídicos impuesta por órganos públicos (ya sea administrativo o judicial), debe respetar los principios de necesidad y menor lesividad posible para legitimar cualquier forma de coacción pública⁸.

³ MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal. Parte general*, Editorial B & F, Buenos Aires, 2016, p. 127.

⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: *Derecho penal. Parte general*, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 93.

⁵ GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho penal. Parte general*, Editorial Ideas, Lima, 2019, p. 135.

⁶ Esta secundariedad del Derecho penal se expresa concretamente en los principios de subsidiaridad y fragmentariedad que orientan la labor de incriminación que lleva a cabo el legislador penal.

⁷ En la primera, se precisa que solamente los bienes jurídicos más importantes pueden legitimar la intervención del Derecho penal; mientras que en la segunda que, no podrá recurrirse al Derecho penal si las conductas disfuncionales pueden ser controladas suficientemente con otros medios de control menos lesivos.

⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA: *Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿Hacia una “administrativización” del Derecho penal y una “penalización” del Derecho administrativo sancionador?* En: Homenaje al señor doctor don Marino Barbero Santos. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, p. 1436.

2.2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR⁹

9.º CEREZO MIR estima que entre lo ilícito disciplinario (entiéndase administrativo) y lo ilícito penal no hay sino una diferencia de grado; aunándose al parecer de ANTÓN ONECA, BAUMANN y MAURACH, expresa que “el legislador extiende la amenaza de la pena a las formas más graves de lo ilícito disciplinario”. Por tanto, “la sanción disciplinaria ha de ser también justa, adecuada a la gravedad de la infracción, y necesaria, esto es, dentro del límite máximo marcado por la justicia”. Tendrá que tenerse en cuenta “no sólo los fines de la prevención general y la prevención especial, sino también las exigencias del prestigio y el buen funcionamiento de la Administración”. Por ello “las sanciones penales y las sanciones disciplinarias son independientes”. Precisa que “la menor gravedad de lo ilícito disciplinario frente a lo ilícito penal explica que en el Derecho disciplinario las conductas prohibidas no estén definidas de un modo exhaustivo en la Ley, ni vienen vinculadas expresamente a ellas una sanción determinada”¹⁰.

10.º Mientras que para SILVA FORNÉ “la distinción entre ambos tipos de infracciones es meramente formal” pues dependerá del legislador la inclusión de la conducta ilícita en la ley penal o en una administrativo-sancionadora¹¹. Es decir, “la legislación refleja en alguna medida la valoración social de los bienes dignos de protección jurídica”, por lo que tal vez “deba recurrirse a la última ratio y reconocer en él dos ámbitos: en primer lugar, que la respuesta punitiva estatal es el último mecanismo al que se puede recurrir para afrontar un conflicto que lesiona o pone en peligro bienes dignos de tutela jurídica; en segundo lugar, y ya dentro de los respuestas punitivas, que la tutela penal deba reservarse para las hipótesis más dañosas o peligrosas respecto a esos bienes jurídicos”¹².

11.º RANDO CASERMEIRO indica que para resolver el problema de distinguir el Derecho penal del administrativo sancionador, primero debe ubicarse en los diferentes niveles de racionalidad (ético, teleológico, pragmático y jurídico formal), luego en la eficiencia de la toma de decisiones (que se configura como una dimensión transversal). A nivel ético se distinguen la reacción frente a los ataques a las bases de la convivencia arraigada en las convicciones más indiscutidas (Ejemplo, delitos contra la vida, o la libertad sexual, etcétera); a nivel teleológico, el derecho administrativo sancionador tiene que perseguir preferentemente la protección de sectores relacionados con la actividad

⁹ Las infracciones administrativas estarán constituidas por la contravención de obligaciones positivas del individuo como miembro de la sociedad, es decir, que los delitos son conductas comisivas u omisivas (delitos dolosos como regla general), y los ilícitos administrativos son conductas netamente omisivas (la regla son las infracciones imprudentes y/o negligentes).

¹⁰ CEREZO MIR, JOSÉ. Recuperado: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1975

20015900175 ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES_L%C3%ADmites_entre_el_Derecho_penal_y_el_Derecho_administrativo

¹¹ SILVA FORNÉ, DIEGO: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho administrativo sancionador*. En: Libro homenaje al señor doctor don José Cerezo Mir. Editorial Tecnós, Madrid, 2003, p. 181.

¹² *Ib.*, p. 182.

administrativa (lo que no supone prescindir de la idea de que protejamos bienes jurídicos, de la misma forma que lo hace el derecho penal); a nivel pragmático, por su mayor agilidad se dará prioridad al procedimiento administrativo sancionador (más efectivo); a nivel jurídico-formal, refiere que las relaciones entre ambos deberá ser coordinada para así establecerse controles de racionalidad legislativa que eviten los peligros de exposición al *bis in idem* y a la activación de mecanismos de conflicto entre instancia sancionadoras, como la prejudicialidad penal¹³.

12.º El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la STEDH Lutz vs. Alemania, de 25 de agosto de 1987, párrafos 52-53, precisó que “para determinar si la infracción administrativa cometida compete o no a la materia penal, es necesario saber: a) si el texto que define la infracción en litigio se enmarca o no dentro del derecho penal según la técnica jurídica del Estado demandado; b) la naturaleza de la infracción y de la gravedad de la sanción a imponer” (sentencia citada por DÍAZ FRAILE¹⁴).

13.º ZÚÑIGA RODRÍGUEZ considera que “en un futuro se observarán fuerzas centrífugas con tendencia a la conformación de sub-sistemas (Derecho penal tributario, urbanístico, societario etc.) pero también centrípetas que tiendan a *administrativizar* el Derecho penal, despojándolo de sus garantías fundamentales en los principios de lesividad y culpabilidad”. Ante ello, precisa que “hay dos cuestiones que cobran vida en el debate moderno. Primero, la necesidad de mantener un *núcleo duro* del Derecho Penal fundamentado en la dañosidad social, la lesividad, el Derecho Penal del hecho, en el mejor sentido de la tradición iluminista. Segundo, dejar muchas de las nuevas formas de infracciones que más que proteger bienes jurídicos fundamentales de la Sociedad, protegen funciones, esto es, objetivos de organización política, social, económica, contextos para el desarrollo de los derechos individuales, para otras formas de control social, como el Derecho administrativo, civil, de seguros, disciplinario, políticas sociales, en claro respeto al principio de subsidiariedad”¹⁵.

§ 3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN

14.º SALINAS SICCHA refiere que se trata de una apropiación sui generis, puesto que aquel funcionario no sustrae los bienes sino que estos ya están a su disposición por razón del cargo que desempeña en la administración pública, pues “el sujeto simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio”; es decir, como propietario del bien público¹⁶.

¹³ Rando Casermeiro, Pablo. La distinción entre el Derecho penal y Derecho administrativo-sancionador. Un análisis de política jurídica. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2010, p. 516-526.

¹⁴ Díaz Fraile, Francisco. Derecho penal y Derecho administrativo sancionador. Garantías y límites en la jurisprudencia del TEDH. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2015, p. 225.

¹⁵ Zúñiga Rodríguez, Laura. Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿Hacia una “administrativización” del Derecho penal o una “penalización” del Derecho administrativo sancionador?. En: Homenaje al señor doctor don Marino Barbero Santos. La Mancha: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, pp. 1435-1436.

¹⁶ Salinas Siccha, Ramiro. El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana. En: Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2016, p. 279.

15.º ROJAS VARGAS precisa que en el delito de peculado por apropiación el sujeto público, incorpora a su patrimonio propio o de tercero bienes ajenos que son de propiedad del Estado o se encuentran bajo administración pública, produciéndose así una apropiación ilegítima que resulta intolerable para el sistema jurídico, más aún si dicha acción y resultado supone la infracción de deberes funcionales por parte del sujeto público¹⁷.

16.º En este sentido, REÁTEGUI SÁNCHEZ aduce que el elemento “apropiación¹⁸” descrito por la conducta típica del delito de peculado, constituye un estadio posterior a un supuesto de apoderamiento, pues implica que el funcionario o servidor público dispone de la cosa como si fuera el dueño (usa o vende, por ejemplo)¹⁹.

17.º ABANTO VÁSQUEZ agrega que los elementos objetivos del tipo “administración, percepción o custodia de los bienes públicos”, “[...] no se refieren a una simple entrega de bienes como una cuestión de confianza en el funcionario, pues éste debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, no debe bastar con que el funcionario disponga de los bienes ‘con ocasión’ de sus funciones”²⁰. Los caudales comprenden toda clase de bienes; no reduce su contenido al dinero, aunque sí tiene que tratarse de objetos dotados de valor de naturaleza económica²¹, es en ese momento –según dice– en que adquieren la condición de públicos.

Por tanto, la apropiación se verificará en la medida que el sujeto activo del delito se comporte como legítimo propietario de ellos y disponga de los bienes como si formaran parte de su patrimonio personal o privado apoderándose de ellos, este supuesto se perfecciona cuando el funcionario o servidor público usa los bienes que le han sido confiados por el Estado como si fueran propios²².

§ 4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PECULADO

18.º En general el bien jurídico protegido en el delito de peculado es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública. En la doctrina

¹⁷ ROJAS VARGAS, FIDEL: *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Editorial Nomos & thesis, 2016, pp. 241-242.

¹⁸ Para el referido autor el término apropiación descrito por el tipo, en un primer momento puede remitirnos a la conducta típica del delito de apropiación ilícita debido a que este tipo penal se verifica el momento en que opera una “apropiación ilegítima” de un determinado bien mueble por parte de la persona del sujeto activo. No obstante, precisa que el delito de apropiación ilícita se consuma cuando el sujeto activo del delito, incumpliendo una obligación específica de devolución o de hacer un uso determinado, se apodera de un determinado bien mueble, incorporándolo de manera ilegítima a su patrimonio. Del análisis rescata que las posibles similitudes entre el contenido de ambos tipos no debe llevarnos a restringir el ámbito de la tipicidad del delito de peculado a la mera verificación del apoderamiento del funcionario o servidor público de los bienes del Estado que administra en razón de su cargo, lo cual no considera acertado.

¹⁹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES: *Delitos contra la administración pública en el Código penal*, Editorial Jurista, Lima, 2017, pp. 496-497.

²⁰ ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. Editorial Palestra, Lima, 2003, p. 44.

²¹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES: *Delitos contra la administración pública en el Código penal*, Editorial Jurista, Lima, 2017, p. 513.

²² *Ib.*, p. 519.

nacional existen hasta tres posturas (dos de ellas son, la protección del patrimonio estatal y el ejercicio de las funciones públicas), pero como fruto del acuerdo concreto de la Corte Suprema²³ surge la tercera teoría, en que el bien jurídico específico protegido es la no lesividad de intereses patrimoniales de la administración pública y la evitación del abuso de poder del funcionario o servidor público que no debe quebrantar los deberes funcionales de lealtad y probidad (por tratarse de un delito pluriofensivo).

19.º Entonces, por su naturaleza se puede concluir que no solo se reprime el apoderamiento del dinero (ánimo de lucro), sino el deber de la correcta gestión funcional (debida administración).

§ 5. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS VIÁTICOS

20.º En los últimos años esta Suprema Corte ha venido señalando que los viáticos constituyen la asignación que se otorga al funcionario o servidor público, o personal comisionado para cubrir sus gastos de alimentación, alojamiento y desplazamiento de la comisión.

∞ ROJAS VARGAS describe las características esenciales de los viáticos; considera que su entrega es un acto de disposición interna, de contenido patrimonial, que hace la administración pública, con la finalidad de facilitar el cumplimiento de determinados actos de función o de servicio. Por tanto, tienen las siguientes características: a) Poseer contenido patrimonial (en dinero). b) Tener cualidad de eventual (no puede haber viáticos permanentes, pues se desnaturalizaría la calidad administrativa de estos). c) Tener un revestimiento de legalidad (es decir, tienen que estar previsto en las normas internas de la administración, puesto que salen de una partida presupuestal). d) Poseer un carácter fungible²⁴.

21.º Actualmente sobre la materia existe la siguiente normativa nacional:

NORMA	FECHA	CONTENIDO
Ley N.º 27619	05/01/02	Los funcionarios tienen la obligación de presentar informe dentro de los quince días calendario siguientes a la fecha de realización del viaje (artículo 5); y que el incumplimiento acarrearía la sanción administrativa del infractor, además de la devolución del íntegro del monto recibido, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales a que hubiere lugar (artículo 6).
Directiva de Tesorería 001-2007-EF/77.15 (aprobada por Resol. Directoral N.º 002-2007-EF-	24/01/07	Inmediatamente después de detectarse que no se ha cumplido con la devolución oportuna de los viáticos no utilizados se procederá a formular el respectivo requerimiento para su devolución, a partir de tal fecha se comenzará a computar los intereses legales que correspondan; por lo que, ante el incumplimiento de la devolución de viáticos no utilizados se podría realizar las

²³ Acuerdo Plenario N.º 04-2005/CJ-116, de 30 de setiembre de 2005.

²⁴ ROJAS VARGAS, FIDEL: *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Editorial Nomos & thesis, Lima, 2016, p. 252.

[Handwritten signatures and scribbles on the left margin]

[Handwritten signatures and scribbles at the bottom of the page]



77.15)		retenciones correspondientes en la planilla única de pago, esto sólo si el empleado autorizó dicha restricción previamente.
Dec. Sup. N° 007-2013-EF Decreto que regula el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión de servicios en el territorio nacional	22/01/13	<p>Artículo 1°.- Montos para el Otorgamiento de Viáticos: Los viáticos por viajes a nivel nacional en comisión de servicios para los funcionarios y empleados públicos, independientemente del vínculo que tengan con el Estado; incluyendo aquellos que brinden servicios de consultoría que, por la necesidad o naturaleza del servicio, la entidad requiera realizar viajes al interior del país, es de Trescientos Veinte y 00/100 Nuevos Soles (S/. 320,00) por día. En el caso de los Ministros de Estado, Viceministros, Jefes de Organismos Constitucionalmente Autónomos, Presidente del Poder Judicial, Jueces Supremos, Fiscales Supremos y Presidentes Regionales, Secretarios Generales, Jefes de Organismos Públicos, Presidentes de Cortes Superiores, Jueces Superiores, Fiscales Superiores y Alcaldes, les corresponderá Trescientos Ochenta y 00/100 Nuevos Soles (S/. 380,00) de viáticos por día.</p> <p>Artículo 2°.- Duración de la Comisión de Servicios Para el otorgamiento de viáticos, se considerará como un día a las comisiones cuya duración sea mayor a cuatro (04) horas y menor o igual a veinticuatro (24) horas. En caso sea menor a dicho periodo, el monto del viático será otorgado de manera proporcional a las horas de la comisión. Los viáticos comprenden los 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.</p> <p>Artículo 3, regula el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión de servicios en el territorio nacional precisando que deberá presentarse la respectiva rendición de cuenta y gastos de viaje debidamente sustentada con los comprobantes de pago 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, siempre que no sea posible obtener comprobantes de pago reconocidos y emitidos de conformidad con lo establecido por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT. La rendición de cuentas deberá presentarse dentro de los diez (10) días hábiles contados desde la culminación de la comisión de servicios.</p>

La asignación que se otorga por viáticos tiene como finalidad cubrir (cancelar o pagar) los gastos personales que el trabajador realice durante su estadía en el interior o exterior del país, gastos que están restringidos exclusivamente a la alimentación, hospedaje y movilidad; además, están relacionados con la realización de la actividad oficial. En ese sentido, una vez que el trabajador

Handwritten notes and signatures on the left margin, including a large signature at the top and several smaller ones below.

Handwritten signatures and initials at the bottom of the page.

público cumpla con su actuación funcional deberá regresar a su centro de labores de origen y sustentar el gasto del dinero que se le entregó; para lo cual, elaborará su rendición de cuentas adjuntando los respectivos documentos que acrediten tales gastos (comprobantes de pago, declaraciones juradas, etc.). En caso que no haya gastado todo el dinero deberá devolver la parte no utilizada²⁵.

22.º Panorama comparativo sobre el tratamiento administrativo en Latinoamérica.
 ∞ En Latinoamérica existen disposiciones que reglamentan la materia:

NORMA Y PAÍS	CONTENIDO
Decreto N.º 1343 de 30/04/74 (Argentina)	Los agentes que reciban fondos en concepto de anticipos de viáticos, al finalizar la comisión, y dentro de las 72 horas de regreso, rendirán el saldo pendiente. Las rendiciones serán presentadas por intermedio del jefe de la repartición respectiva a la Dirección General de Administración u oficina que haga sus veces. En las rendiciones constará el tiempo de duración, fechas de salidas y arribos, debiendo ser certificadas estas informaciones en cada caso por la autoridad competente (inc. N, art. 3).
Escala de viáticos de 01/07/12 (Uruguay) ²⁶	Deberán rendir cuenta dentro de los 5 días siguientes del regreso del funcionario, para lo cual acompañará la documentación respectiva (art. 14). Mientras que el incumplimiento del funcionario determinará la obligación de retener de sus haberes el importe anticipado, si es que lo hubo, perdiendo el derecho al reintegro que pudiera corresponder, salvo que mediaren circunstancias excepcionales debidamente acreditadas (art. 15).
Reglamento para el pago de viáticos, subsistencias, movilizaciones y alimentación, dentro del país para las y los servidores y los obreros públicos vigente desde el 01/06/13 (Ecuador) ²⁷	Del informe del cumplimiento de los servicios institucionales. Dentro del término de 4 días posteriores al cumplimiento de los servicios institucionales fuera del domicilio y/o lugar habitual de trabajo, las y los servidores y las y los obreros del sector público presentarán a la máxima autoridad o su delegado, con copia al jefe inmediato, un informe de las actividades y productos alcanzados. Se utilizará obligatoriamente para el efecto el formulario disponible en la página web (art. 23).
Decreto con Fuerza de Ley N.º 262 de 12 de diciembre de 2015 (Chile)	No obstante, las funciones fiscalizadoras de la Contraloría General de la República, las autoridades que dispusieren comisiones con derecho a viáticos estarán obligadas a velar por el fiel cumplimiento de las normas contenidas en el presente decreto y, en general, de la adecuada justificación de dichas comisiones o cometidos (artículo 11); en tanto que, el

²⁵ LINARES REBAZA, DYRAN JORGE: *La apropiación de viáticos como delito de peculado*. En: Gaceta penal: Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 183-184.

²⁶ A través de esta escala (dictada a escala nacional por el presidente don José Mujica) se buscó adecuar de manera razonable y equitativa el sistema de la entrega de viático sin que afecte la política de gestión financiera de Uruguay, para ello se modificó el Decreto N.º 67/1999, de 3 de marzo de 1999.

²⁷ Esta norma derogó la Resolución SENRES-2009-000080, publicada en el Registro Oficial 575, de 22 de abril de 2009 mediante el cual se expidió el Reglamento para el pago de viáticos para el cumplimiento de licencias de servicios institucionales.

	trabajador que percibiére viáticos indebidamente, estará obligado a reintegrar de inmediato las sumas así percibidas. Será solidariamente responsable del reintegro la autoridad que dispusiere la comisión. Lo establecido es sin perjuicio de la responsabilidad administrativa del trabajador y de la autoridad respectiva (artículo 12).
Manual de trámite de viáticos y gastos de desplazamiento de 19/03/19 expedido por el Departamento Nacional de Planeación (Colombia) ²⁸	Los viáticos y gastos de desplazamiento pagados y no utilizados deberán reembolsarse, en forma inmediata, al responsable de la caja menor en el grupo central de cuentas o de la Tesorería del Departamento Nacional de Planeación si el trámite se realizó por cadena presupuestal (art. 7). Y, para legalizar la comisión de servicios y gastos de desplazamiento, deberán adjuntar la documentación sustentatoria (art. 8).

23.º El entorno latinoamericano se decanta por el reembolso (devolución) de la parte del total que no fue empleada (no gastada) durante la comisión, del monto recibido por viáticos, o su descuento por planilla.

∞ Es singular el abordaje de esta materia en Chile, donde no hay ni rendición pormenorizada de gastos de viáticos, ni devolución de lo no gastado (el monto fue entregado para ser utilizado personalmente), ni delito de peculado (o su equivalente en Chile) por viáticos no rendidos total o parcialmente; el funcionario desplazado está obligado bajo responsabilidad a entregar perentoriamente la información documentada de haber realizado la comisión; de no haberla realizado deberá devolver lo indebidamente percibido, todo en el ámbito administrativo; caso contrario podría ser procesado penalmente (una modalidad del delito de malversación de caudales públicos en el Código penal chileno²⁹ equivale al peculado en el Perú).

∞ La doctrina y la jurisprudencia en el Perú no han sido uniformes en cuando a la naturaleza jurídica de los viáticos, es decir, si conserva su carácter de dinero público y si está o no bajo la administración, percepción o custodia del funcionario o servidor público desplazado; y si la falta de su justificación *per se* devendría en la comisión del ilícito de peculado doloso o de otro hecho delictivo.

§ 6. POSICIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DISCREPANTES SOBRE LA MATERIA

6.1 EN LA DOCTRINA

24.º Dentro de los que consideran posible imputar el delito de peculado por apropiación (viáticos no rendidos o justificados), está REYNA ALFARO, para quien

²⁸ Entidad eminentemente técnica que impulsa la implantación de una visión estratégica del país en los campos social, económico y ambiental, a través del diseño, la orientación y evaluación de las políticas públicas colombianas, el manejo y asignación de la inversión pública.

²⁹ Según el artículo 235, del Código penal chileno, se sanciona "al empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo [...]"; mientras que en el artículo 237 se reprime "al empleado público que, debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, rehusare/hacerlo sin causa bastante [...]; disposición aplicable al empleado público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración [...]"

cabe aceptar que los viáticos son dineros públicos asignados al funcionario o servidor estatal con fines de administración en torno a una circunstancia concreta (por ejemplo, la necesidad de viajar para desempeñar las específicas funciones públicas que le han sido encomendadas). Por tanto, que el poder de manejo que el funcionario ostentar sobre dicha asignación está asociada a ese propósito. Por lo que estima posible sostener la existencia de una relación funcional específica entre caudal y la función pública que permitiría reconocer uno de los elementos centrales del sistema de imputación penal “la infracción del deber”³⁰; admitiendo así su condición de objeto material del delito de peculado.

25.º En esa dirección ARISMENDIZ AMAYA agrega que los viáticos tienen naturaleza pública y no privada, por cuanto provienen de fondos públicos. Gozan de ese *status*, toda vez que comprenden diversas clases de bienes en general, muebles e inmuebles, dotados de valor patrimonial, como el dinero público de los viáticos, que tiene afinidad conceptual con los caudales públicos. Por tanto, a pesar de trasladarlos a la esfera de dominio personal del sujeto cualificado, dicho acto de liberalidad, en puridad, conlleva una percepción con fines de administración³¹, es decir, el sujeto cualificado recibe los viáticos, ingresándolos a su esfera personal, con la finalidad de cumplir las labores encomendadas en razón del cargo o estatus funcional; situación que le otorga capacidad de disponibilidad de los recursos públicos otorgados, los que, a pesar de ingresar a su esfera personal, continúan teniendo naturaleza pública, por cuanto la actividad para la cual fueron desembolsados aparece vinculada con la administración pública³².

26.º ÁVALOS RODRÍGUEZ considera que a primera vista se podría advertir que la ejecución de los gastos realizados con el dinero de los viáticos tienen la calidad de personales (por estar destinado a la alimentación, hospedaje y movilidad), lo cual podría inducir 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 si 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 servicios³³.

∞ Empero, no comparte la tendencia de un sector de la jurisprudencia y doctrina nacionales de identificar la comisión del delito de peculado por apropiación de viáticos con el simple hecho de no rendir cuentas del dinero recibido o hacerlo de

³⁰ REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL: *Los viáticos como objeto material del delito de peculado*. En: Gaceta penal, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 121.

³¹ La fortaleza de dicha afirmación aparece en la medida que el funcionario o servidor vinculado a los viáticos, tenga la obligación de rendir ante la entidad pública liberadora de los viáticos, detalladamente, sus actividades en las cuales habría utilizado los caudales públicos, situación que confiere a los viáticos una naturaleza pública permanente.

³² ARISMENDIZ AMAYA, ELIU: *Los viáticos como objeto del delito de peculado. A propósito del Pleno Superior Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios*. En: Gaceta penal, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2018, p. 45.

³³ ÁVALOS RODRÍGUEZ, CONSTANCE CARLOS: *El peculado por apropiación de viáticos y el Primer Pleno Jurisdiccional Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios*. En: Gaceta Penal, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2018, p. 24.

modo deficiente. A su entender (que se suma a la postura de Barrios Alvarado) la no rendición de cuentas puede constituir un importante indicio de la apropiación del dinero recibido en calidad de viáticos; 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 cuestionamiento³⁴.

∞ Por último, advierte que la efectiva rendición de cuentas tampoco asegura que no se haya cometido un delito de peculado; puesto que 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 mismo³⁵.

27.º LINARES REBAZA refiere que no es correcto afirmar que, a través de los viáticos, se autorizan gastos que repercuten exclusivamente en beneficio personal del agente público, y no en beneficio del Estado. A su entender, los gastos personales que se hacen con el dinero de los viáticos siempre tienen un fin público: facilitar la realización de la comisión de servicios, pues dicho fin es una característica más que confirma su naturaleza de caudales, que pueden ser susceptibles de apropiación, como por ejemplo: i) Cuando el agente los invierte en gastos personales eminentemente privados (cenas románticas, compra de ropa, viajes turísticos, etc.); o ii) Cuando el agente no realiza la comisión de servicios y toma directamente el dinero de los viáticos para incrementar su patrimonio. En este último caso, no sólo se configura el delito de peculado por apropiación, sino también el delito de falsedad documental si el sujeto público rinde cuentas con documentos falsos³⁶.

∞ Ahora, que de la investigación que se realice podría resultar que aunque el imputado 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 tenía 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 a nombre de la institución pública que lo comisionó (incluso podría ser a nombre del propio servidor). Todos estos elementos de convicción están en capacidad de generar certeza de que si bien no se efectuó la rendición de cuentas no por ello se puede

³⁴ BARRIOS ALVARADO, ELVIA: *El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público*, p. 177, refiere que: “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)”.

³⁵ ÁLVARES RODRÍGUEZ, CONSTANCE CARLOS: *El peculado por apropiación de viáticos y el Primer Pleno Jurisdiccional Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios*, En: *Gaceta Penal*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2018, p. 16.

³⁶ LINARES REBAZA, DYLAN JORGE: *La apropiación de viáticos como delito de peculado*. En: *Gaceta penal*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 186.

afirmar que necesariamente el imputado se apropió del dinero que le fue entregado en concepto de viáticos³⁷.

28.º Apunta PEÑA CABRERA FREYRE que la perfección delictiva no se alcanza con el mero hecho de no devolver el dinero por concepto de viáticos no gastado, sino que se necesita algo más: *“que la Administración requiera por escrito al servidor público la devolución del dinero, otorgándole un término perentorio; luego de vencido el plazo, recién se estará ante una conducta susceptible de ser calificada como apropiación ilícita. Si es que la Administración procede directamente a descontarle el dinero de los haberes del funcionario, sin haber hecho uso del requerimiento formal, no se podrá reputar la omisión como delictiva, sino como una infracción administrativa, pues no se podría advertir aún que el agente tiene la intención de apropiarse del caudal dinerario”*³⁸.

29.º Con criterio opuesto SALINAS SICCHA³⁹ y BARRIOS ALVARADO, sostiene que los viáticos constituyen entregas de dinero al trabajador como parte de las condiciones de trabajo, por resultar necesarias para la prestación de servicios excepcionales realizados fuera del lugar de trabajo. Para el primero, esto significa que el dinero entregado por tal concepto se traslada del ámbito de la administración pública al de competencia privada y personal a efectos de usarlo para los fines asignados; mientras que para la segunda ninguno de los elementos normativos de percepción, administración o custodia se evidencian en estos casos, debido a que en los viáticos subsiste la autorización al funcionario o servidor público a disponer del dinero otorgado, con cargo a rendir cuenta⁴⁰.

30.º Para SALINAS SICCHA, *“al recibir los viáticos, el agente público los ingresa a su esfera privada personal de vigilancia y administración. Gasta los viáticos como si fuera su dinero 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”*⁴¹; en razón de que su

³⁷ LINARES REBAZA, DYLAN JORGE: *La apropiación de viáticos como delito de peculado*, p. 186 señala que: “Cuando el empleado público no cumple con rendir cuentas respecto de los gastos realizados con los viáticos, o lo hace pero su rendición es defectuosa, ya sea porque los comprobantes de pago que presenta no son creíbles o no son reconocidos por la SUNAT, el fiscal a cargo del caso deberá iniciar una investigación preliminar dado que tal circunstancia constituye un indicio que hace sospechar razonablemente la posible apropiación de caudales públicos. Sin embargo, posteriormente será necesaria la corroboración de la existencia o no de las comisiones de servicio que habría realizado el sujeto público y contar con elementos de convicción que posibiliten llevar dicho caso a juicio oral”.

³⁸ Conforme la línea argumental esbozada, se tiene que en algunas oportunidades se puede presentar un entrecruzamiento entre dos tipos penales, donde la sola identificación de la cualidad de funcionario y/o servidor público en la persona del autor, no es suficiente dato a saber, para proceder a una calificación jurídico-penal a título de peculado, en la medida que dicha reputación punitiva se encuentra condicionada a una serie de presupuestos, que en definitiva no se presentan copulativamente en el delito de peculado; donde la infracción del deber no es suficiente para poder fundamentar válidamente la sustantividad material de este injusto funcional, al constituir una categoría dogmática -cuya evidente formalidad- tiende a trastocar el principio de legalidad, elevando a título de autoría cualquier clase de aportación delictiva del *intraeius* por más nimia e insignificante que sea, lo que sin duda vulnera las garantías basilares de un derecho penal democrático.

³⁹ SALINAS SICCHA, RAMIRO: *El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana*. En: *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 296

⁴⁰ BARRIOS ALVARADO, ELVIA: *El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público*. En: *Gaceta Penal*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2010, pp. 174-175.

⁴¹ SALINAS SICCHA, RAMIRO: *El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana*. En: *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 296.

utilización está limitada normativamente en el tiempo, espacio y modo. Aunque para CHANJAN DOCUMET el funcionario que usa los viáticos para fines privados y no para cumplir los fines propios de la comisión de servicios, se apropia indebidamente de los caudales del Estado lesionando el patrimonio público en sentido funcional; la rendición de cuentas defectuosa o extemporánea, o la no rendición de esta solo constituye un indicio de la comisión del delito materia de análisis, más no un elemento integrante del injusto penal, en consecuencia, tales rendiciones valoradas aisladamente, podrán acarrear una sanción administrativa, pero no penal⁴².

31.º Corresponde señalar que la forma como ingresa el dinero del patrimonio estatal (viáticos), a la esfera de custodia del funcionario y/o servidor público, según PEÑA CABRERA FREYRE *“imposibilita que la conducta omisiva, pueda ser reputada como delito de peculado, debido a que el considerado como intranzus carece de la cualidad funcional de custodio, receptor o administrador; por tanto, no ingresa al ámbito de protección del artículo 387 del CP”*⁴³, puesto que los viáticos son asignaciones de dinero entregados por la administración pública al trabajador previamente autorizado, a quien, a su vez, se le encarga la misión de salir de su lugar de trabajo para realizar una actividad relacionada con sus funciones, y de ese modo, lograr que los objetivos o metas de la institución se materialicen. En ese sentido, BARRIOS ALVARADO precisa que en esta especial circunstancia el servidor público detenta los bienes fuera del marco de control de la entidad pública, adquiriendo frente al traslado del bien la obligación de una rendición de cuentas, de ahí que su omisión da lugar a responsabilidades de orden administrativo y civil. En consecuencia, su naturaleza administrativa se consolida con las directivas que regulan el otorgamiento de los viáticos en cada sector de la administración pública⁴⁴.

6.2. EN LA JURISPRUDENCIA

32.º Conforme se señaló en la parte final del fundamento jurídico 23, la jurisprudencia no ha sido ajena a este debate, y en el Pleno Jurisdiccional Penal Especializado en Delitos de Corrupción realizado el 2017⁴⁵, se consideró que hasta el momento no se ha calificado y encuadrado los hechos correctamente, conforme se aprecia del siguiente cuadro en que se agrupan las decisiones:

⁴² CHANJAN DOCUMET, RAFAEL: *Los viáticos como objeto material del delito de peculado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. En: Actualidad Penal, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p. 147.

⁴³ PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO RAÚL: *La no devolución de viáticos: ¿Delito de peculado o la configuración de un delito contra el patrimonio? Delito de infracción de deber vs. Delitos de dominio; en búsqueda de un criterio material*. En: Nuevo proceso penal y Delitos contra la administración pública. Editorial Jurista, Lima, 2014, p. 721.

⁴⁴ BARRIOS ALVARADO, ELVIA: *El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público*. En: Gaceta Penal, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 175.

⁴⁵ El Pleno adoptó por mayoría 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. En consecuencia, la conducta del agente público deberá dilucidarse en el ámbito administrativo”.

RECURSO DE NULIDAD Y FECHA DE EXPEDICIÓN	CONTENIDO
<p>GRUPO 1: Recursos de Nulidad número 260-2009-Loreto de 03 de marzo de 2010, 1886-2009-Lima de 15 de setiembre de 2010, 4481-2008-Junín de 11 de marzo de 2010 y 907-2014-Tacna de 26 de marzo de 2015</p> <p>Recurso de Nulidad N°. 4212-2009-Amazonas de 09 de febrero de 2011,</p>	<p>1. Se sostuvo que los viáticos recibidos por el funcionario público para realizar la comisión encomendada tienen naturaleza jurídica distinta a la administración, percepción o custodia que se exige en el delito de peculado, debido a que la entrega del viático es previamente autorizado al agente público para que disponga del dinero, por lo que la falta de rendición de cuentas deberá dilucidarse en un ámbito extrapenal.</p> <p>2. Se resolvió por mayoría declarando la nulidad de la condena y absolvió al procesado, y se reprodujo el argumento referido a la distinta naturaleza de los viáticos y se concluyó que "el rubro de los viáticos no puede constituir objeto del delito de peculado". Para la materialización del delito, el funcionario tiene que tener competencia funcional específica sobre los bienes que administra, posibilidad de libre disposición, que se apropie para sí o para terceros de los caudales o efectos de la administración, entendiéndose por apropiación el apartamiento de dichos bienes de la esfera de la función, colocándolos en una situación tal que permita su disposición por parte del sujeto activo; además, debe acreditarse, a través de una pericia contable, un perjuicio patrimonial al Estado; por lo que en aquella oportunidad los magistrados supremos se decantaron por considerar que dichos casos se deben dilucidar en el ámbito administrativo.</p>
<p>GRUPO 2: Recursos de nulidad número 889-2007-Lima de 23 de setiembre de 2008, 2665-2008-Piura de 21 de enero de 2010, 2938-2013-Lima de 28 de abril de 2015</p> <p>Recurso de Nulidad N°. 3186-2014-Cusco de 13 de julio de 2015.</p>	<p>Se consideró a los viáticos como efectos susceptibles de ser objeto del delito de peculado (se detentó disponibilidad). Es decir se confirmaron las condenas por el delito de peculado, contra quienes no rindieron cuentas, lo hicieron tardíamente o lo hicieron deficientemente de los viáticos que recibieron para realizar una comisión de servicios.</p> <p>Se lo condenó por delito de peculado doloso debido a que aunque devolvió el dinero indebidamente apropiado (otorgado como viático), no justificó haber efectuado la comisión.</p>
<p>GRUPO 3 Recurso de Nulidad 1315-2014-Lima de 14 de marzo de 2016</p>	<p>Se fundamentó la relevancia penal de la conducta en el hecho de que el acusado habría presentado documentos falsos para sustentar los gastos.</p>

33.º Finalmente, en los Recursos de Nulidad 889-2007-Lima de 23 de setiembre de 2008 y 2665-2008-Piura de 21 de enero de 2010, se expedieron resoluciones confirmatorias de condena de los acusados por no haber realizado la comisión del

servicio encargado, mientras que en el Recurso de Nulidad 3186-2014-Cusco⁴⁶, se estableció que en el caso concreto, ante la cobranza coactiva iniciada por la municipalidad afectada, el procesado devolvió lo apropiado pese a que, nunca acreditó haber efectuado las comisiones por las que le entregaron los viáticos.

34.º Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se han generado hasta seis criterios respecto a la calificación de la conducta de no rendir cuentas de los viáticos gastados:

- A. El monto por viáticos es entregado al funcionario para su administración en torno a una circunstancia concreta, existiendo relación funcional específica.
- B. Dicho dinero tiene naturaleza pública debido a que proviene de fondos públicos y el fin está vinculado a la administración pública.
- C. El dinero entregado por concepto de viático se traslada del ámbito de la administración pública al de competencia privada y personal a efectos de usarlo para los fines asignados; ninguno de los elementos normativos del tipo se presenta, por lo que la falta de rendición deberá dilucidarse en el ámbito extrapenal.
- D. Se configura el delito de peculado dado que los funcionarios disponen de dinero público, y no rinden cuenta o lo hacen tardía o deficientemente.
- E. La relevancia penal de la conducta está en el hecho de haber presentado documentación falsa para sustentar los gastos.
- F. Se configura el delito de peculado cuando el funcionario no realiza la función o servicio encomendado y se queda con el dinero recibido.

§ 7. ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA

35.º El dinero entregado a un trabajador que debe desplazarse dentro o fuera del territorio nacional a fin de cumplir un encargo específico se denomina "viático" o "viáticos"⁴⁷ y constituye el caudal del erario público que recibe el funcionario o servidor público para cubrir sus necesidades personales esenciales.

∞ En el Perú se ha establecido en la Ley 27619 (que regula los viajes al exterior de servidores y funcionarios públicos), como en el Decreto Supremo 007-2013-EF, que a su vez regula el otorgamiento de viáticos para viajes de comisión de servicios en el territorio nacional, la obligación de rendir cuentas de su disposición

⁴⁶ En aquella resolución el señor juez supremo Salas Arenas, emitió fundamentos propios, en los cuales precisó que tales dineros de las arcas públicas para gastos ineludibles adquieren, en poder del comisionado, calidad distinta y su entrega no se hace para un fin público, sino con motivo de la comisión que la motiva, la que ciertamente es de interés público; por tanto, el monto que recibe el servidor para desplazarse no es una suma para administrar el bien o servicio público, sino para atender las necesidades personales del comisionado. Al Estado peruano no le inquieta que el comisionado consuma tal o cual alimentación, o duerma en tal o cual hospedaje; en todo caso, si gastara menos tiene el deber administrativo de devolver, y si gastara más injustificadamente o por su confort extraordinario, no podrá reclamar la diferencia al comisionante; por tanto, la no rendición discutiblemente generará delito de peculado; a lo sumo ha de connotar un asunto de orden administrativo y en su caso civil. Si por el contrario la comisión fue inexistente, si se defraudó para aparentar un viaje o el comisionado no se desplazó, o falsificó documentos, habrá varios géneros de responsabilidades penales que dilucidar".

⁴⁷ En la STC 3972-2012-PARTC se señala que los viáticos constituyen aquella suma destinada a la atención de gastos de hospedaje, alimentación y otros gastos menores efectivamente realizados que la administración reconoce a sus servidores cuando estos deban desplazarse de forma transitoria de su centro de trabajo con el fin de cumplir con las obligaciones de su cargo.

al término de la comisión. La omisión de aquella obligación ha generado posiciones refractarias respecto a la configuración del delito de peculado.

36.º La línea argumental expuesta define un ámbito muy peculiar, que por su escaso desarrollo dogmático devino en resoluciones disímiles, sea por considerar a la no devolución de los "viáticos" como infracción administrativa o como presunto delito de peculado. Lo primero, en la medida que se observa suficiente disvalor material en dicha conducta, necesitada y merecedora de pena; y lo segundo, al no concurrir los presupuestos de configuración típica propuestos normativamente en el artículo 387º del CP, donde el argumento de la "infracción del dgbz", resulta insuficiente, para dotar de sustantividad a los injustos funcionariales⁴⁸.

37.º Se ha producido una confusión entre la calidad del dinero estatal entregado propiamente para efectuar el encargo (para pagar el valor de bienes y/o servicios que son el objeto de la comisión o son inherentes a ella, como costos, tasas, derechos de trámite, etcétera, en el lugar de destino) y el dinero (en monto tasado) entregado a quien se desplazará para atender sus necesarios gastos personalísimos en el lugar al que se desplazará (destino provisional).

∞ Aunque probablemente se entreguen simultánea o paralelamente ambos montos, cada uno pertenece a rubros presupuestales distintos y su naturaleza y objeto concreto son también diferentes⁴⁹.

38.º El funcionario o servidor público puede utilizar el dinero otorgado como viáticos para alimentarse, dormir y desplazarse como mejor crea conveniente (se trata de necesidades básicas primarias), puesto que no existe otra limitación para gastar el dinero entregado salvo el monto máximo tasado por día, y la razonable advertencia de que no se cubre con aquella suma el consumo de bebidas de contenido alcohólico, pero con cargo a rendir cuentas del gasto realizado, por lo que no es correcto afirmar que aquel específico monto mantiene la condición de caudal público entregado bajo administración. Corresponde tener en claro que la facultad de la libre disposición de los caudales percibidos es incompatible con el concepto de administrar dinero para fines estatales.

39.º El Estado tiene el deber de garantizar que los funcionarios o servidores comisionados que se desplacen no estén sometidos a la inseguridad o a riesgos que podrían afectarlos personalmente en particular en el ámbito de la salud, todo ello con motivo del desempeño de la comisión, debiendo tenerse en cuenta el sentido del tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Perú que establece que "ninguna relación laboral puede [...] desconocer o rebajar la dignidad del trabajador".

⁴⁸ La infracción del deber puede ser considerado como un primer escalafón a valorar, para la determinación de la relevancia jurídico-penal de la conducta, mas con ella no basta para afirmar la tipicidad penal.

⁴⁹ VÁSQUEZ MUÑOZ, MARÍA DEL PILAR. En: *La pirámide de necesidades de Abraham Maslow*, considera que entre las necesidad fisiológicas primarias (esto es, de primer orden) indispensables del ser humano se encuentra el satisfacer el hambre, la sed, el sueño y el cobijo. A estas se les denomina también homeostáticas, porque contribuyen al equilibrio del estado corporal. La mayoría puede satisfacerse con dinero. Recuperado de: <http://www.infonegociacion.net/pdf/piramide-necesidades-maslow.pdf>

40.º No cabe asumir válidamente la presunción de que el comisionado desplazado que no rinde cuentas, pero que realizó cabalmente el encargo del desplazamiento no efectuó gastos personales durante su viaje para llegar a destino y una vez en el destino, que no se alimentó ni se alojó en algún lugar; todo para concluir que debe devolver toda la suma recibida por aquellos conceptos. Esas presunciones devendrían en absurdas y por tanto en ilógicas⁵⁰. Como mínimo se requiere una indagación eficaz y previa en sede administrativa para determinar cuánto gastó y como efecto cuanto debe devolver y luego, requerir formalmente la devolución o disponer el descuento del monto cierto de los haberes del comisionado.

41.º La casuística en relación a la entrega y recibo de dinero por concepto de viáticos por parte de funcionarios o servidores públicos demuestra que tal condición se ha instrumentado en algunas oportunidades como medio para defraudar, ya sea para apropiarse de dinero en caso de una comisión inexistente o para beneficiarse al realizar un desplazamiento para una comisión que carece de interés para el servicio público (pero sí en beneficio propio o de terceros), como para apropiarse del viático por una comisión cancelada es decir dejada total o parcialmente sin efecto o interrumpida, o por percibir dinero que excede el máximo fijado en la norma; casos que corresponden a un conjunto de actos desleales que a su vez configuran otros delitos coexistentes, puesto que no hubo un soporte real o se extinguió total o parcialmente antes de realizarse la comisión, o en el curso de la comisión.

42.º Cuando la diligencia o comisión por la que fue otorgado el viático no se realizó porque el comisionado no se desplazó y no devolvió el dinero, es decir lo incorporó a su patrimonio probablemente constituye un delito de falsedad.

43.º Cuando la conducta que despliega el agente público consiste en sustentar con comprobantes espurios de manera fraudulenta, gastos que jamás se hicieron, y de ese modo, lograr ilícitamente quedarse con dinero público. En realidad, estaría cometiendo los delitos de falsificación de documentos (primer párrafo del artículo 427 del Código Penal), uso de documentos falsos (segundo párrafo del artículo 427 del Código Penal) o falsedad genérica (artículo 438 del Código Penal), según corresponda y no delito de peculado por apropiación.

44.º Como quiera que el comisionado que se desplazará no recibe pagos permanentes sino que corresponden a la atención necesaria de consumos propios del desplazado durante el tiempo de la comisión fuera del lugar de su habitual residencia, vienen a constituir una suerte de condiciones del desempeño de su encargo, fuera del centro laboral pero además, lejos del medio cotidiano de desarrollo ordinario de su vida. El comisionado viaja para cumplir una misión de interés del órgano estatal comisionante.

⁵⁰ El Estado no puede amparar lo absurdo como si fuera razonable.

∞ Por ello vienen a formar parte de las condiciones vitales esenciales temporales del servidor en el tiempo del desplazamiento con la finalidad de que pueda atender sus necesidades básicas inherentes (alimentación, hospedaje) y movilizarse, pero solo durante el lapso que tome el circunstancial y temporal encargo; se configura como un derecho de especial naturaleza para la persona que lo cumple, y al mismo tiempo un deber para el órgano estatal que lo comisionó; distinguiéndose esa asignación de cualquier otra que pudiera percibirse en administración o custodia, directamente destinada propiamente a finalidades de interés público.

∞ En tal virtud, existiendo el deber de rendir cuentas para el funcionario o servidor público y el de devolver lo no gastado, (exigencia legal en el Perú), el incumplimiento total o parcial no habrá de connotar el delito de peculado por apropiación.

∞ En tal supuesto puede configurarse una infracción administrativa (diferente al delito. Véanse los fundamentos jurídicos 9 a 13) y/o laboral; probablemente se podrá procesar administrativamente por no haber rendido o devuelto lo que no se utilizó para gastos personales durante el viaje.

∞ Los presupuestos típico-jurídicos que fundan el peculado son distintos⁵¹. Son técnicamente diferentes.

45.º Analizada la especial naturaleza de los viáticos, se puede concluir que ese dinero entregado a un sujeto público para gastos de movilidad, alimentación y hospedaje, lo son en calidad de transferencia en disposición, no en calidad de posesión o administración a diferencia del dinero entregado para pagar tasas, derechos, aranceles, copias, etcétera, en el lugar de destino, que está sujeto en el país al deber administrativo de devolución de lo no gastado.

46.º A mayor abundamiento, el monto previsto y percibido como viáticos para la subsistencia y bienestar del comisionado conforme a la normativa respectiva, está presupuestado⁵² y por tanto preconcebido y destinado a cubrir los gastos personales del comisionado⁵³ (el comisionado es el que se alimenta, se desplaza, se guarece de la intemperie en particular para dormir). Si la asignación económica está prevista implica que el órgano estatal espera razonablemente sea consumida en toda su dimensión durante el tiempo de la comisión (como se ha indicado, en Chile el comisionado ha de justificar que la comisión se efectuó, sin explicar cuanto o cómo realizó el gasto). Es prudente tener en cuenta que la cobertura de las necesidades primarias del comisionado desplazado forma parte del respeto a la dignidad de la persona que debe cumplir la comisión.

∞ Es de anotar que las partidas presupuestales de las que proviene el dinero que se entrega al viajero son distintas porque el destino es diferente.

⁵¹ ROJAS VARGAS, FIDEL: *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Editorial Nomos & Thesis, Lima, 2016, p. 254.

⁵² Se estima, en abstracto, que se empleará todo el monto entregado para que el comisionado no padezca hambre ni inseguridad durante la permanencia fuera de su medio vital habitual.

⁵³ Que de otro modo tendría que solventar este último con su peculio, esto es, subvencionar al Estado con su patrimonio o simplemente llegar al absurdo supuesto de cumplir la comisión sin alimentarse o dormir a la intemperie y sin guarecerse para descansar de noche, y, no obstante, desempeñar el cometido del encargo.

CLASIFICADOR DE GASTOS	
VIÁTICOS Y ASIGNACIONES POR COMISION DE SERVICIOS	SERVICIOS DOMÉSTICOS (ENCARGOS)
2.3.21.12: Asignación que se concede al personal público para atender gastos que les ocasiona en el desempeño de una comisión de servicio en el exterior (alimentación, hospedaje y movilidad).	2.3.27.11 99: Gastos por otros servicios prestados por personas naturales y jurídicas no contemplados en las partidas anteriores ⁵⁴ .
2.3.21.22: Asignación que se concede al personal público para atender gastos que les ocasiona en el desempeño de una comisión de servicio en el interior (alimentación, hospedaje y movilidad).	

47.º La consecuencia administrativa prevista ante la sola omisión de rendir total o parcialmente cuentas revela en el Perú una posible conducta reacia, tal vez deshonesta, pero sin suficiente entidad como para fundar una imputación penal y menos una condena por delito de peculado, debido a la naturaleza especial de los viáticos, y debe ser separada de la práctica desleal de apropiarse de dinero de las arcas del Estado pretextando una misión irreal o fraguada para tal fin; por tanto, se podrá considerar el dinero entregado y recibido en la auténtica calidad de viáticos cuando: i) La comisión (dentro o fuera del territorio nacional) sea cierta y no una falsa formalidad para encubrir una apropiación. ii) Se cumpla la comisión encargada (independientemente del resultado obtenido). iii) El monto de dinero entregado se ajuste al marco o nivel tope de la cantidad permitida por ley (no se haya inflado o sobredimensionado la suma).

48.º El ámbito penal ha de intervenir ante la ausencia de otros medios menos intensos de reacción estatal que proteja el bien jurídico y reestablezca el derecho afectado, ello constituye la materialización de los principios de mínima intervención y fragmentariedad (que son principios esenciales del Derecho penal), de las que el tratamiento de la no rendición de viáticos no puede ser excluida.

49.º Por tanto, antes de imputar la comisión del delito de peculado será necesario identificar si el funcionario cumplió o no con la comisión; si la cumplió, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción de orden administrativo⁵⁵. Ir más allá constituiría un supuesto de criminalización extensiva de una materia que tiene eficaz tratamiento extra penal. Peor aun cuando sin la indagación previa y debida se pudiera imputar

⁵⁴ Para el pago de lo que se adquiere o necesita, que puede ser el objeto concreto o el servicio.

⁵⁵ BARRIOS ALVARADO. EL VIA: El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público. En: Gaceta Penal, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 177.

una apropiación total o parcial del monto que recibió el comisionado como viáticos.

∞ Si lo que se imputa es el incumplimiento de un deber de rendición de cuentas en el más extremo caso debería recaer sobre el monto no gastado y nunca sobre el total si la comisión se realizó⁵⁶.

III. DECISIÓN

50. En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ.

ACORDARON:

51. **ESTABLECER** como doctrina legal, los criterios establecidos en los fundamentos jurídicos 35.º al 49.º del presente Acuerdo Plenario.

52. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales expuestos que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocadas por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOP, aplicable extensivamente a los Acuerdo Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado Estatuto Orgánico.

54.º **DECLARAR** que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

55.º **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en la página Web del Poder Judicial y en el diario oficial El Peruano.

HÁGASE saber.

S.s.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

⁵⁶ En Chile y Uruguay la "apropiación" del dinero destinado como concepto de viático generaría que se le descuente el sueldo al trabajador con la finalidad de recuperar el dinero y sancione administrativamente (Véase FJ. 16).



BARRIOS ALVARADO

Elvira María Alvarado

FIGUEROA NAVARRO

Figuerola

BALLADARES APARICIO

[Signature]

PRÍNCIPE TRUJILLO

[Signature]

NEYRA FLORES

[Signature]

CASTAÑEDA ESPINOZA

[Signature]

NUÑEZ JULCA

Castañeda

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

[Signature]

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

[Signature]

CHAVEZ MELLA

[Signature]



UNIVERSIDAD CIENTIFICA DEL PERÚ
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas




**“DELITO DE PECULADO Y LA ASIGNACIÓN DE VIATICOS EN LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA”
ACUERDO PLENARIO N° 07-2019/CIJ-116**


BACHILLERES:
 ISABEL DE JESÚS ROJAS LOMAS.
 RAPAHÉL ZAMORA VALDERRAMA.

RESUMEN

El presente análisis jurídico trata acerca del XI Pleno Jurisdiccional de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República; las cuales mediante Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 realizan un análisis respecto a Viáticos y delitos de Peculado.

Por un lado los que consideran posible imputar el delito de peculado por apropiación (Viáticos no rendidos o justificados) la existencia de una relación funcional específica entre caudal y la función pública.

Por otro lado, la forma como ingresa el dinero del patrimonio estatal (Viáticos), a la esfera de custodia del funcionario y/o servidor público, "imposibilita" que la conducta omisiva, pueda ser reputada como delito de peculado.



INTRODUCCIÓN



En el caso materia de análisis de la Corte Suprema de la República mediante el XI Pleno Jurisdiccional de las salas penales Permanente, Transitoria y Especial emitió el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 donde se establece doctrina y fundamentos jurídicos, si ciertos comportamientos deberían tener trascendencia penal en relación a la naturaleza de los viáticos.

El presente acuerdo plenario toma en consideración el principio de Subsidiaridad que se trata de la última ratio, en el sentido que solo debe recurrirse al derecho penal cuando han fallado todos los demás controles sociales.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Será posible determinar si la asignación de los viáticos debería tener trascendencia penal para configurar el delito de peculado en la administración pública?

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la asignación de los viáticos con el delito de peculado en la administración pública?

¿Cuáles serán los elementos objetivos y subjetivos de tipo penal de la asignación de los viáticos para configurar el delito de peculado en la administración pública?

¿La falta de su justificación o la inexistencia rendición de cuenta de la asignación de los viáticos per se devendría en la comisión del delito de peculado en la administración pública?

OBJETIVOS

GENERAL

Analizar el **Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116**, para determinar si la asignación de los viáticos debería tener trascendencia penal para configurar el delito de peculado en la administración pública.

Determinar la naturaleza jurídica de la asignación de los viáticos con el delito de peculado en la administración pública

Determinar si la asignación de viáticos contiene elementos objetivos y subjetivos de tipo penal para configurar el delito de peculado en la administración pública.

ESPECIFICO

Determinar si la falta de justificación o la inexistencia rendición de cuenta de la asignación de viático per se devendría en la comisión del delito de peculado en la administración pública.

ANTECEDENTES

Expediente N° 907-2014/Tacna de la Corte de justicia de la república – Sala penal permanente a lo que en definitiva, podemos colegir que los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia. Ahora bien, si el agente público, luego de cumplida la comisión, omite rendir cuentas, ya sea en forma negligente o intencional, sin alguna duda da lugar a responsabilidad administrativa y civil, pero de ninguna manera penal.

Expediente N° 260-2009 Loreto de la Corte de justicia de la república – Sala penal permanente en donde también se menciona que los "viáticos" tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario y servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o del total de la suma asignada

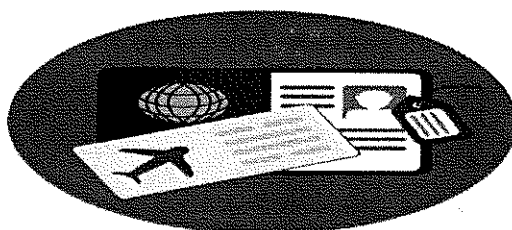
BASES TEÓRICAS: VIÁTICOS

ROJAS VARGAS, F

"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.

**JURISPRUDENCIA DE
LA CORTE SUPREMA**

"La asignación que se otorga al funcionario o servidor público o personal comisionado, para cubrir los gastos de alimentación, alojamiento, movilidad realizados en la consecución de su tarea



BASES TEÓRICAS: VIÁTICOS

REYNA ALFARO, L

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

1ª

Tienen un contenido patrimonial

2ª

Poseen naturaleza eventual.

3ª

Deben tener un revestimiento de legalidad.

4ª

Poseen un carácter fungible

5ª

Su comunicabilidad



**BASES TEÓRICAS:
NATURALEZA JURÍDICA DE LOS VIÁTICOS**

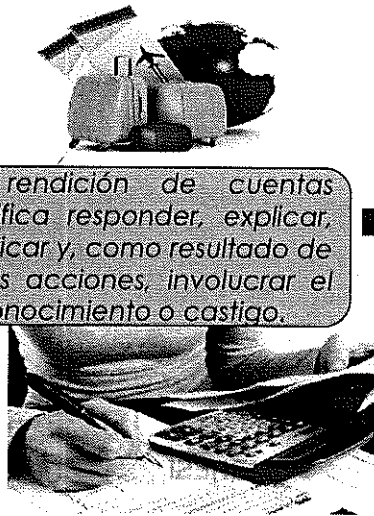
podemos decir que la naturaleza jurídica de las asignaciones entregadas a los funcionarios o servidores públicos como viático, constituyen entregas de dinero al trabajador como parte de sus condiciones de trabajo, por ser necesarias para la prestación de servicios excepcionales que realizan fuera de su lugar de trabajo, siendo regulada en el ámbito administrativo.



**BASES TEÓRICAS:
CUMPLIMIENTO DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS
POR CONCEPTO DE VIÁTICOS.**

La rendición de cuentas significa responder, explicar, justificar y, como resultado de estas acciones, involucrar el reconocimiento o castigo.

Una vez que el trabajador cumpla con su actuación funcional deberá regresar a su centro de labores de origen y sustentar el pago del dinero que se le entregó; para lo cual, elaborará su rendición de cuentas adjuntando los respectivos documentos que acrediten tales gastos.





**BASES TEÓRICAS:
PECULADO**

SALINAS SICCHA, R

"Refiere que se trata de una apropiación sui generis, puesto que aquel funcionario no sustrae los bienes sino que estos ya están a su disposición por razón del cargo que desempeña en la administración pública.



ROJAS VARGAS, F

Precisa que en el delito de peculado por apropiación **el sujeto público, incorpora a su patrimonio propio o de tercero bienes ajenos que son de propiedad del Estado o se encuentran bajo administración pública, produciéndose así una apropiación ilegítima.**

**BASES TEÓRICAS:
PECULADO
BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

CORTE SUPREMA



El bien jurídico específico protegido es la no lesividad de intereses patrimoniales de la administración pública y la evitación del abuso de poder de funcionario o servidor público que no debe quebrantar los deberes funcionales de lealtad y probidad.

Acuerdo Plenario 4-2005 del 30/09/2005.

1º

Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública.

2º

Evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad o probidad.

