



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Análisis jurisprudencial de la apropiación de viáticos como  
causal de imputación del delito de peculado, a propósito  
de la casación N° 952-2019-Moquegua**

Tesis para optar el Título de  
Abogado


**Jéssica Jhoselyn Delgado Rosales  
Fabián Jesús Juárez Clavijo  
María Paula Wiese Ramírez**

**Asesor(es):  
Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán**

**Piura, julio de 2024**

### **Aprobación**

La tesis titulada “Análisis jurisprudencial de la apropiación de viáticos como causal de imputación del delito de peculado, a propósito de la casación N° 952-2019-Moquegua”, presentada por el bachiller Jéssica Jhoselyn Delgado Rosales; Fabián Jesús Juárez Clavijo; María Paula Wiese Ramírez en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de tesis Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán.



---

Director de tesis





### Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Jéssica Jhoselyn Delgado Rosales, egresado del **Programa Académico** de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI N° 43838012.

Declaro bajo juramento que:

1. Soy autor del trabajo final titulado:  
“Análisis jurisprudencial de la apropiación de viáticos como causal de imputación del delito de peculado, a propósito de la casación N° 952-2019-Moquegua”  
El mismo que presento bajo la modalidad de **Tesis**<sup>1</sup> para optar el Título profesional<sup>2</sup> de Derecho.
2. Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.
  - Fabián Jesús Juárez Clavijo, identificado con DNI N° 73252774
  - María Paula Wiese Ramírez, identificado con DNI N° 70275290
3. La asesoría del trabajo estuvo a cargo de:
  - Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán, identificado con DNI N° 44287102
4. El texto de mi trabajo final respeta y no vulnera los derechos de terceros o de ser el caso derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para la cual he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.
5. El texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico.
6. La investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.
7. Declaro que mi trabajo final cumple con todas las normas de la Universidad de Piura.

El incumplimiento de lo declarado da lugar a responsabilidad del declarante, en consecuencia; a través del presente documento asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

Fecha: 14/06/2024.

Firma del autor optante<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Indicar si es tesis, trabajo de investigación, trabajo académico o trabajo de suficiencia profesional.

<sup>2</sup> Grado de Bachiller, Título profesional, Grado de Maestro o Grado de Doctor.

<sup>3</sup> Idéntica al DNI; no se admite digital, salvo certificado.



### Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

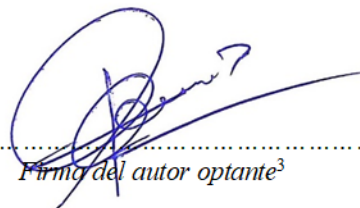
Yo, Fabián Jesús Juárez Clavijo, egresado del **Programa Académico** de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI N° 73252774.

Declaro bajo juramento que:

1. Soy autor del trabajo final titulado:  
“Análisis jurisprudencial de la apropiación de viáticos como causal de imputación del delito de peculado, a propósito de la casación N° 952-2019-Moquegua”  
El mismo que presento bajo la modalidad de **Tesis**<sup>1</sup> para optar el Título profesional<sup>2</sup> de Derecho.
2. Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.
  - Jéssica Jhoselyn Delgado Rosales, identificado con DNI N° 43838012
  - María Paula Wiese Ramírez, identificado con DNI N° 70275290
3. La asesoría del trabajo estuvo a cargo de:
  - Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán, identificado con DNI N° 44287102
4. El texto de mi trabajo final respeta y no vulnera los derechos de terceros o de ser el caso derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para la cual he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.
5. El texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico.
6. La investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.
7. Declaro que mi trabajo final cumple con todas las normas de la Universidad de Piura.

El incumplimiento de lo declarado da lugar a responsabilidad del declarante, en consecuencia; a través del presente documento asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

Fecha: 14/06/2024.



.....  
*Firma del autor optante*<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Indicar si es tesis, trabajo de investigación, trabajo académico o trabajo de suficiencia profesional.

<sup>2</sup> Grado de Bachiller, Título profesional, Grado de Maestro o Grado de Doctor.

<sup>3</sup> Idéntica al DNI; no se admite digital, salvo certificado.



### Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

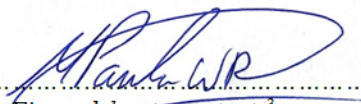
Yo, María Paula Wiese Ramírez, egresado del **Programa Académico** de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI N° 70275290.

Declaro bajo juramento que:

1. Soy autor del trabajo final titulado:  
“Análisis jurisprudencial de la apropiación de viáticos como causal de imputación del delito de peculado, a propósito de la casación N° 952-2019-Moquegua”  
El mismo que presento bajo la modalidad de **Tesis**<sup>1</sup> para optar el Título profesional<sup>2</sup> de Derecho.
2. Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.
  - Jéssica Jhoselyn Delgado Rosales, identificado con DNI N° 43838012
  - Fabián Jesús Juárez Clavijo, identificado con DNI N° 73252774
3. La asesoría del trabajo estuvo a cargo de:
  - Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán, identificado con DNI N° 44287102
4. El texto de mi trabajo final respeta y no vulnera los derechos de terceros o de ser el caso derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para la cual he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.
5. El texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico.
6. La investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.
7. Declaro que mi trabajo final cumple con todas las normas de la Universidad de Piura.

El incumplimiento de lo declarado da lugar a responsabilidad del declarante, en consecuencia; a través del presente documento asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

Fecha: 14/06/2024.

  
.....  
Firma del autor optante<sup>3</sup>  
70275290

<sup>1</sup> Indicar si es tesis, trabajo de investigación, trabajo académico o trabajo de suficiencia profesional.

<sup>2</sup> Grado de Bachiller, Título profesional, Grado de Maestro o Grado de Doctor.

<sup>3</sup> Idéntica al DNI; no se admite digital, salvo certificado.

## **Dedicatoria**

A mis amados padres Luis y Patricia por su constante apoyo, infinita paciencia, comprensión y amor incondicional, el cual ha sido mi soporte y fortaleza en esta travesía académica. A mi amada Alessia, por ser el motor que impulsa mi vida.

Jéssica Jhoselyn Delgado Rosales

A las personas que nunca dejaron de confiar en mí, a mi madre y hermanos que aún están conmigo y me dan su confianza para siempre avanzar. A mis hijas hermosas, mi padre y mis abuelos, que nunca dejan de cuidarme y guiarme en esta aventura profesional que empecé y ahora termino con un punto seguido en mi carrera profesional.

Fabián Jesús Juárez Clavijo

A mis hijos, Mía Valentina y Ariel, por ser los grandes amores de mi vida y el principal motivo que me impulsa para salir adelante, personal y profesionalmente. A mis padres, Federico y Adelita, por acompañarme en este arduo camino y enseñarme que siempre hay una luz al final del túnel. A mí hermana, Ana Cecilia, quien me demuestra lo que es la lucha constante por lograr tus sueños. A mí prima Fátima, su esposo Kevin y mi mejor amiga Melissa, por nunca dejarme sola y demostrarme que siempre existe el mañana, en el cual hay nuevas metas, sueños y anhelos.

María Paula Wiese Ramírez

## **Agradecimientos**

Queremos agradecer profundamente a nuestro asesor de tesis, Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán, por su invaluable orientación, paciencia y sabiduría durante el desarrollo de este proyecto. Sus comentarios perspicaces y su dedicación han sido fundamentales para dar forma a este trabajo y para nuestro crecimiento como investigadores.

Además, agradecer de todo corazón a cada integrante del equipo de trabajo e investigación por su compromiso y dedicación, así como a nuestros familiares por su constante apoyo emocional y palabras de aliento durante este desafiante proceso. Su comprensión, ánimo y amor incondicional han sido nuestra mayor fortaleza. Este logro es tanto suyo como nuestro.



## Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar el delito de peculado en el contexto del sistema jurídico peruano, centrándose en la apropiación del erario público como causal de imputación. En el primer capítulo, se establecen las consideraciones básicas sobre el delito de peculado, incluyendo sus elementos típicos, la relación funcional entre el sujeto y su cargo, y las modalidades delictivas de apropiación o utilización de caudales o efectos públicos. Además, se aborda el concepto y la naturaleza jurídica de los viáticos, así como su posible apropiación como causal de imputación del delito.

En el segundo capítulo, se realiza un análisis detallado de la casación N° 952-2019/Moquegua, destacando las cuestiones fácticas y jurídicas involucradas, así como el análisis del Acuerdo Plenario correspondiente. Se examinan los aspectos problemáticos de este caso y las diferentes posiciones presentadas a favor y en contra.

Finalmente, en el tercer capítulo, se profundiza en la apropiación del erario público como causal de imputación del delito de peculado, discutiendo la responsabilidad del sujeto incluso en casos de devolución del dinero y la configuración del tipo penal en relación con el perjuicio patrimonial del Estado. Se utiliza el Acuerdo Plenario 07-2019/CIJ-116 como parámetro para analizar los hechos y establecer conclusiones.

Este trabajo contribuye al entendimiento y la interpretación del delito de peculado, así como a la jurisprudencia relacionada, proporcionando un análisis exhaustivo de casos relevantes y discutiendo aspectos clave en la determinación de la responsabilidad penal en casos de apropiación indebida de fondos públicos.

## Tabla de contenido

<b>Introducción.....</b>	<b>11</b>
<b>Capítulo 1 Consideraciones básicas.....</b>	<b>13</b>
1.1 Preliminares .....	13
1.2 El delito de peculado.....	14
1.2.1 Sujeto activo y pasivo .....	17
1.2.2 Elementos típicos .....	19
1.2.3 La relación funcional: Por razón de su cargo.....	20
1.2.4 Percibir, administrar y custodiar .....	21
1.2.5 Modalidades delictivas: Apropiación o utilización.....	23
1.2.6 Beneficiario o destinatario en el delito de peculado .....	26
1.2.7 Objeto de la conducta: caudales o efectos .....	27
1.2.8 Perjuicio al estado .....	29
1.3 Los viáticos .....	31
1.3.1 Concepto .....	31
1.3.2 Naturaleza jurídica de los viáticos .....	32
1.3.3 Características y particularidades.....	36
1.3.4 Apropiación de los viáticos como causal de imputación .....	38
<b>Capítulo 2 Análisis de la casación N° 952-2019/Moquegua.....</b>	<b>40</b>
2.1. Justificación .....	40
2.2. Cuestiones fácticas.....	41
2.3. Cuestiones jurídicas .....	44
2.4. Análisis del Acuerdo Plenario .....	46
2.4.1 Aspectos problemáticos .....	46
2.4.2 Posiciones a favor y en contra.....	49
<b>Capítulo 3 La apropiación del erario público como causal de imputación del delito de peculado .....</b>	<b>53</b>
3.1 La devolución del dinero, no exonera de responsabilidad.....	53
3.2 Perjuicio patrimonial del estado .....	56
3.3 Configuración del tipo penal de peculado por apropiación .....	58
3.4 Acuerdo Plenario 07-2019/CIJ-116 como parámetro para los hechos .....	62
3.5 Existe apartamiento de la doctrina respecto al acuerdo plenario 07-2019/CIJ-116 .....	65
<b>Conclusiones .....</b>	<b>72</b>
<b>Referencias.....</b>	<b>74</b>

## Lista de figuras

Figura 1	Finalidad pública de los viáticos (esquema descriptivo).....	69
----------	--------------------------------------------------------------	----



## Introducción

El delito de peculado, en su acepción más amplia, constituye una de las infracciones más graves contra el ordenamiento jurídico y la administración pública. En el contexto del sistema legal peruano, el peculado ha sido objeto de un escrutinio constante por parte de los tribunales y la doctrina jurídica, especialmente en lo que respecta a la interpretación de sus elementos constitutivos y las circunstancias que pueden dar lugar a su configuración.

Por lo que abordaremos el estudio de uno de los tipos penales con mayor incidencia en nuestro sistema de justicia penal, y que ha generado polémica entre los juristas y magistrados de nuestro país en los últimos tiempos, esto es la configuración del delito de peculado por apropiación de viáticos asignados al funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones. Este tipo penal se encuentra regulado en artículo 387° del Código Penal Peruano, el cual sanciona la apropiación de caudales o efectos públicos confiados al funcionario o servidor público en razón de su cargo, existiendo conductas diversas que prescribe este delito, sin embargo, centraremos el estudio en una específica que tiene su génesis en las funciones que desempeña el sujeto activo fuera de su lugar de trabajo, pero por encargo y en representación de la Entidad, para lo cual se le otorga un monto de dinero que ayude a cubrir sus necesidades básicas, al que se denomina viáticos.

Lo que ha sido motivo de discusión por años es si la apropiación de este dinero entregado al sujeto activo es una conducta que merece un reproche penal o si por el contrario, sólo debe ser castigada en el ámbito administrativo, ésta problemática aparentemente encontró una solución con la emisión del Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 que estableció como doctrina jurisprudencial vinculante que la asignación de viáticos obedece a una transferencia en disposición y no en administración, por lo que su no rendición no sería motivo de imputación penal y que la presunta responsabilidad sería sólo administrativa. Sin embargo, posteriormente, se han emitido pronunciamientos por parte de nuestros tribunales supremos que sancionan penalmente la conducta defraudatoria del agente público que se apropia de estos recursos simulando haber realizado la comisión de servicios encomendada.

De esta manera, en el presente trabajo realizaremos un análisis exhaustivo del delito de peculado, con un enfoque particular en la apropiación del erario público como causal de imputación. Este análisis se llevará a cabo a través de tres ejes principales: consideraciones básicas sobre el delito de peculado, análisis de una casación relevante y discusión sobre la apropiación del erario público como causal de imputación.

En el primer capítulo, se establecen las bases conceptuales y jurídicas del delito de peculado, incluyendo una definición de sus elementos típicos, la identificación de los sujetos

activos y pasivos, así como una discusión detallada sobre las modalidades delictivas y los requisitos para la configuración del tipo penal. Además, se aborda la naturaleza jurídica de los viáticos y su relevancia en el contexto del peculado.

El segundo capítulo se centra en el análisis de la casación N.º 952-2019/Moquegua, un caso emblemático que ofrece una oportunidad para examinar las cuestiones fácticas y jurídicas involucradas en la interpretación y aplicación del delito de peculado. Se discuten los aspectos problemáticos del caso y se analizan las posiciones a favor y en contra presentadas durante el proceso judicial. Asimismo, se analiza en contraste lo dispuesto por la doctrina jurisprudencial.

Finalmente, en el tercer capítulo, se profundiza en la apropiación del erario público como causal de imputación del delito de peculado, considerando la responsabilidad del sujeto incluso en casos de devolución del dinero y la determinación del perjuicio patrimonial del Estado, tomando como referencia el Acuerdo Plenario 07-2019/CJ-116 para analizar los hechos y establecer conclusiones.

A través de este análisis, se pretende contribuir al entendimiento y la interpretación del delito de peculado por apropiación de viáticos en el contexto jurídico peruano, ofreciendo una visión comprensiva de sus elementos constitutivos y las circunstancias que pueden dar lugar a su configuración, teniendo en cuenta que en la práctica jurídica tenemos esta suerte de vías paralelas, pues pese a la existencia de mandatos vinculantes que señalan la no punibilidad de la apropiación de viáticos, hoy tenemos pronunciamientos que indican que la apropiación de viáticos debe ser sancionada penalmente, siendo necesario buscar soluciones a esta problemática, pues lo que se persigue es que exista garantía de la protección penal de la funcionalidad de la Administración Pública, y que los funcionarios o servidores no defrauden la confianza que la sociedad les otorga.

# Capítulo 1

## Consideraciones básicas

### 1.1 Preliminares

La corrupción es el fenómeno social más grave que amenaza al mundo entero, y nuestro país no es ajeno a este problema que obstaculiza en gran medida el desarrollo económico, social y general de una nación, además debilita la confianza de los ciudadanos en el gobierno y sus entidades públicas. Ante esto, el Estado ha respondido con una serie de medidas encaminadas a prevenir, detectar y combatir todas las formas de corrupción, las que provienen de las acciones emanadas de los particulares, hasta las que provienen de conductas desplegadas por un servidor o funcionario público, siendo éstas últimas reguladas en nuestro Código Penal como delitos “Contra la Administración Pública”.

La palabra corrupción es conceptualizada por la Real Academia Española como “el comportamiento consistente en el soborno, ofrecimiento o promesa a otra persona que ostenta cargos públicos, o a personas privadas, a los efectos de obtener ventajas o beneficios contrarios a la legalidad o que sean de naturaleza defraudatoria”<sup>1</sup>. Asimismo, el DRAE en cuanto se refiere a organizaciones públicas señala que la corrupción “es una práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico de otra índole, de sus gestores”. Y *Transparency international* la define como: “el abuso del poder delegado para beneficio propio”<sup>2</sup>.

Como es sabido, la corrupción se ha arraigado de tal manera en nuestra sociedad que incluso muchos buscan normalizarla, con las famosas frases de “roba, pero hace obra” o “los diezmos en las adjudicaciones de obras”, etc., esta figura es tan difícil de combatir pese a la implementación de estrategias y diferentes políticas públicas que el Estado dispone, deviniendo en un actuar inmoral que deteriora la legitimidad y confianza en las instituciones públicas. Así también, la corrupción se evidencia en el mal uso del poder que realizan quienes ocupan un cargo público, materializando conductas irregulares con la finalidad de obtener cualquier provecho propio o para sus allegados, perjudicando los intereses de la entidad pública y de la sociedad en general.

---

<sup>1</sup> Real Academia Española de la Lengua. 2023. <http://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n>

<sup>2</sup> Transparency International. Glosario sobre Transparencia y corrupción, España, p. 3. <http://transparencia.org.es/glosario-ti-sobre-transparencia-y-corrupcion/>

Tal es así, que en la doctrina se afirma que la corrupción tiene dos componentes, por un lado, el abuso de una posición de poder y la consecución de una ventaja patrimonial<sup>3</sup>, por lo que la corrupción es definida como: “una defraudación de un compromiso, (estar investido de potestades públicas) que una persona voluntariamente ha asumido para decidir a favor de la comunidad y que, sin embargo, convierte en una fuente de ingreso privado. En consecuencia, solo son delitos de corrupción pública aquellos en donde el sujeto activo se sirve de su cargo infringiendo los deberes que tiene impuestos”<sup>4</sup>.

Abonando a lo anterior, podemos decir que la corrupción en las entidades públicas viene a ser aquella conducta funcional que comete el funcionario o servidor público, abusando de su poder y en beneficio personal o para terceros. Desde una perspectiva jurídico penal los funcionarios públicos hacen de los delitos de corrupción unos de naturaleza especial, ello en razón al cargo que desempeñan dentro del Estado<sup>5</sup>, por lo que al infringir sus deberes funcionales y defraudar al Estado responderán penalmente bajo la regulación de los delitos especiales que contempla nuestro Código Penal.

## 1.2 El delito de peculado

Uno de los delitos especiales regulados en nuestra legislación penal es el delito de peculado<sup>6</sup>, el cual es uno de los de comisión más recurrente como lo demuestran las estadísticas elaboradas por el Ministerio Público<sup>7</sup>, llegando a ser uno de los delitos más sentenciados por varios años consecutivos<sup>8</sup>. Esta figura jurídico penal especial, por la calidad del agente que la comete, que debe ser un servidor o funcionario público, ha evolucionado a través del tiempo con la complejidad y el desarrollo de la función pública, lo que ha servido

<sup>3</sup> VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald. *Los delitos contra la Administración Pública en el Perú: Aproximación a una propuesta de clasificación tripartita*. Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C., septiembre 2020, p. 46 – 47.

<sup>4</sup> Idem.

<sup>5</sup> AMADO ENCO. *Los Delitos de corrupción en el Perú. Un enfoque desde la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción*, pp. 26 – 27.

<sup>6</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: GRIJLEY, 2011, p. 276. Uno de los delitos más antiguos en la historia del Derecho penal es el delito de peculado, el cual procede de “Peculio”, la cual está compuesta por dos vocablos o voces latinas: *pecus* que quiere decir ganado y *latus* que significa hurto, por lo que etimológicamente se refiere a hurto de ganado, esto debido a que en dicha época el ganado era el bien máspreciado. Avanzando en la historia y en el tiempo, en la época de la República se utilizaba la palabra peculado para hacer referencia al hurto de cosas de valor. La Frase *criminis peculatus* se acuñó en el Imperio Romano como referencia al hurto de dinero o bienes públicos; así ha ido evolucionando hasta ser la conducta ilícita más cometida y una de las que más carga procesal genera.

<sup>7</sup> Boletín Estadístico del Ministerio Público 2023. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://cfe.mpfm.gob.pe/gis\_mp/web/index.php/downloader/boletin\_content/6470e97c9e77f

<sup>8</sup> Balance Estadístico FECOF 2021 Delitos más Sentenciados (enero a diciembre 2021). chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3002947/BALANCE%20ESTADISTICO%20FECOF%202021.pdf.pdf?v=1649384020

para que se elaboren las construcciones normativas que conocemos hoy como modalidades del delito de peculado.

En todo delito que involucre el manejo de recursos públicos, tener claro los conceptos básicos de patrimonio del Estado es un factor decisivo y clave para precisar la conducta típica, el bien jurídico tutelado y, por lo mismo, el ámbito de extensión de la tutela penal. El delito de peculado tipificado en el artículo 387<sup>9</sup> del Código Penal establece como conducta típica para su configuración la apropiación o utilización, en cualquier forma, para sí o para otro de caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados en razón de su cargo. Partiendo de este análisis, existen varias conductas que pueden ser subsumidas en este tipo penal, pero en el desarrollo de ésta investigación nos interesa aquella que surge, cuando se hace entrega al funcionario o servidor público de una cantidad de dinero denominado viático, para realizar una comisión de servicios fuera de su lugar habitual de trabajo, con la finalidad de cubrir gastos de alimentación (desayuno, almuerzo y cena), movilidad (transporte aéreo, terrestre, marítimo) y hospedaje, siempre con la condición de rendir cuentas con la documentación pertinente.

Si bien esta conducta descrita en el párrafo anterior, no es relevante penalmente, de acuerdo a lo señalado y establecido como doctrina legal en el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 y que será materia de profundo análisis a lo largo de nuestra investigación, qué sucede cuando el funcionario o servidor público no realizó la comisión de servicios encomendada, no se desplazó al lugar donde debía realizarla, o más aún, se desplazó a dicho

<sup>9</sup> ARTÍCULO 387° del Código Penal Peculado. -

“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, inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días – multa.

La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días – multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
2. Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo.
3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.
4. El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días – multa.

lugar pero no desempeñó ningún encargo y no devolvió el dinero entregado como viáticos, o presentó la rendición de ese acto simulado que quiere hacer pasar como comisión de servicios con documentación trucha, o que no obedece a la realidad; por lo que ante tales supuestos correspondería la intervención del derecho penal, ya que dicho funcionario o servidor público podría ser sancionado penalmente por la comisión del delito de peculado por apropiación, como pasaremos a desarrollar a continuación.

Sobre el bien jurídico protegido en el delito de peculado, podemos considerar que de manera general es el recto desenvolvimiento o desarrollo de la administración pública. Existen en la doctrina nacional hasta tres posturas que desarrollan este importante tema, dos de ellas referidas a la protección del patrimonio y el ejercicio de las funciones públicas, es decir, una se basa en que el bien jurídico protegido es la tutela del patrimonio público, y para la otra, lo que se protege son los deberes de lealtad del funcionario que se infringen con la comisión de estos ilícitos<sup>10</sup>. La tercera teoría surge del acuerdo concreto de la Corte Suprema<sup>11</sup>, que considera que el peculado es un delito pluriofensivo al señalar lo siguiente: “tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, 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 de poder del que se haya facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”<sup>12</sup>.

Asimismo, si bien el objeto del delito de peculado es el patrimonio estatal, es importante recalcar que el bien jurídico transgredido por la comisión de éste ilícito es el precepto u obligación que tiene el funcionario o servidor público de no vulnerar dicho objeto, siendo este deber impuesto por el cargo que desempeña al interior de la Administración Pública. De tal manera que, el bien específico tutelado solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio público, como consecuencia del incumplimiento de su deber de no lesividad con los bienes que se le ha encomendado en razón de su cargo<sup>13</sup>.

En ese sentido, por su naturaleza se concluye que el bien jurídico específico que se tutela en el delito de peculado no solo reprime el apoderamiento del dinero, el ánimo de lucro

---

<sup>10</sup> BENAVENTE CHORRES/CALDERÓN VALVERDE, *Delitos de corrupción de funcionarios*, p. 172.

<sup>11</sup> Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116, de 30 de septiembre de 2005.

<sup>12</sup> *Ibidem*, Fundamento 6, p. 2.

<sup>13</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Editorial Iustitia SAC., 2018, pp. 437 – 438.

que debe existir para la configuración, sino también, el deber de la correcta y debida gestión funcional que el agente debe desplegar al interior de la administración pública<sup>14</sup>.

### 1.2.1 *Sujeto activo y pasivo*

El artículo 1° de la Convención Interamericana contra la Corrupción establece lo siguiente: “se entiende por funcionario o servidor público a todo funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”<sup>15</sup>, esto hace ver que el delito de peculado en cualquiera de sus modalidades no requiere una definición amplia de funcionario público.

Nuestro Código Penal establece en su capítulo IV, artículo 425° que son funcionarios o servidores públicos:

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

Es preciso indicar que estamos ante un tipo penal especialísimo de infracción del deber, es decir, se requiere que el sujeto activo (funcionario o servidor público) ostente también una relación jurídica y real con los caudales o efectos que tiene bajo su custodia, administración o percepción, debiendo ceñirse no solo a lo dispuesto en la ley sino también en la normativa interna de la Entidad donde se desempeña<sup>16</sup>. Contrario sensu, si no tiene relación

<sup>14</sup> Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116, de 10 de septiembre de 2019. Fundamento 18.

<sup>15</sup> Ministerio Público. Convención Interamericana contra la corrupción. Fiscalía de la Nación. 8 octubre 2016. <https://www.gob.pe/institucion/mpfn/informes-publicaciones/1599174-convencion-interamericana-contra-la-corrupcion>

<sup>16</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, p. 439.

funcional no podrá ser autor del delito en estudio, y dicha conducta será tipificada con otro tipo penal<sup>17</sup>.

En la misma línea, se señala en la doctrina que la calidad de autor en el tipo penal de peculado está circunscrita a quienes poseen la condición de funcionarios o servidores públicos, es decir, solo podrá ser sujeto activo quien tenga una relación funcional específica y ostente una confianza que lo sujete a actuar de una forma determinada con relación a los efectos y caudales que custodia, administra o percibe. En ese sentido, nos referimos a la existencia de una relación de “garante por asunción de deberes funcionales”<sup>18</sup>, lo que significa que el delito de peculado puede configurarse tanto por comisión como por omisión. De lo dicho se colige, que, atendiendo a la estructura normativa del delito de peculado, la calidad de autor sólo podrá tenerla el funcionario o servidor público por ser un delito especial propio, característico de los injustos funcionariales, pudiendo atribuirse dicha conducta al sujeto activo que en razón de su actuación funcional se apropia o utiliza caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le esté confiado en mérito de su cargo.

En cuanto a la participación en el delito materia de estudio, por tratarse de un delito de infracción del deber y en aplicación de los principios de unidad del título de imputación y de accesoriedad, la doctrina concluye lo siguiente: (i) El sujeto que no se encuentre vinculado a la propiedad pública no responderá por el tipo penal de peculado, su actuación calzará en algún delito común. (ii) El agente que no esté vinculado funcionalmente con el bien público que intervenga con aquellos sujetos que, si tienen dicha vinculación, será partícipe en calidad de instigador o cómplice del delito de peculado, teniendo en cuenta que la teoría de infracción del deber no hace distinciones entre primario y secundario. (iii) Los particulares que colaboren con agentes no vinculados funcionalmente con los bienes públicos, será partícipes del tipo penal perpetrado. (iv) Los particulares que cooperen con los sujetos que tienen vinculación funcional con los bienes estatales responden a título de cómplices<sup>19</sup>.

El sujeto pasivo del delito de peculado es el Estado, como titular y propietario del patrimonio que es custodiado, percibido o administrado por los funcionarios o servidores públicos en razón de su cargo. El sujeto pasivo viene a ser el titular o representante de la Administración Pública en sus diferentes manifestaciones o niveles (local, regional y

---

<sup>17</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración pública*. 3° Edición, Lima: Grijley, 2002, p. 216.

<sup>18</sup> Cfr. PEÑA CABERRA FREYRE, Alonso Raúl. *Estudios críticos de derecho penal y política criminal*. 1ª Edición, Lima: Ideas Solución Editorial SAC, 2013.

<sup>19</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, p. 444

nacional), descartando como agraviado a cualquier particular<sup>20</sup>. Abonando a lo anterior, será la dependencia de la Entidad pública que se vea dañada por la conducta ilícita del sujeto activo del delito de peculado<sup>21</sup>.

Asimismo, en el desarrollo de las investigaciones donde el Estado sea parte procesal agraviada, será debidamente representado por la Procuraduría Pública Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios, conforme lo estipula el Acuerdo Plenario N° 04-2012/CJ-116 al señalar que: “(...) la ley ha previsto la intervención del Procurador Público Especializado en Tráfico ilícito de drogas (...) y del Procurador Público Especializado en delitos de corrupción de funcionarios, y los que mediante Resolución Suprema se designe, en las causas por delitos de tal connotación”<sup>22</sup> (el subrayado es nuestro).

### 1.2.2 Elementos típicos

Para la configuración del delito de peculado deben presentarse sus elementos materiales, respecto a ello, en el Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116 “Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia” se establecieron los siguientes:

- a) **Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos:** Es el poder de vigilancia y control sobre la cosa, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.
- b) **La percepción:** La acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración: Implica las funciones activas de manejo y conducción. La custodia: Importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.
- c) **Apropiación o utilización:** El primero supone hacer suyo los caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo, utilizar, se refiere a aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto) sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.
- d) **El destinatario:** Cuando el sujeto activo actúa por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros.

<sup>20</sup> BENAVENTE CHORRES, H. & CALDERON VALVERDE, L. *Delitos de Corrupción de funcionarios*. Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal, 2012, p. 174.

<sup>21</sup> REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*. p. 231.

<sup>22</sup> Fundamento jurídico N° 12° del Acuerdo Plenario N° 4-2012/CJ-116 (Concurrencia de procuradores en un mismo proceso penal, en representación de intereses públicos), del 24 de enero del 2013.

e) **Caudales y efectos:** Los primeros son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, con todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables<sup>23</sup>.

Analizaremos en los apartados siguientes, con mayor detalle y profundidad estos elementos típicos del delito de peculado.

### 1.2.3 *La relación funcional: Por razón de su cargo*

Prosiguiendo con los elementos materiales del peculado, debidamente señalados en el Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116 del 30 de septiembre de 2005<sup>24</sup>, los caudales o efectos deben estar en posesión inmediata o mediata del funcionario o servidor en razón del cargo que desempeña en la Administración Pública<sup>25</sup>. La relación funcional apunta al poder de vigilancia y control sobre el bien, así como sobre criterios de competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo; el poder de vigilar y cuidar los caudales y efectos<sup>26</sup>. Es necesaria la existencia de una relación funcional entre el agente y el caudal o efecto bajo su custodia, sin embargo, como lo señala el mismo tipo penal, no solo basta dicha relación funcional, sino que este debe ser en razón de su cargo.

La doctrina señala que no cualquier funcionario o servidor puede incurrir en el delito de peculado, sino que es presupuesto necesario que opere la conducta típica de apropiarse o utilizar, y que los bienes se encuentren en posesión del sujeto activo en mérito a los deberes o atribuciones de su cargo. Si es que no existe esta vinculación funcional de estricta base jurídica, la conducta no será imputable.<sup>27</sup>

La jurisprudencia ha señalado, en el R.N. N° 1780-2015-Tacna que la relación funcional admite dos interpretaciones<sup>28</sup>: (i) El sujeto activo tiene el control directo de los caudales o efectos, siendo el detentador material de los bienes, como el jefe de logística, el administrador que tiene la caja chica o el funcionario que está en contacto con el bien a efectos de brindar servicios, existiendo una posesión directa del bien; (ii) El titular o funcionario de nivel no está en relación directa con los bienes ni los posee físicamente, o simplemente éstos no están en un determinado territorio que él administra. Sin embargo, puede disponer jurídicamente de los bienes, entre ellos, el titular del pliego, el administrador, el jefe de logística que no necesariamente tiene a los bienes en un área específica, sino que

<sup>23</sup> Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116 “Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>24</sup> Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116, Fundamento Jurídico 7.

<sup>25</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, p. 417.

<sup>26</sup> Recurso de Nulidad N° 1780-2015-TACNA, considerandos TERCERO Y CUARTO, p. 11-12.

<sup>27</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, p. 444.

<sup>28</sup> Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual Operativo de los Delitos de la Administración Pública cometidos por funcionarios Públicos*. Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L., Lima, 2016, pp. 251-252.

desde su gerencia dispone que los bienes sean entregados a terceros o él mismo se los lleva, utilizando su “poder de decisión”<sup>29</sup>.

Por otro lado, en este punto la jurisprudencia vinculante advierte que para la configuración del peculado no es necesario que el agente ejerza una tenencia material directa sobre los bienes que se le han confiado, siendo suficiente que el sujeto activo tenga la disponibilidad jurídica, es decir, la posibilidad de libre disposición que en el marco de la ley tiene el funcionario (competencia funcional específica), lo que está muy ligado a las atribuciones que ostenta en razón de su cargo<sup>30</sup>.

#### **1.2.4 Percibir, administrar y custodiar**

Para la configuración del peculado, el agente debe estar directa o indirectamente vinculado con el objeto del delito, lo cual puede darse por percepción, administración o custodia en razón al cargo que desempeña, pudiendo concurrir juntos o de manera separada, pero veamos que significan estas formas de posesión de bienes públicos, de conformidad con el Acuerdo Plenario N° 04-2005-/CJ-116<sup>31</sup> y la doctrina.

Percibir, es la acción de recepcionar o captar caudales o efectos de procedencia diversa, pero lícita. Estos bienes públicos son percibidos por quienes el Estado designa de acuerdo a sus funciones<sup>32</sup>. De tal manera que quien percibe es quien recibe las inversiones, donaciones, apoyos, pagos o cualquier otro ingreso económico.

Administrar, es la facultad de disponer del patrimonio estatal para otorgarles una finalidad determinada por la ley. Esto no quiere decir, que el sujeto activo debe detentar siempre la posesión directa del bien, pero si será necesario que tenga dominio de ellos de acuerdo con el cargo que desempeña<sup>33</sup>. Consiste en dar un buen manejo de los caudales o efectos públicos, la administración es la posesión que se confía al funcionario o servidor público y que implica funciones activas de conducción y manejo, es decir, tiene implícita la vinculación funcional, por lo que, sin necesidad de entrar en contacto con los bienes, el agente puede disponer de ellos en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Recurso de Nulidad N° 1780-2015-TACNA, considerando CUARTO, p. 13.

<sup>30</sup> Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116, fundamento jurídico N° 6.

<sup>31</sup> Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116, fundamento jurídico N° 7, literal b, p. 3.

<sup>32</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, p. 426.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 427.

<sup>34</sup> PARIONA ARANA, Raúl. *El delito de peculado como delito de infracción de deber*. Editorial Gaceta Penal, Tomo 19, Lima – Perú, 2011, p. 51.

Custodiar, está referido a actos de vigilancia, conservación y protección debida por el funcionario o servidor de los caudales o efectos públicos, esta forma de vinculación es funcional entre el agente y el bien público, por lo que no cabe una custodia circunstancial<sup>35</sup>.

Estos tres aspectos configuradores del tipo penal de peculado son de mucha importancia, puesto que el objeto de nuestra investigación radica en determinar si existe una administración, percepción o custodia del viático, lo que supondría la comisión del delito de peculado por apropiación. Si bien en la doctrina como en la jurisprudencia existían pronunciamientos disímiles emitidos por las Salas Penales de la Corte Suprema de la República, como aquella que señala que no constituye delito de peculado el no rendir cuentas de los viáticos recibidos<sup>36</sup>, o las que mencionan que el uso de viáticos para fines privados si constituye delito de peculado<sup>37</sup>, generándose hasta seis criterios<sup>38</sup> respecto a la calificación de la conducta de no rendir cuentas de los viáticos gastados pese a que en nuestro país es obligatorio, lo que dejaba ver la falta de consenso respecto a la tipificación del tipo penal ante la conducta descrita.

En virtud a esta carencia de acuerdo, y con la finalidad de uniformizar la doctrina y jurisprudencia nacional, se emitió el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 del 10 de septiembre de 2019, indicando como conclusión principal que el 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<sup>39</sup>, por lo tanto antes de imputar la comisión del delito de peculado se deberá 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 de control y sanción de orden administrativo<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> Idem

<sup>36</sup> Recurso de Nulidad N° 907-2014/Tacna

<sup>37</sup> Recurso de Nulidad N° 3186-2014-Lima respaldada por el Recurso de Nulidad N° 1315-2014-Lima.

<sup>38</sup> Acuerdo Plenario N° 07-2019/cij-116 Fundamento 34°. – **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 persona a efectos de usarlo para los fines asignado; 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 encomendando y se queda con el dinero recibido.

<sup>39</sup> Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116, Fundamento 45.

<sup>40</sup> Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116, Fundamento 49 en el cual citan a BARRIOS ALVARADO, Elvia: *El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público*. Lima: Gaceta Penal, Editorial Gaceta Jurídica, 2010, p.177.

Ante esto, nos queda claro que con la emisión de esta doctrina jurisprudencial vinculante se dejó establecido que la sola omisión de rendir, de manera parcial o total, la suma de dinero entregada como viáticos, la misma que es entregada a título de transferencia en disposición y no en administración, percepción o custodia, no es suficiente para generar una imputación penal y menos una condena por el delito de peculado, debiendo tratarse y sancionarse en el ámbito administrativo. Sin embargo, también se señala que se podrá imputar delito de peculado si el funcionario no cumplió con la comisión, es decir, cuando le entregaron recursos económicos para el traslado y demás gastos necesarios para el desarrollo de un trabajo encomendado fuera de su lugar habitual, y no lo realizó, como se aprecia en el Recurso de Casación N° 952-2019/Moquegua objeto de nuestra investigación, por lo que se condenó al funcionario como autor del delito de peculado doloso por apropiación, lo que nos lleva a cuestionarnos, si la percepción, custodia o administración como elementos materiales del tipo penal de peculado, están presentes cuando no se cumple la comisión encargada y si los viáticos son objeto del delito de peculado, ya que la falta de rendición es una situación de carácter probatorio.

La emisión de éste importante pronunciamiento, que con la mejor intención buscó unificar criterios, ha generado discrepancias y cuestionamientos acerca de la naturaleza jurídica de los viáticos y si éstos son objeto de la conducta típica del peculado, en el sentido que a nivel jurisprudencial se sigue condenado por este tipo penal a funcionarios o servidores que se apropiaron de estos recursos dinerarios, por lo que es importante desarrollar cuales son los verbos rectores configuradores, así como cuál es el objeto del delito de peculado y si los viáticos califican o no como caudales o efectos lo cual veremos a continuación.

### **1.2.5 Modalidades delictivas: Apropiación o utilización**

Son los verbos rectores del tipo penal de peculado los que determinan sus modalidades, estos son “apropiarse” y “utilizar”, por ende, existen dos formas de materializar el ilícito doloso, por apropiación y por uso o utilización<sup>41</sup>. Se entiende por apropiación la acción de hacer suyo los caudales o efectos que pertenecen al Estado, alejándolos de la esfera de la función pública y colocándoles en situación de disposición. Utilizar se refiere a aprovechar las bondades del bien estatal para otros fines que no son parte del servicio encomendado, sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero<sup>42</sup>.

La doctrina también define apropiación como la conducta de apoderarse, adueñarse, atribuirse, quedarse o hacer suyos los caudales o efectos estatales, que le han sido confiados

<sup>41</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, p. 407.

<sup>42</sup> Considerando Tercero, numeral iii) del Recurso de Nulidad N° 1780-2015-TACNA, p. 12.

en razón del cargo que desempeña al interior de la Administración pública, para cuidarlos, administrarlos o custodiarlos. Es preciso hacer mención que el sujeto activo no sustrae los bienes públicos, estos están a su disposición por el cargo que desempeña, ingresa dichos bienes a su ámbito personal brindando una administración diferente a la cual están destinados, es decir actúa como propietario. En cuanto a la utilización, el agente realiza actos de disfrute y uso de los caudales o efectos de forma temporal, sin consumirlos o agotarlos, sin la intención de tomar posesión, sino que los devuelve a la entidad<sup>43</sup>.

Para poder realizar una correcta diferenciación entre ambas modalidades, es necesario realizar un breve desarrollo individual de cada una de ellas. Si bien el delito de peculado admite la configuración culposa o negligente, para efectos de nuestra investigación nos interesa la conducta típica dolosa de aquel funcionario o servidor público que tiene la intención de apropiarse o de utilizar caudales o efectos que le han sido confiados en razón de su cargo, pues es ésta la que puede materializarse de dos formas: por apropiación o por utilización. En ese sentido el delito de peculado por apropiación se produce cuando el agente público se apodera, adueña, queda, apropia o hace suyos los caudales o efectos del Estado<sup>44</sup>, esto significa que el sujeto activo, que es el funcionario público, actúa con *animus rem sibi habendi*, es decir, con la intención de tener la cosa para sí, o de hacerse propietario de la cosa. La conducta delictiva se constituye en una apropiación sui géneris. El autor no sustrae los bienes, ellos se encuentran en su poder por el cargo que desempeña o ejerce, y este dispone de ellos como si formaran parte de su patrimonio, contraviniendo así los deberes funcionales que le fueron encomendados<sup>45</sup>.

Para mayor abundamiento, el peculado por utilización se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos sin el propósito de apoderarse del bien. En el agente no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su beneficio o de un tercero<sup>46</sup> es decir, en el sujeto activo, no existe ánimo de dominio<sup>47</sup>. En palabras de Ramiro Salinas, usar: “presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal a los bienes sin consumirlos, para regresarlos o reintegrarlos

<sup>43</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. p. 407.

<sup>44</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. “Análisis del bien jurídico protegido en este ilícito -Delito de peculado”. *Revista Jurídica*. 9 de abril de 2019. [Delito+de+peculado\\_Salinas.pdf \(pj.gob.pe\)](#)

<sup>45</sup> MONTOYA, Yván y otros. *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*. Lima: Idehpucp, 2013, p. 490.

<sup>46</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. “Análisis del bien jurídico protegido”

<sup>47</sup> MONTOYA, Yván y otros. *Manual de capacitación*, p. 491. y SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. p. 363.

luego a la esfera de la administración pública”<sup>48</sup>. Asimismo, el profesor Manuel Abanto Vázquez, señala que: “Utilizar implica destinar temporalmente los bienes que tienen como destino el cumplimiento de alguna función pública, a determinados trabajos de carácter privado”<sup>49</sup>.

Ahora bien, teniendo en claro los conceptos del delito de peculado por apropiación y por utilización, pro seguiremos a realizar la diferenciación entre ambas, siendo la primera y la que más resalta, la contenida en la propia definición de ambas clasificaciones. El peculado por apropiación implica la disposición de los bienes de la Administración Pública, que le fueron entregados al funcionario público, como si este fuese el propietario, separándolos de la esfera pública. En palabras de Salinas “la forma de apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos públicos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, como en actos de disposición inmediata (venta, alquiler, préstamo, uso con ánimo de propietario, entrega a terceros, donaciones, etc.)”<sup>50</sup>, mientras que en el peculado por utilización hablamos de una “aplicación privada temporal”<sup>51</sup>, es decir, el autor no actúa con animus rem sibi habendi, sino que busca aprovecharse, sacarle beneficio a dichos bienes, sin apoderarse de ellos.

Otra diferencia que podemos advertir, conforme lo establece la Casación 131-2016/Callao, es que, en el peculado por utilización no es necesario que se practique una pericia contable para establecer el perjuicio patrimonial que se le causo al Estado, lo que si se requiere en el peculado por apropiación, esto debido a que, en el peculado por apropiación el bien público que fue sustraído de la esfera pública, ya sea porque se vendió, se donó, entre otros, implicara un monto de dinero que no regresara a la administración, debiéndose realizar la pericia para poder determinar el valor de dicho bien, a diferencia del peculado por utilización, en el cual, el bien siempre permaneció en la esfera pública.

Es importante clarificar las diferencias existentes entre ambas modalidades, siendo que para la Casación N° 952-2019/Moquegua, materia de nuestro análisis nos encontramos ante la comisión de peculado doloso por apropiación, sin embargo, respecto a ello, es necesario mencionar que el acusado, Henry Sardón Valdivia, argumentó su recurso de casación en el hecho de que devolvió el dinero, por lo cual no se configuraría el peculado por apropiación, por otro lado se señala que: “El imputado SARDÓN VALDIVIA, en efecto, viajó a Lima,

---

<sup>48</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. p. 363.

<sup>49</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Editorial Palestra, 2003, p. 345.

<sup>50</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. p. 300.

<sup>51</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración*. p. 344.

pero no realizó gestión alguna, y rindió cuenta, sin duda con información falsa, de los viáticos utilizados al efecto (pasajes, alojamiento y alimentación); y, luego, meses después de obtener el dinero de la Municipalidad (cuatro meses y días), intentó devolverlo. Sin duda, no se está ante un mero injusto administrativo, derivado del incumplimiento de las directivas y regulaciones sobre viáticos, desde que, primero, efectuó el viaje a Lima y allí permaneció varios días; segundo, no efectuó las gestiones oficiales que afirmó efectuaría; tercero, dio cuenta de gastos incompatibles con la realidad de lo ocurrido en función a la comisión que anunció realizaría; y, cuarto, se le entregó el dinero por la comisión que dijo efectuó (...)

Por lo que advertimos, que pese a lo decidido por la Corte Suprema mediante el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 de no imputar delito de peculado por la entrega de viáticos para comisión de servicios, se continúa atribuyendo responsabilidad penal, en el caso concreto al acusado que se apropió de un caudal público bajo el pretexto de una comisión de servicios en el Ministerio de Agricultura, la cual nunca se realizó, mucho más si uno de los días que estableció para la comisión de servicios, era el 20 de abril del 2013 que era sábado, denotando con ello que tampoco tenía planificado hacerlo. Con lo cual, su conducta fraudulenta se encontraría dentro de la modalidad de peculado por apropiación de caudales públicos, que consistía en obtener fondos públicos para actividades privadas bajo el engaño de una comisión oficial de servicios, gestión municipal que obviamente nunca realizó<sup>52</sup>, en tanto, hubo una apropiación para sí de patrimonio público; el dinero que recibió, se le entregó para ser destinado a una finalidad oficial y administrarlo en esa dirección; y, su conducta supuso un perjuicio para la Administración Pública. No siendo relevante el hecho que el imputado haya o no reembolsado el dinero, en tanto, la conducta ya se había consumado. Por lo que se deja ver que los viáticos seguirían siendo objeto del tipo penal de peculado debiendo hacer un análisis más exhaustivo en el apartado correspondiente.

### **1.2.6 Beneficiario o destinatario en el delito de peculado**

El tipo penal de peculado menciona, la apropiación o utilización puede ser “para si o para otro”, haciendo referencia “*Para sí*, al sujeto activo que puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favores a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final de un tercero”<sup>53</sup>, quien puede ser una persona natural, una persona jurídica u otro funcionario o servidor público<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Recurso Casación N° 952-2019/Moquegua, p. 6.

<sup>53</sup> Cfr. Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116, fundamento jurídico N° 7.

<sup>54</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. p. 494.

En suma, este otro no debe tener ninguna participación en el hecho mismo de la apropiación o utilización, es decir no debe ser parte de la ejecución o preparación del acto ilícito, de lo contrario tratándose de un funcionario con relación funcional no sería destinatario sino autor<sup>55</sup> o cómplice del mismo<sup>56</sup>. No obstante, el otro podrá ser investigado por el delito de receptación o aún más grave lavado de activos<sup>57</sup>.

### **1.2.7 Objeto de la conducta: caudales o efectos**

En la redacción del artículo 387° del Código Penal, el patrimonio público está representado por caudales o efectos públicos, siendo que un bien tendrá dicha naturaleza siempre que esté destinado a cumplir una finalidad pública. Es relevante mencionar que los bienes pueden ser íntegramente del Estado, parcialmente (como los bienes de sociedades de economía mixta integrada por capital tanto del Estado como de privados); o puede ser patrimonio privado, que se encuentre en posesión del Estado, al llevar la administración temporal del mismo, por fines institucionales o de servicio<sup>58</sup>.

Preciso es indicar que no resulta necesario que los bienes sean de propiedad pública, siendo suficiente que se encuentren dentro del círculo estatal, asimismo, los caudales o efectos como objeto del tipo penal deben ser susceptibles de aprehensión y desplazamiento de un lugar a otro, siendo que la configuración del delito de peculado supone apartar los bienes de a esfera de custodia de la Administración pública<sup>59</sup>.

Aunado a ello, el precedente vinculante define los caudales como “bienes en general de contenido económico incluido el dinero”; y los efectos son “todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables”<sup>60</sup>. En la misma línea, la doctrina señala que los caudales deben ser susceptibles de valoración económica y los efectos son todos aquellos documentos de crédito negociables emitidos por la Administración pública y que pueden ser introducidos en el tráfico comercial<sup>61</sup>. Sin embargo, la Corte Suprema ha precisado que dentro de los caudales o efectos no se encuentran comprendidos los libros y documentos contables<sup>62</sup>.

<sup>55</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, p. 308.

<sup>56</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. p. 496. Asimismo, lo señala el 1° Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica emitido el 23 de octubre de 2008. Así también lo refiere el Considerando DÉCIMO OCTAVO de la CASACIÓN N° 102.2026-LIMA del 11 de julio de 2017, p. 15-17.

<sup>57</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. p. 417.

<sup>58</sup> Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, Fundamento Jurídico: DIECISIETE, del 16 de noviembre de 2010.

<sup>59</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Delitos contra la Administración Pública*. Actualidad Gubernamental, 2016, p. 346.

<sup>60</sup> Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116, p. 2.

<sup>61</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. p. 424-425.

<sup>62</sup> Cfr. R.N 4416-2006-Arequipa, f.j.3.

Cabe destacar que la Convención Interamericana contra la Corrupción no se refiere a caudales o efectos, sino únicamente a “bienes”, definiéndolos como “activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre bienes activos<sup>63</sup>”. En relación con ello, los términos utilizados por el legislador en el tipo penal estudiado están desfasados, debiendo utilizarse el término “bienes”, que es más amplio y comprende a muebles, inmuebles, materiales o inmateriales, derechos, valores y créditos, etc., además tiene mayor cobertura y alcance con contenido material<sup>64</sup>.

Por otro lado, el Acuerdo Plenario N° 04-2005-CJ/116, del 30 de setiembre del 2005, menciona lo siguiente, “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”<sup>65</sup>.

Como se puede observar dicho acuerdo menciona el termino patrimonio público, este término engloba tanto a los caudales como a los efectos, siendo no solamente el tesoro del Estado ni el dinero, sino que el concepto patrimonio público, comprende a todos los bienes muebles e inmuebles que se hallan repartidos en los diferentes sectores de la Administración Pública, incluidos aquellos bienes privados que se encuentran temporalmente bajo la administración del sector público.

Es preciso señalar que lo que atañe a nuestra investigación es determinar si la apropiación de viáticos es causal de imputación del delito de peculado, y al tener posiciones y pronunciamiento contrapuestos es que el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 esgrime un concepto de los viáticos y establece su naturaleza jurídica al indicar que constituyen “la asignación que se otorga al funcionarios o servidor público, o personal comisionado para cubrir sus gastos de alimentación, alojamiento y desplazamiento de la comisión”<sup>66</sup>, asimismo se 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 en función o de servicio”. Y tiene las siguientes características: i) Poseer contenido patrimonial (en dinero), b) debe tener cualidad 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 previstos en las normas internas de la

---

<sup>63</sup> Artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción, 1996.

<sup>64</sup> HUGO ÁLVAREZ, Jorge & HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Gaceta Jurídica S.A., 2018, p. 214.

<sup>65</sup> Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia- Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116.

<sup>66</sup> Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116, Fundamento jurídico 5, numeral 20°, p. 8.

administración, puesto que salen de una partida presupuestal), d) poseer un carácter fungible<sup>67</sup>.

Ahora bien, de la lectura de la Casación N° 952-2019/MOQUEGUA, podemos advertir que al imputado, en su calidad de Sub Gerente de Administración de la Municipalidad Distrital de Ubinas, se le entregó la suma de mil setecientos treinta y dos soles, los cuales le fueron asignados por concepto de viáticos para la comisión de servicios que realizaría los días 19 y 20 de abril del 2013 en el Ministerio de Agricultura de Lima, sin embargo, dicha entidad no solo no registro visita en los días antes mencionados, sino que también el día 20 de abril fue sábado, siendo un día no laborable para dicha entidad estatal, más aún, si sustentó sus gastos de consumo, hospedaje y movilidad, con documentos de fecha 21 de abril del 2013, fecha distinta a la fecha de la comisión de servicios. Al ver la negativa del área de tesorería, con fecha 12 de setiembre del 2014, el señor Sardón Valdivia presentó copia legalizada notarialmente del recibo de devolución por concepto de viáticos, como restitución. Motivo por el cual, se le acusó como autor material del delito de peculado doloso por apropiación, por lo que se advierte que para efectos del pronunciamiento que nos atañe, los viáticos constituyen caudales o efectos públicos, cuya apropiación configura el delito por el que finalmente fue condenado.

### **1.2.8 Perjuicio al estado**

Uno de los elementos objetivos del tipo penal de peculado que debe estar presente en su configuración, es el daño patrimonial a la Administración pública, que se concreta con el despojo de sus bienes por parte de los funcionarios o servidores que, incumpliendo sus deberes funcionales y la normativa interna de la entidad, establece un destino diferente o ajeno al cual le fue confiado. La jurisprudencia nacional se ha decantado por la realización de una pericia contable o una valorización en la cual se evidencie el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado<sup>68</sup>. Si bien, es importante la pericia valorativa, porque según la Corte Suprema (i) permite establecer la existencia de los bienes públicos; (ii) posibilita apreciar el destino de los mismos y; (iii) permite establecer la diferencia entre lo que ingresa y lo que sale del patrimonio del Estado, se debe tener claro que el perjuicio patrimonial no es el bien jurídico que se cautela con este delito<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima: Editorial Nomos & Thesis, 2016, p.252 citado en el Fundamento Jurídico 5, numeral 20°, del Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.

<sup>68</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, p. 412.

<sup>69</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. p. 347.

Sin perjuicio de lo esgrimido, en la casuística ha quedado establecido que, en la modalidad de utilización del delito en estudio, no es necesario que se practique una pericia contable para determinar el perjuicio patrimonial causado, la cual si se requiere obligatoriamente en la modalidad de peculado por apropiación. El fundamento de esto radica en que en la primera modalidad se sanciona al funcionario o servidor por usar y disponer de los caudales y efectos ilegalmente, pero sin ánimo apropiatorio y sin que sea relevante el perjuicio patrimonial<sup>70</sup>.

Por lo que también es importante tener claridad sobre el elemento subjetivo del delito de peculado, puesto que el ánimo, la intención con la que se cometa será relevante, por ejemplo en el peculado doloso requiere que la conducta del sujeto activo se desarrolle con la firme intención de utilizar o apropiarse de los caudales o efectos de Estado, para sí y para otro, incumpliendo sus deberes como funcionario o servidor público, siendo sus actos cometidos con ánimo de lucro y con conocimiento de que dichos bienes son de propiedad pública. Siendo la conducta del cómplice, también dolosa<sup>71</sup>. Por lo que el funcionario o servidor tienen pleno conocimiento del carácter de bien público y de la relación funcional, así como la intención de apropiarse o dar uso privado a los bienes, teniendo que verificarse el elemento subjetivo de querer, de tener la voluntad de apropiarse de los caudales o efectos que le han sido confiados<sup>72</sup>.

La jurisprudencia vinculante ha hecho hincapié en que se debe separar la consecuencia administrativa prevista ante la sola omisión de rendir cuentas en nuestro país, que se cataloga como una conducta reacia, deshonesta, pero que no es suficiente para sustentar una imputación penal y menos una sentencia por peculado, con la práctica desleal de apropiarse de dinero de las arcas del Estado simulando una comisión inexistente o simulada para tal fin, por lo que antes de imputar la comisión del peculado será preciso identificar si el funcionario cumplió o no con la comisión<sup>73</sup>, y se el dinero entregado y recibido fue en auténtica calidad de viáticos<sup>74</sup>, de los cuales hablaremos más extensamente en el apartado siguiente.

---

<sup>70</sup> Fundamento de Derecho Décimo Primero de la casación N° 131-2016-CALLAO del 21 de marzo de 2017, p. 5.

<sup>71</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. p. 448.

<sup>72</sup> REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*. Lima: Jurista Editores, 2014, p. 32-33.

<sup>73</sup> Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116, Fundamento Jurídico 7, numeral 49.

<sup>74</sup> *Ibidem*. Fundamento Jurídico 7, numeral 47.

### 1.3 Los viáticos

#### 1.3.1 Concepto

Un primer acercamiento a la definición de viáticos lo otorga la Real Academia Española<sup>75</sup> siendo las concepciones más resaltantes las siguientes: “1. Prevención, en especie o en dinero, de lo necesario para el sustento de quién hace un viaje. 2. Subvención en dinero que se abona a los diplomáticos para trasladarse al punto de destino”.

Se evidencia en ambas definiciones un elemento similar, que es el traslado de una persona de un lugar a otro o la realización de un viaje, para lo cual se ha entregado una cantidad de dinero que le permita solventar el mismo. Por eso es importante que la persona a quien se le otorga el viático demuestre la necesidad del viaje y lo realice, de lo contrario será materia de reparo por el fisco, asimismo, aparte del viaje la persona comisionada requerirá de un desembolso de dinero para alimentarse, hospedarse y movilizarse, de allí la importancia del viático<sup>76</sup>.

El término viático se usa en nuestro país y deriva de viaje, por lo que su expresión material dineraria no entra en la esfera remunerativa del trabajador, del que se excluye, por un lado, por no ser un concepto que integre la remuneración, es decir no se abona de forma permanente o mensual; y por otro, porque no deviene de una reciprocidad obligacional que se origina de un contrato de trabajo, como es el caso de la remuneración<sup>77</sup>.

En ese sentido, podemos definir a los viáticos como la cantidad de dinero que se otorga o proporciona a una persona que realiza un viaje por motivos de trabajo o negocio fuera de su lugar de trabajo habitual. Estos gastos comprenden los conceptos de alimentación (desayuno, almuerzo y cena), hospedaje, movilidad, entre otros. Los viáticos son comúnmente utilizados por empresas u organizaciones que requieren que sus empleados viajen por motivos de trabajo, por comisión de servicios con carácter eventual o transitorio y necesitan cubrir los gastos incurridos durante el viaje. La cantidad de viáticos otorgados puede variar según la política de la empresa y el destino del viaje<sup>78</sup>.

La doctrina también define 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 servicio, de esta manera, los viáticos no

<sup>75</sup> Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. Dudas rápidas. [www.rae.es](http://www.rae.es)

<sup>76</sup> ALVA MATTEUCCI, Mario. Elementos que debe tener en cuenta sobre los gastos de viaje al exterior. Lima, 2014. <http://blog.pucp.edu.pe/blogdemarioalva/2014/05/19/>

<sup>77</sup> DEL RÍO GONZÁLES, Oscar. *Viáticos, Comisión de Servicio, Rendición de cuentas y declaración jurada: Generadores de gasto fiscal no remunerativo*. Esta información puede consultarse en la página web: [http://www.cladperu.com.pe/web/archivos/producción\\_intelectual/viaticos.pdf](http://www.cladperu.com.pe/web/archivos/producción_intelectual/viaticos.pdf)

<sup>78</sup> REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Los viáticos como objeto material del delito de peculado*. Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal, 2011, pp. 120 – 125.

estarían relacionados directamente al acto de función pues servirían para asegurar que los actos de servicio se realicen en condiciones de idoneidad<sup>79</sup>.

Así también, para la terminología tributaria que es importante traer a colación, el término viático se define como “Aquel valor que representa una cantidad de dinero en efectivo que el patrono o empleador entrega a sus trabajadores para que estos desempeñen mejor su trabajo y que su obtención no significa un beneficio directo para el trabajador, ni satisfacción de sus propias necesidades estrictamente particulares ni un incremento de su patrimonio, tal como: transporte, alimentación y estadía en una cuantía razonable”<sup>80</sup>.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema se sostiene que los viáticos constituyen : “la asignación que se otorga al funcionario o servidor público, o persona comisionado, independientemente de la fuente de financiamiento o su relación contractual, para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local (desplazamiento de un lugar a otro donde se realiza la comisión) y movilidad de traslados (hacia y desde el lugar de embarque), es decir, en puridad, en 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”<sup>81</sup>. Y esta definición ha sido recogida en otros pronunciamientos más recientes<sup>82</sup>, observando que existe una línea jurisprudencial igualitaria y no hay controversia respecto a la definición del término, sin embargo, continuamos con la problemática de si su no rendición configura o no delito de peculado.

### **1.3.2 Naturaleza jurídica de los viáticos**

En el ámbito administrativo público, los viáticos constituyen montos de dinero que son entregados a los funcionarios o servidores públicos por la Administración como parte de sus condiciones de trabajo, y con la finalidad de que cubran los gastos que realicen en el cumplimiento de sus funciones o servicios excepcionales fuera de su lugar de trabajo, comprendiendo transporte, hospedaje, alimentación. Por lo que esta asignación, viene a ser el reconocimiento normativo del Estado de la necesidad de solventar los gastos de sus empleados públicos con la finalidad de que desempeñen eficientemente los encargos

<sup>79</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Primera Edición, Lima: Editorial Nomos & Thesis EIRL, 2016. Así también lo ha referido la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 907-2014, Considerando Séptimo.

<sup>80</sup> ALVA MATTEUCCI, Mario. Lima, 2014.

<sup>81</sup> Recursos de Nulidad N° 4112-2009-Amazonas, de fecha 09 de febrero de 2009 en el Fundamento séptimo en concordancia con el Recurso de Nulidad N° 4310-2008-Madre de Dios, de fecha 09 de marzo de 2010, en el fundamento cuarto.

<sup>82</sup> Recurso de Nulidad N° 1315-2014-Lima de fecha 14 de marzo de 2016, fundamento segundo, numeral 1.

encomendados, y esta cumpla sus fines, existiendo en contrapartida el deber legal del servidor de comunicar de manera detallada y documentada en que usó dicho dinero<sup>83</sup>.

Lo señalado, evidencia que el concepto de viáticos es de índole normativo, y sus alcances deben ser extraídos de las normas jurídicas y o sociales, por lo que, para su tratamiento debemos remitirnos a la variada y densa normativa administrativa que regula dicho concepto. Siendo importante mencionar que los viáticos en el Perú varían según la categoría del trabajador o funcionario público, el lugar donde se realiza la comisión de servicio y el tiempo que dure el viaje<sup>84</sup>. Además, las entidades públicas pueden establecer sus propias disposiciones internas para el otorgamiento y control de los viáticos, siempre y cuando se ajusten a la normativa vigente.

El derecho comparado latinoamericano<sup>85</sup> se ha decantado por el reembolso o devolución de la parte de los viáticos que no fue gastada durante el servicio, o en su defecto

---

<sup>83</sup> BARRIOS ALVARADO, Elvia. *El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público*. Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 15, septiembre, 2010, p. 174. Citada en el Fundamento del Voto en Discordia del Recurso de Nulidad N° 2938-2013-Lima

<sup>84</sup> El Artículo 2 del Decreto Supremo N° 007-2023-EF Decreto que regula el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión de servicios en el territorio nacional, establece que la 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.

<sup>85</sup> Argentina, Decreto N° 1343 del 30 de abril de 1974, refiere que los agentes que reciban fondos en concepto de anticipos de viáticos, la finalidad la comisión dentro de las 72 horas de regreso, rendirán el saldo pendiente. Las rendiciones serán presentadas por intermedio del jefe de 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). Se puede consultar en: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-1343-1974-66003>

URUGUAY, Escala de viáticos del 01 de julio de 2012, refiere que deberán rendir cuenta dentro de los 5 días siguientes del regreso del funcionario, para lo cual acompañará la documentación respectiva (art. 4). Mientras que el incumplimiento del funcionario determinará la obligación de retener de sus haberes el importe anticipado, si es que lo hubiera, perdiendo el derecho al reintegro que pudiera corresponder, salvo que mediaren circunstancias excepcionales debidamente acreditadas (art. 25).

Ecuador, Reglamento para el pago de viáticos, subsistencias, movilizaciones y alimentación dentro del país para las y los servicios vigente desde el 01 de junio de 2013, señala que 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 de 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).

Chile, Decreto con Fuerza de Ley N° 262 del 12 de diciembre de 2015, refiere que 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 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).

se efectúe el descuento por planilla, sin embargo, es interesante hacer mención al tratamiento que sobre la materia se realiza en Chile, donde no existe ni rendición de lo otorgado ni devolución de lo no gastado, dado que se entiende que el viático fue entregado para ser utilizado personalmente, por lo que tampoco se configura el delito de peculado o su equivalente en el vecino país del sur, por viáticos no rendidos total o parcialmente. El funcionario a quien se entregó el viático está obligado a entregar la documentación sustentatoria que acredite la realización de la comisión en un determinado plazo, y de no haberla realizado deberá devolver lo percibido, todo dentro del ámbito administrativo, caso contrario podrá ser investigado penalmente mediante una modalidad del delito de malversación de caudales públicos<sup>86</sup> que equivale al peculado.

El Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 dentro de sus fundamentos recogió importantes posiciones doctrinales para dilucidar la controversia sobre la naturaleza de los viáticos en nuestro país; puesto que las posturas doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales no habían sido uniformes, es decir no se establecía si los viáticos al ser entregados conservaban su carácter de dinero público asociada al cumplimiento de un propósito también público que estimaría posible sostener la existencia de una relación funcional y por ende uno de los elementos centrales del sistema de imputación penal como es la infracción del deber, siendo por lo tanto objeto material del delito de peculado<sup>87</sup>.

Asimismo, se menciona que los viáticos tienen naturaleza pública porque vienen de fondos públicos y pese a que se trasladen al dominio privado del sujeto cualificado la percepción es con fines de administración, es decir, con el fin de cumplir labores encomendadas en razón del cargo o estatus funcional que ostenta<sup>88</sup>. Así también, posturas

---

Colombia, Manual de trámite de viáticos y gastos de desplazamiento del 19 de marzo de 2019 expedido por el Departamento Nacional de Planeación, señala que 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)

<sup>86</sup> Artículo 235 del Código Penal Chileno. “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 [...]”. [https://leyes-cl.com/codigo\\_penal/235.htm#:~:text=Art%C3%ADculo%20235.-,El%20empleado%20que%2C%20con%20da%C3%B1o%20o%20entorpecimiento%20del%20servicio%20p%C3%ABlico,la%20cantidad%20que%20hubiere%20sustra%C3%ADdo](https://leyes-cl.com/codigo_penal/235.htm#:~:text=Art%C3%ADculo%20235.-,El%20empleado%20que%2C%20con%20da%C3%B1o%20o%20entorpecimiento%20del%20servicio%20p%C3%ABlico,la%20cantidad%20que%20hubiere%20sustra%C3%ADdo)

<sup>87</sup> Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116, Fundamento 24 cita a REYNA ALFARO, Luis Miguel: Los viáticos como objeto material del delito de peculado. Lima: Gaceta Penal, Editorial Gaceta Jurídica, 2011, p. 121.

<sup>88</sup> Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116, Fundamento 25 cita a ARISMENDIZ AMAYA, Eliu: *Los viáticos como objeto del delito de peculado*. A propósito del Pleno Superior Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de funcionarios. Lima: Gaceta Penal, Editorial Gaceta Jurídica, 2018, p. 45.

intermedias señalan que pese a que la ejecución de los gastos realizados con el dinero otorgado como viáticos tiene la calidad de personales, estos tienen una finalidad pública, porque se destinan a facilitar el trabajo del sujeto público para lograr los objetivos institucionales, sin embargo no se debe identificar la comisión del delito de peculado por apropiación de viáticos con el hecho de no rendir cuentas del dinero recibido o hacerlo de modo deficiente, siendo que la no rendición puede ser un indicio pero debe valorarse en conjunto con otros indicios o elementos de convicción puesto que, la rendición de cuentas tampoco asegura que no se haya cometido el delito de peculado<sup>89</sup>.

Otra de las posturas doctrinales que se aplicó en numerosos pronunciamientos de la Corte Suprema es la que sostenía que los viáticos tenían naturaleza administrativa, la cual se consolidaba en las directivas que regulan el otorgamiento de los viáticos en cada sector de la administración pública<sup>90</sup>, siendo de 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 en una misión de salir de su lugar de trabajo para realizar una actividad relacionada con sus funciones, y de esta manera conseguir que los objetivos de la institución se materialicen<sup>91</sup>. Al coexistir tantas posturas y pronunciamientos el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 estableció una solución a dicha controversia, al señalar que los viáticos son caudales del erario público que recibe el funcionario para cubrir sus necesidades esenciales, es decir, constituyen condiciones del desempeño de su encargo fuera de su centro de labores, pero además lejos del medio donde se desenvuelve cotidianamente, siendo considerados como condiciones vitales o esenciales pero temporales del servidor en el tiempo de desplazamiento con la finalidad de que atienda sus necesidades básicas inherentes a su calidad de persona por lo que existiendo la obligación de rendir cuentas y de devolver lo no gastado el incumplimiento total o parcial no debe configurar el delito de peculado<sup>92</sup>.

Señala también, que los viáticos se encuentran presupuestados y por lo tanto preconcebidos y destinados a cubrir los gastos personales del comisionado, por lo que se

---

<sup>89</sup> Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116, Fundamento 25 cita a ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos: *El peculado por apropiación de viáticos y el Primer Pleno Jurisdiccional Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios*. Lima: Gaceta penal, Editorial Gaceta Jurídica, 2018, p. 24.

<sup>90</sup> BARRIOS ALVARADO, Elvia. *El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público*. Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal, 2010, p. 175.

<sup>91</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *La no devolución de viáticos: ¿Delito de peculado o configuración de un delito contra el patrimonio? Delito de infracción del deber vs. Delitos de Dominio, en búsqueda de un criterio material*. En: Nuevo proceso penal y Delitos contra la administración pública. Lima: Editorial Jurista, 2014, p. 721.

<sup>92</sup> Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116, Fundamento 7, numeral 44.

estima que se utilizarán en su totalidad para que éste no pase hambre ni inseguridad durante su permanencia fuera de su lugar habitual; por lo que la omisión de rendir cuentas total o parcialmente debería acarrear solo una consecuencia administrativa por ser una conducta reacia y deshonestas<sup>93</sup>; mas no es suficiente para imputar la comisión del delito de peculado, para lo cual se deberá identificar si el funcionario cumplió o no con la comisión; y si realmente cumplió, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos de control y sanción de orden administrativo<sup>94</sup>.

Concluyendo que, atendiendo a la especial naturaleza de los viáticos, como dinero entregado al sujeto público para gastos de movilidad, alimentación y hospedaje, es en calidad de transferencia en disposición, no en calidad de posesión o administración a diferencia del dinero entregado para pagar tasas, derechos, aranceles, copias en el lugar de destino, que está sujeto en nuestro ordenamiento al deber administrativo de devolución de lo no gastado<sup>95</sup>. Y que se podrá considerar el dinero entregado y recibido como auténticos 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, es decir no se haya inflado o sobredimensionado la suma<sup>96</sup>.

### **1.3.3 Características y particularidades**

De acuerdo a la doctrina los viáticos tienen las siguientes características<sup>97</sup> :

- a) Tienen contenido patrimonial, es dinero.
- b) Poseen naturaleza eventual, no se entregan de forma permanente.
- c) Tienen que estar revestidos de legalidad, es decir previstos en las normas internas de la administración.
- d) Carácter fungible, el viático no se entrega para custodiarlo o para invertirlo, sino para ejecutar determinados actos de función o de servicio.
- e) Comunicabilidad, el comisionado tiene la obligación de rendir cuenta y dar detalles sobre la forma en que ha usado los viáticos.

La regulación de los viáticos en el Perú se encuentra en el Decreto Supremo N° 005-90-PCM<sup>98</sup>, que establece las normas y procedimientos para el otorgamiento de viáticos y

---

<sup>93</sup> Ibidem. numeral 47.

<sup>94</sup> Ibidem. numeral 49.

<sup>95</sup> Ibidem. numeral 45.

<sup>96</sup> Ibidem. numeral 47, p.21.

<sup>97</sup> REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Parte Especial. Delitos Económicos y contra la Administración Pública. Los Viáticos como objeto material del delito de Peculado*. Gaceta Jurídica S.A, 2011, p. 124.

pasajes al personal de la Administración Pública en comisión de servicios. Además, el Decreto Supremo N° 007-2013-EF<sup>99</sup> establece el Reglamento de Viáticos y Gastos de Representación de la Administración Pública, el cual regula la dotación de viáticos para viajes en comisión de servicios dentro del territorio nacional, señalando en el Artículo 2° lo siguiente: “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”.

De la misma forma, la Directiva N° 009-2005/CONSUCODE/PRE<sup>100</sup>, define a los viáticos como: “Asignación que se otorga al personal comisionado, independientemente 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 ...”. El Texto Único Ordenado de la Ley del impuesto a la Renta aprobado con Decreto Supremo N° 179-2004-EF<sup>101</sup> también señala que: “Lo viáticos comprenden los gastos de alojamiento, alimentación y movilidad los cuales no podrán exceder del doble del monto que, por ese concepto concede el gobierno central a sus funcionarios de carrera de mayor jerarquía (...)”.

De lo esbozado, ha quedado establecido el alcance normativo de los viáticos al constituir un presupuesto de carácter público, siendo que la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2023<sup>102</sup> reconoce y establece que: “Los viáticos que se otorguen en el marco de lo establecido en la presente disposición se sujetan a los montos aprobados para los viáticos por viajes a nivel nacional en comisiones de servicios mediante Decreto Supremo N° 007-2013-EF”<sup>103</sup>.

<sup>98</sup> El artículo 83° del Reglamento de la Carrera Administrativa establece para el sector público, las comisiones de servicio que necesariamente irrogan pago por concepto de viáticos, por constituir una forma de desplazamiento de personal. [https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/08/DECRETO\\_SUPREMO\\_005-90-PCM.pdf](https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/08/DECRETO_SUPREMO_005-90-PCM.pdf)

<sup>99</sup> Decreto Supremo. Decreto Supremo N° 007-2013-EF. 2013. <https://www.mef.gob.pe/es/normatividad-sp-9867/por-instrumento/decretos-supremos/9665-decreto-supremo-n-007-2013-ef-1/file>

<sup>100</sup> CONSUCODE. Directiva N° 009-2005/CONSUCODE/PRE. 2005. <http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/DIRECTIVA%20N%BA%20009-2005CONSUCODEPRE.PDF>

<sup>101</sup> El artículo 37 del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta (LIR) dispone que a fin de establecer la renta neta de tercera categoría se deducirá de la renta bruta los gastos necesarios para producirla y mantener su fuente.

<sup>102</sup> Ley N° 31639. Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2023. [https://www.mef.gob.pe/contenidos/presu\\_public/sectr\\_public/proye\\_2023/PL\\_Presupuesto\\_SP\\_2023.pdf](https://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_public/sectr_public/proye_2023/PL_Presupuesto_SP_2023.pdf)

<sup>103</sup> Decreto Supremo N° 007-2023-EF el que regula el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión de servicios en el territorio nacional, establece en el 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

En general, el otorgamiento de viáticos en el Perú tiene como objetivo garantizar que los trabajadores y funcionarios públicos que realizan comisiones de servicio puedan cubrir los gastos necesarios durante el viaje, sin tener que utilizar su propio dinero. Y una vez que el comisionado ha cumplido con lo encomendado deberá retornar a la Entidad de origen y sustentar en que ha utilizado el dinero que se le entregó, elaborando una rendición de cuentas con los documentos que lo acrediten, siendo que en caso tenga un sobrante, éste tendrá que ser devuelto bajo responsabilidad<sup>104</sup>.

#### **1.3.4 *Apropiación de los viáticos como causal de imputación***

Continuando con el desarrollo de nuestra investigación, consideramos como ya lo hemos mencionado que los viáticos son caudales públicos puesto que su transferencia tiene un propósito fundamental, que es ejercer función pública en un lugar distinto, egresando del tesoro público para optimizar las condiciones de trabajo del empleado estatal elegido para desarrollar una comisión. Es decir, los viáticos constituyen en sentido técnico - penal, caudal<sup>105</sup> y que su entrega responde a fines instrumentales, pues su finalidad específica se encuentra asociada al ejercicio regular de la función pública<sup>106</sup>.

No ha sido sencillo, para la doctrina y jurisprudencia arribar a acuerdos acerca del concepto y naturaleza jurídica de los viáticos, sin embargo, en el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 se realizó, y señaló que pese a que se trata de dinero público, el viático es entregado a título de transferencia en disposición y no en calidad de posesión o administración por lo que su no rendición no es pasible de imputación penal por delito de peculado, en tanto se entrega para la subsistencia y bienestar del comisionado conforme a la normativa respectiva, y se encuentra presupuestado, aduciendo que si está prevista implica que el órgano estatal espera que razonablemente sea consumida en toda su dimensión durante el tiempo de la comisión, por lo que la omisión de rendir cuentas sea total o parcial sólo acarrearía una consecuencia administrativa, sin embargo, señala también que antes de imputar la comisión del delito de peculado será necesario identificar si el funcionario cumplió o no con la comisión, siendo que si la cumplió la no rendición deberá quedar dentro del ámbito de control y sanción de orden administrativa.

---

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) por viáticos al día.

<sup>104</sup> LINARES REBAZA, Dyran Jorge. *La apropiación de viáticos como delito de peculado*. Lima: Gaceta Penal Editorial Gaceta Jurídica, 2014, p. 184.

<sup>105</sup> REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Parte Especial. Delitos Económicos y contra la Administración Pública. Los Viáticos como objeto material del delito de Peculado*. Gaceta Jurídica S.A, 2011, p. 120.

<sup>106</sup> Idem.

De lo mencionado, *contrario sensu*, podemos señalar que, si el comisionado no cumplió la comisión de servicios, y no rindió los viáticos recibidos si es posible de que se le impute y condene por el delito de peculado por apropiación, como lo que sucede en el caso específico materia de investigación de nuestra tesis, la Casación N° 952-2019/Moquegua donde podemos advertir que se confirmó la sentencia en la cual se condena al Sub Gerente de Administración de la Municipalidad Distrital de Ubinas, Henry Sardón Valdivia como autor del delito de peculado doloso por apropiación al haber recibido la suma de mil setecientos soles por concepto de viáticos.

Lo esbozado dejaría ver, que existe aparentemente una colisión entre lo señalado por la doctrina jurisprudencial vinculante y la sentencia materia de estudio, por lo que el recurrente decide casar la sentencia de segunda instancia y recurrir a la Corte Suprema para que defina su situación jurídica, observando que se le condena por no haber cumplido la comisión de servicios, una ventana que dejó abierta el Acuerdo Plenario, que no desarrolló y terminó desbordándolo, por lo que a nuestro entender se condiciona la imputación de peculado por apropiación de viáticos, a que el agente público realice o no la comisión de servicios encomendada y no a la propia naturaleza de los viáticos, que terminan siendo infravalorados puesto que no serán determinantes para atribuir responsabilidad penal al sujeto activo, sino que se le atribuye responsabilidad penal por haber obtenido fondos públicos (viáticos) para actividades privadas bajo el engaño de una comisión oficial de servicios<sup>107</sup>, lo que se analizará con mayor detalle en el siguiente capítulo.

---

<sup>107</sup> Recurso de Casación N° 952-2019/Moquegua, Fundamento de Derecho Cuarto, p. 6.

## Capítulo 2

### Análisis de la casación N° 952-2019/Moquegua

#### 2.1. Justificación

Retomando lo dicho al cierre del capítulo anterior, por cuanto al revisar la jurisprudencia nacional se tienen una serie de pronunciamientos contradictorios, que señalan por un lado, (i) que los viáticos recibidos por el servidor o funcionario público para realizar la comisión encomendada, tienen naturaleza 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<sup>108</sup>, puesto que para la materialización del delito de peculado, el funcionarios debe tener competencia funcional específica sobre los bienes que administra, así como la posibilidad de libre disposición, que le permita apropiarse para sí o para terceros de los caudales o efectos de la administración, entendiéndose por apropiación al apartamiento de dichos bienes de la esfera de la función<sup>109</sup>(...)”.

Por otro lado, otros pronunciamientos de la Corte Suprema consideraban que no, que se trata de infracciones administrativas que debían ventilarse en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, las cuales señalaban que

(ii) Se considera a los viáticos como efectos susceptibles de ser objeto del delito de peculado, es decir, se confirmaron condenas por este ilícito penal a quienes no rindieron cuentas, lo hicieron tardíamente o lo hicieron deficientemente de los viáticos que recibieron para realizar una comisión de servicios<sup>110</sup>; así también, se condenó al sujeto activo que, aunque devolvió el dinero indebidamente apropiado, no justificó haber efectuado la comisión<sup>111</sup>.

Teniendo en cuenta, la existencia de estas posiciones contrapuestas se emite el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 de fecha 06 de noviembre de 2019, mediante el cual se estableció lo siguiente:

---

<sup>108</sup> Argumento sostenido en los pronunciamientos de los siguientes: RECURSO DE NULIDAD N° 260-2009-LORETO del 03 de marzo de 2010, RECURSO DE NULIDAD N° 1886-2009-LIMA del 15 de septiembre de 2010, RECURSO DE NULIDAD N° 4481-2008-JUNÍN del 11 de marzo de 2010 y RECURSO DE NULIDAD N° 907-2014-TACNA del 26 de marzo de 2015. Contenido en el numeral 32° del Fundamento Jurídico 6 del Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.

<sup>109</sup> RECURSO DE NULIDAD N° 4212-2009-AMAZONAS del 09 de febrero de 2011.

<sup>110</sup> Posición sostenida en el RECURSO DE NULIDAD N° 889-2007-LIMA del 23 de septiembre de 2008, RECURSO DE NULIDAD N° 2665-2008-PIURA del 21 de enero de 2010, RECURSO DE NULIDAD N° 2938-2013-LIMA del 28 de abril de 2015.

<sup>111</sup> RECURSO DE NULIDAD N° 3186-2014-CUSCO del 13 de julio de 2015.

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 lícitamente 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<sup>112</sup>.

Sin embargo, atendiendo a que no existen argumentos suficientes que engloben un solo criterio de interpretación antes las distintas situaciones que desencadena la entrega de viáticos, en razón de la conducta que despliega el sujeto activo al apropiarse de forma desleal de los recursos públicos que le fueron otorgados en confianza para que realice una comisión de servicio, nuestra atención en este capítulo se concentrará en el examen de la Casación N° 952-2019/Moquegua, señalando los hechos que la motivaron, así como los argumentos jurídicos que utilizó la Corte Suprema para desestimar los alegatos vertidos por el recurrente, esto nos ayudara a poder entender mejor los motivos por los cuales los hechos vertidos en dicha Casación no se encuadran en las excepciones establecidas en el Acuerdo Plenario 07-2019/CIJ-116, así como también poder identificar cuáles son los problemas y limitaciones que encontramos en dicha doctrina jurisprudencial vinculante.

## **2.2. Cuestiones fácticas**

Es importante tener claros los hechos que motivaron la emisión del pronunciamiento bajo análisis, su orden cronológico, las instancias en las que fue recurrida y ventilada, con la finalidad de poder entender la importancia de la confirmación de la condena al funcionario que se apropió de los recursos otorgados como viáticos para la realización de una comisión de servicios por peculado por apropiación, siendo los que describimos a continuación:

- Con fecha 18 de abril del 2013, el encausado Henry Sardón Valdivia en su calidad de Sub Gerente de Administración de la Municipalidad Distrital de Ubinas, solicita mediante Memorando N° 017-2013/MDU-GM a la Sub Gerencia de Planeamiento y Presupuesto la asignación de viáticos por el monto de S/. 1,732.00 (Mil setecientos treinta y dos y 00/100 soles) para una comisión de servicios ante el Ministerio de Agricultura en la ciudad de Lima durante los días 19 y 20 de abril de 2013.
- Se desprende de los Oficios N° 500-2017-MINAGRI-SG/OACID y N° 154-2018-MINAGRI-SG/OGA, emitidos por distintas áreas del Ministerio de Agricultura, que no se

---

<sup>112</sup> Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116. Fundamento 43, p. 19

registró visita alguna en los días contemplados para la realización del servicio, siendo preciso agregar como hecho notorio que de acuerdo al calendario del año dos mil trece, el 20 de abril fue sábado, día en que las entidades estatales no laboran.

- Asimismo, mediante el Informe N° 310-2017-NRC/GA/MDU, se reveló que el alcalde como titular del pliego desconocía las gestiones que el encausado Sardón Valdivia realizó en el Ministerio de Agricultura, siendo que no consta en la Municipalidad Distrital de Ubinas algún informe sobre el resultado de las gestiones que habría realizado en su viaje en comisión de servicios a la ciudad de Lima.
- Con fecha 23 de abril de 2013, el encausado presentó la rendición de cuentas N° 01-SGA/MDU, en la cual sustentó gastos de consumo, hospedaje y movilidad con documentos de fecha 21 de abril de 2013, siendo una fecha distinta a la solicitud primigenia de asignación de viáticos y no laborable, puesto que era un día domingo en el que no podría haber realizado actos de representación, coordinaciones o reuniones antes entidades estatales. Así también, dicha rendición de cuentas no tenía el sello de recepción de ninguna dependencia de la entidad municipal y mucho menos contiene las formalidades que señala la Directiva de comisión de servicios dentro del territorio nacional de la mencionada Municipalidad.
- Con fecha 12 de septiembre de 2014, el encausado Sardón Valdivia presentó una copia certificada por notario del comprobante de devolución alcanzado a señor Julio Cesar Paredes Juárez por concepto de viáticos, como restitución ante la negativa del área de Tesorería. No se rindió gasto alguno en relación al día 20 de abril de 2013.

**a) Primera instancia**

- Con fecha 06 de junio de 2018, el Ministerio Públicos, acusó a Henry Sardón Valdivia, en su condición de Sub Gerente de Administración de la Municipalidad Distrital de Ubinas, como autor material del delito de peculado doloso, solicitando cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad efectiva e inhabilitación por el mismo tiempo.
- El Juez de Investigación Preparatoria con fecha 02 de agosto de 2018 dictó auto de enjuiciamiento contra el encausado y añadió la pretensión resarcitoria presentada por la Procuraduría Pública del Estado por la suma de S/. 3,958.22 (Tres mil novecientos cincuenta y ocho con 22/100 soles).
- Mediante sentencia del 15 de noviembre de 2018, se condenó a Henry Sardón Valdivia, de acuerdo a las siguientes consideraciones: (i) no realizó la comisión de servicios los días diecinueve y veinte de abril de dos mil trece ante el Ministerio de Agricultura, apropiándose de S/. 1,730.00 soles, dinero entregado por la Municipalidad agraviada por

concepto de viáticos. ii) todo quedó acreditado con los documentales ofrecidos en juicio. iii) se consideró que los documentos presentados por la defensa del sentenciado no corresponden a las fechas de la comisión de servicios, y la devolución del dinero tampoco lo exoneraría de responsabilidad penal, tomándose en cuenta que el delito se habría consumado con la entrega del dinero.<sup>113</sup>

#### **b) Segunda instancia**

- Con fecha 04 de diciembre de 2018, el imputado interpuso recurso de apelación, alegando principalmente la errónea interpretación de la relación funcional como elemento del tipo penal del delito de peculado, en tanto, el monto por viáticos le fue asignado el veinticuatro de abril de dos mil trece, mediante comprobante de pago N° 438, es decir, después del viaje a Lima, por lo que no existiría relación funcional con los viáticos asignados, pues el viaje lo habría realizado con dinero propio.<sup>114</sup>
- El Tribunal Superior, con fecha 16 de abril de 2019 emite la sentencia de vista, bajo los siguientes argumentos: i) Incumplimiento de la Directiva de comisión de servicios dentro del territorio nacional vigente en la entidad municipal, puesto que, en lo concerniente a la autorización de las comisiones de servicios, señala que se canalizará por el jefe inmediato con el visto bueno del jefe inmediato superior, sin embargo no se hizo de esa manera, además de que no existía autorización previa que justifique el viaje ni una invitación por parte del Ministerio de Agricultura que lo sustente. ii) Si bien ha indicado el encausado que realizó el viaje con su dinero, al retornar realizó la rendición de gastos presentando los comprobantes respectivos para luego recibir el reembolso mediante el comprobante de pago N° 000438. iii) Se demostró que el funcionario recibió el viático y que los gastos realizados deben ser justificados. iv) Quedó probado que el imputado viajó a la ciudad de Lima y que no hizo ninguna gestión a favor de la Municipalidad Distrital de Ubinas; no existe ninguna constancia que se reunió con funcionarios del Ministerio de Agricultura, y tampoco existe atención oficial los sábados. v) La devolución posterior de lo apropiado no lo libera de responsabilidad penal porque el delito ya se consumó con la disposición patrimonial a favor del agente oficial.<sup>115</sup>

#### **c) Recurso de casación**

- Con fecha 06 de mayo de 2019, el encausado interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista, invocando como fundamentos el quebrantamiento del precepto procesal

---

<sup>113</sup> Recurso de Casación N° 952-2019 Moquegua de fecha 11 de abril de 2022, fundamento segundo. Sala Penal Permanente Lima.

<sup>114</sup> Idem.

<sup>115</sup> Idem.

e infracción de precepto material, señalando que se le condenó vulnerando el inciso 1 del artículo 397<sup>116</sup> del CPP puesto que se habría hecho mención de circunstancias que no fluyen de los hechos, asimismo no se configura el delito de peculado por apropiación porque realizó el “reembolso”, y por último, que se incurrió en errónea interpretación del artículo 387 del Código Penal, pues no se entendió correctamente la disponibilidad jurídica a efecto de establecer la relación funcional “por razón de su cargo”, desde que no tuvo relación funcional con el dinero al momento de viajar, y posteriormente, se le hizo el reembolso, lo que no es punible penalmente.<sup>117</sup>

- El Tribunal de Casación por Ejecutoria declaró bien concedido el recurso de casación por la causal de apartamiento de doctrina jurisprudencial (Acuerdo Plenario 07- 2019/CIJ-116), en vía de reconducción de las causales propuestas<sup>118</sup>.

### 2.3. Cuestiones jurídicas

La Corte Suprema de Justicia expresa los siguientes argumentos de derecho en el pronunciamiento contenido en la casación bajo análisis:

En primer lugar, señala que a lo largo del proceso que se ha seguido y de las distintas instancias en las que se ha ventilado, los hechos han sido probados y están fuera de la discusión planteada por el recurrente, quien invoca causal de apartamiento de la doctrina jurisprudencial, cuya finalidad primordial o básica en un Estado de Derecho consiste en fijar y unificar la interpretación jurisprudencial de las leyes y a la vez, asegurar el sometimiento del Juez a la Ley como garantía de su independencia<sup>119</sup>, sin embargo, refiere el Tribunal Supremo, que los hechos no configuran un simple injusto administrativo que se haya derivado de la vulneración de las directivas y regulaciones sobre viáticos.

Por lo que no se estructura la excepción prevista en el párrafo cuadragésimo segundo del Acuerdo Plenario 07-2019/CIJ-116, que establece: “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

<sup>116</sup> Código Procesal Penal

ARTÍCULO 397°. – Correlación entre Acusación y Sentencia

1. La sentencia no podrá tener por acreditados los hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en la acusación ampliatoria, salvo cuando favorezcan al imputado. (...)

<sup>117</sup> Recurso de Casación N° 952-2019 Moquegua de fecha 11 de abril de 2022. Fundamento tercero.

<sup>118</sup> Ibidem.

<sup>119</sup> En la doctrina nacional, se ha señalado que: “La finalidad primordial de la Casación penal, es unificar la aplicación de la Ley. Para hacer efectiva la igualdad de todos los ciudadanos, lo que se pretende conseguir precisamente mediante el control de la aplicación del Derecho hecha por los tribunales de apelación, y a todo ello sin perjuicio del *ius litigatoris*. La casación penal tiende a asegurar una decisión igual para casos iguales a partir de lo cual fija y unifica la jurisprudencia”. SAN MARTÍN CASTRO, César. “Recursos de apelación y de casación penal. Derecho Penal Peruano. Estudios, Gaceta Jurídica, Lima, 2017, p. 454.

de falsedad”. Dado que, en el presente caso el dinero fue utilizado por el imputado SARDÓN VALDIVIA quién se trasladó y estuvo varios días en la ciudad de Lima, pero no realizó gestión oficial alguna; posteriormente bajo la excusa de una comisión de servicios simulada, porque no fue realizada y tampoco tenía intención de realizar, se apropió de un caudal público, evidenciándose la lógica fraudulenta de la conducta anti normativa del imputado<sup>120</sup> (fundamento tercero, tercer párrafo). En ese sentido, no nos encontraríamos ante un asunto de falta de rendición de cuentas ni de ausencia de autorización del superior jerárquico para realizar el servicio oficial encomendado, sino ante una modalidad de apropiación de caudales públicos mediante el engaño y la simulación. Con esta alegación, desestima lo expresado por el recurrente, para quien existe un apartamiento de la doctrina jurisprudencial, esto es, del Acuerdo Plenario 07-2019/CIJ-116.

En segundo lugar, la Corte expresa que al ser el delito de peculado uno de carácter patrimonial que vulnera o lesiona la actividad de la Administración Pública en cuanto al correcto funcionamiento y manejo de los recursos públicos, al realizar la apropiación mediante falsedad documental no puede desconocerse el ataque al bien jurídico tutelado por el delito de peculado, debido a que los actos de administración ilícita dispuestos por el imputado recaen sobre caudales o efectos públicos que le fueron encomendados para atender a necesidades del bien común. La Corte señala que en el caso concreto hubo

(i) una apropiación para sí de patrimonio público –el agente oficial tiene un manejo del caudal entregado para cumplir los fines respectivos: cubrir los gastos que demanda la gestión encomendada–; (ii) dinero que se recibió para ser destinado a una finalidad oficial y administrarlo en esa dirección –el agente oficial tiene una disponibilidad o relación de dependencia con el caudal público, él es específicamente competente para el manejo de los caudales entregados, quien los aparte de su función–; y, (iii) que su conducta supuso un perjuicio para la Administración pública –se sacó los caudales fuera del ámbito de custodia de la Administración, se los extrajo del ámbito público en que se hallaban situados, para colocarlos bajo el dominio privado del agente<sup>121</sup> (fundamento cuarto, segundo párrafo).

Con este fundamento, la Corte desestima lo expresado por el recurrente respecto a la errónea interpretación del artículo 387 del Código Penal, en lo que respecta a la relación funcional.

---

<sup>120</sup> Recurso de Casación N° 952-2019 Moquegua de fecha 11 de abril de 2022. Fundamento tercero.

<sup>121</sup> Ibidem. Fundamento Cuarto.

En tercer lugar, con relación a la devolución del dinero que realizó con posterioridad el imputado, la Corte indica que: “no es relevante que, luego de recibir el dinero producto de la gestión que se dijo se realizaría y no realizó, procuró devolver el dinero meses después. La conducta delictiva ya se había consumado, pues el dinero fue extraído del ámbito público”<sup>122</sup>. (fundamento cuarto, tercer párrafo).

Por los fundamentos jurídicos expuestos la Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación interpuesto por el encausado.

## **2.4. Análisis del Acuerdo Plenario**

### **2.4.1 Aspectos problemáticos**

Tal como lo da a conocer el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 (en adelante AP) antes de la emisión de este pronunciamiento por parte de la Corte Suprema, existían posturas distintas y poco uniformes respecto a “los viáticos y el delito de peculado”. En consecuencia, se observaba la emisión de fallos contradictorios a nivel nacional, lo que generaba que por hechos de la misma naturaleza algunos funcionarios o servidores públicos fueran sancionados en diferentes vías, algunos administrativamente y otros penalmente, generando inseguridad jurídica. Siendo necesario señalar, que hasta ese momento el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 del 30 de septiembre de 2005, había establecido los elementos materiales del delito de peculado, siendo uno de ellos la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos, definiendo la relación funcional como el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder vigilar y cuidar los caudales o efectos.

En ese panorama, surge el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116, a fin de establecer doctrina y fundamentos jurídicos, que permitan determinar si ciertos comportamientos deberían tener trascendencia penal en cuanto 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 devendría en la comisión del ilícito de peculado doloso o de otro hecho delictivo.

Sin embargo, estas valoraciones plasmadas en el AP, a nuestro parecer se encuentran revestidas de problemas, motivo por el cual llevaremos a cabo un análisis crítico de los fundamentos vertidos en este Acuerdo Plenario y que consideramos equívocos.

El AP refiere inicialmente que el poder punitivo del Estado debe estar regido por el principio de mínima intervención, es decir, que para proteger sus intereses el Estado debe

---

<sup>122</sup> Idem

acudir a medios menos lesivos que el Derecho Penal, el cual solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes y cuando hallan fallado todos los demás controles sociales<sup>123</sup>.

Luego hace un desarrollo acerca de la naturaleza jurídica del delito de peculado por apropiación, así como del bien jurídico protegido, lo cual hemos desarrollado ampliamente en el capítulo anterior. Asimismo, desglosa el concepto y naturaleza jurídica de los viáticos, por lo que consideramos como uno de los principales problemas del AP N° 07-2019/CIJ-116 el establecer 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, por lo que a decir del AP, no sería correcto afirmar que aquel específico monto mantiene la condición de caudal público entregado bajo administración. Asimismo, refiere que el dinero entregado a quien se desplazará para atender sus necesidades personalísimas (hospedajes, traslado y alimentación) en el lugar al que se desplazará, es diferente al dinero público entregado propiamente para efectuar el encargo (para pagar el valor de los bienes y/o servicios que son el objeto de la comisión como los costos, tasas, derechos de trámite, etc.) aclarando que aunque en la práctica, ambos montos se entreguen de manera simultánea o paralela, pertenecen a rubros presupuestales distintos y su naturaleza y objeto concreto también son diferentes.

Lo cual lo expone en el fundamento 38 “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”<sup>124</sup> y fundamento 45 “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”<sup>125</sup>.

Señalando también, que es deber el 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, todo ello en el marco de la comisión, debiendo tener en cuenta el artículo 23° de la Constitución Política del Perú que establece que “ninguna relación laboral puede (...) desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”<sup>126</sup>. En ese sentido, el AP al exponer dicha posición, cierra las puertas totalmente al

---

<sup>123</sup> Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116, Fundamento jurídico 4°, p. 3.

<sup>124</sup> Ibidem. Fundamento jurídico 38°, p. 18.

<sup>125</sup> Ibidem. Fundamento 45.

<sup>126</sup> Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116, Fundamento jurídico 39°, p. 18.

delito de Peculado, en tanto, este tipo penal tiene como verbo rector la administración, percepción y custodia; y sin estos no se podría configurar.

Continuando en la misma línea del AP, otro de los aspectos problemáticos que logramos advertir es que, para este AP la falta de justificación o la inexistente rendición de cuenta de la asignación de viático da lugar a una responsabilidad administrativa, al señalar que en cuanto a la rendición de cuentas se requiere una indagación eficaz y previa en sede administrativa para determinar cuánto gastó y como lo hizo, así también cuanto debe devolver y luego, requerir de maneta formal el reembolso de lo sobrante o disponer el descuentos del monto cierto de los haberes del comisionado.

Llevando los fundamentos del pronunciamiento contenido en el AP al caso concreto que motiva el presente trabajo, esto es la Casación N° 952-2019/MOQUEGUA, surge la pregunta ¿es suficiente el acto realizado por el sentenciado para solo ser afectado por una sanción administrativa? En cuanto a este punto, el jurista Muñoz Conde señala; el poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto queremos decir que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes, las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho<sup>127</sup>. En ese sentido y en virtud de los hechos analizados del caso concreto, cabría preguntarnos si los mismos revisten la gravedad suficiente como para que el derecho penal intervenga y sancione, o simplemente basta con la intervención de la Administración Pública y su potestad sancionadora, la discrepancia es clara, pero el análisis debe ser preciso para que no queden dudas al respecto.

No obstante, el AP establece supuestos de excepción, tales como: a) ¿Qué pasa 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? – Respondiendo: Probablemente constituye un delito de falsedad; y también b) ¿Qué pasa 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? – Respondiendo: Estaríamos ante los delitos de falsificación de documentos, uso de documentos falsos o falsedad genérica según corresponda; sin embargo, deja abierta la duda para supuestos más complejos, como el presentado en la Casación N° 952-2019/Moquegua.

<sup>127</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte general. Tirant lo blanch. Valencia 8ª edición, 2010. [https://www.derechopenalened.com/libros/Derecho\\_Penal\\_Parte\\_General\\_Munoz\\_Conde\\_Mercedes\\_Aran.pdf](https://www.derechopenalened.com/libros/Derecho_Penal_Parte_General_Munoz_Conde_Mercedes_Aran.pdf)

### 2.4.2 *Posiciones a favor y en contra*

Tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia encontramos posiciones a favor y en contra, empezaremos por aquellas posturas que fundamentan la aplicación de la potestad sancionadora de la Administración Pública basándose en la naturaleza de los viáticos, para posteriormente, continuar con las que se encuentran a favor de una condena penal.

Rojas Vargas, prestigioso jurista en nuestro ordenamiento jurídico, señala primero, que quien recibe viáticos, esto es, dinero para facilitar el cumplimiento de alguna función o servicio, no lo hace para ejercer propiamente la función o servicio. El viatico, si bien tiene un origen público, pues sale del patrimonio de la entidad pública; sin embargo, su fin no está destinado al ejercicio de la función o actividad de servicio, si no a cometidos más específicos y diferentes a los del ejercicio funcional, tales como gastos de movilidad, alimentación, hotel y traslados internos.<sup>128</sup>

Esta postura que sigue Rojas Vargas se limita a ver la utilización de viáticos como gastos personalísimos totalmente ajenos a la esfera pública, es decir, gastos que se vuelven de la esfera personal del funcionario, si bien es verdad que el dinero entregado reviste una connotación personal al momento de ser utilizados, cabría la posibilidad de entender que estos tienen un fin específico.

Para este jurista cuando los viáticos ingresan al dominio del beneficiario, pierden su calidad de patrimonio público, porque su uso y disposición personal no es propiamente para fines públicos, por lo que el funcionario o servidor público que este en la obligación de rendir cuenta y devolver lo no gastado, de no hacerlo o en la cantidad y modo debido no justifica la concreción del delito de peculado, si en cambio la presencia de un ilícito disciplinario administrativo o laboral<sup>129</sup>.

Siguiendo esa misma línea, la jurista Barrios Alvarado Elvia, señala que “ la naturaleza jurídica de las asignaciones entregadas a los funcionarios o servidores públicos como viáticos, constituyen entregas de dinero al trabajador como parte de sus condiciones de trabajo, por ser necesarias para la prestación de servicio excepcionales que realizan fuera de su lugar de trabajo, lo que significa que el dinero entregado por dicho concepto se traslada del ámbito de la administración pública al de su competencia personal a efectos de usarlos para los fines asignados”<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración pública*. 3° Edición, Lima: Grijley, 2002, p. 709.

<sup>129</sup> Ibidem. pp. 709 - 710.

<sup>130</sup> BARRIOS ALVARADO, Elvia. *El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público*, Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal, tomo 15, septiembre, 2010, <https://img.lpderecho.pe/wp->

En ese sentido va quedando clara la postura de la doctrina en nuestro país acerca de los viáticos y su errónea percepción como fundamento para perseguir penalmente su mala disposición en el ámbito personal de los funcionarios públicos, es decir, se entiende que el uso de los viáticos tiene una connotación personal ya que se usa para actos netamente personales como alimentación, hospedaje, etc.

Aunado a ello, el Recurso de Nulidad 260-2009 Loreto – Sala Penal Transitoria, expreso que “ los "viáticos" tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario o 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 "viático" que se le asignó, 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 dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgó dicho concepto; aún más, de persistir las deficiencias u omisiones, debe agotarse la exigencia directa antes de recurrir a las acciones legales, obviamente de carácter administrativo y extrapenal”<sup>131</sup>, argumento jurisprudencial que avala la postura que mantienen algunos juristas respecto a lo ya señalado líneas anteriores.

Por otra parte, encontramos en la doctrina y jurisprudencia juristas y sentencias que adoptan postura contraria a las antes mencionadas.

Con criterio opuesto encontramos lo señalado por Linares Rebaza quien refiere “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”<sup>132</sup>.

Otra postura a favor de que la disposición de viáticos para actos ajenos a sus fines sean causal de imputación de delito de peculado, es la de Reyna Alfaro, quien llega a la siguiente conclusión: “ Es necesario advertir que no postulamos que la responsabilidad penal por delito de peculado sobre viáticos radique en la mera omisión de la obligación administrativa de

---

content/uploads/2017/12/R.N.-2938-2013-Lima-Si-el-encausado-no-rinde-cuentas-de-los-vi%C3%A1ticos-se-reputa-que-dispuso-de-ellos-como-si-fuera-parte-de-su-patrimonio.pdf

<sup>131</sup> Recurso de Nulidad N° 260-2009-Loreto, Sala Penal Transitoria.

<sup>132</sup> LINARES REBAZA, Dyran Jorge. *La apropiación de viáticos como delito de peculado*. Lima: Gaceta penal Editorial Gaceta Jurídica, 2014, p. 186.

rendición de cuentas por parte del funcionario o servidor público, pues es en la apropiación en la que reside el desvalor de la conducta propia del delito de peculado. Aunque el incumplimiento administrativo de la rendición o justificación de los viáticos constituya un indicio de la apropiación del caudal, sin la acreditación probatoria más allá de toda duda razonable de la realización del acto de apropiación de patrimonio estatal no será posible la imposición de una pena por el del delito bajo examen”<sup>133</sup>.

De la misma forma y con un análisis más detallado, la Sala Penal Transitoria señala que, “los viáticos constituyen fondos públicos que son otorgados a un funcionario o servidor público para el cumplimiento de una determinada comisión de servicios, por lo que le son entregados para su correcta administración; esto es, el funcionario, servidor público, recibe un monto a efectos de disponer de él y aplicarlo a la finalidad correspondiente. Por tanto, en caso de que dicho sujeto activo use tales viáticos para fines privados y no para cumplir con los fines propios de la comisión de servicios, se apropiara indebidamente de los caudales públicos, y pondrá en peligro los intereses patrimoniales del Estado”<sup>134</sup>.

Además, de esta sentencia existen otras que desarrollan la misma idea acerca de imputar peculado por el uso indebido de los viáticos, pero sobre todo marcando puntos clave, como es el correcto desarrollo de la función por parte del funcionario al solicitar el dinero ya que lo sustenta bajo el concepto de realizar una comisión pertinente acorde a su cargo, lo que implicaría el uso del dinero para dicho acto, si bien se usara para gastos personales en cuanto alimentos y demás, estos guardan relación con el acto principal que es cumplir cabalmente la función que el estado les otorga.

Después de haber expuesto las dos posturas, creemos conveniente mencionar que para nosotros los viáticos si son susceptibles de ser objeto del delito de peculado, en tanto, dicho caudal público es entregado al funcionario o servidor público, no para que lo haga suyo, sino para que este lo destine a una finalidad oficial, esto es, la comisión de servicios, el cual debe ser administrado en dicha dirección.

De esta postura se desarrolla el punto acerca del acto de apoderarse del dinero público, y esto en relación con la conducta del sentenciado, podría calzar sin ninguna duda, ya que, de los hechos probados por la fiscalía, se puede dilucidar la conducta dolosa por parte del funcionario público al solicitar dinero para realizar comisiones acorde a sus funciones, empero sabiendo que su fin no sería ese, sino por el contrario disponer de dinero del Estado

---

<sup>133</sup> REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Los viáticos como objeto material del delito de peculado*. Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal, 2011, p. 7.

<sup>134</sup> Recurso de Nulidad N° 3186-2014-Cusco, p. 9.

para realizar un viaje personal, si a ellos se le añade la actitud de haber dispuesto en primer plano de su dinero y posterior a ello recibir el dinero del estado como aparente devolución ya que realizó las diligencias señaladas, siendo la realidad que no realizó diligencia alguna, se probaría verídicamente una actitud desleal contra la Administración Pública y por ende calzando de esa forma con todos los supuestos que el delito de peculado necesita para poder sancionar lo que en dicho tipo penal se pretende proteger, que es el correcto desempeño del funcionario público haciendo uso adecuado de los bienes del estado (dinero).

Por otro lado, es necesario mencionar que el acuerdo plenario N° 07-2019CIJ-116, en su fundamento cuarenta y nueve, señala un punto sobre las situaciones que motiva el presente trabajo, y es:

Por tanto, antes de imputar la comisión del delito de peculado será necesario identificar si el funcionario cumplió o no 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. Ir más allá constituiría un supuesto de criminalización extensiva de una materia que tiene eficaz tratamiento extra penal<sup>135</sup>,

De lo señalado por el acuerdo plenario en su último fundamento, se puede observar que no se condice con lo actuado por el sentenciado, indicando brevemente en este capítulo que su conducta fue por el contrario una actitud engañosa, tomando en cuenta que no realizó la comisión indicada y sobre todo sustentó mediante documentos poco pertinentes actos que pretendían sustentar gastos que no fueron para realizar la comisión que indico en un inicio.

---

<sup>135</sup> Acuerdo Plenario N°07-2019/CIJ-116, Fundamento 49. XI Pleno Supremo Penal -

## Capítulo 3

### La apropiación del erario público como causal de imputación del delito de peculado

#### 3.1 La devolución del dinero, no exonera de responsabilidad

Es oportuno precisar que, como parte de la defensa del sentenciado, recurrió al argumento de haber devuelto el dinero como concepto de viáticos, argumento que según su interpretación es la liberación de cualquier imputación penal, lo cual desde nuestro punto de vista y en concordancia con lo regulado en el código penal, específicamente artículo 387, que establece la apropiación y/o utilización de caudales que se le confíe en razón de su cargo, como acto imputable, cuya sanción estaría fundamentada en el equívoco manejo de los recursos del estado. En virtud a lo señalado en las líneas anteriores, es conveniente, sustentar nuestra postura con lo que establece la jurisprudencia y la doctrina en su mayoría, y sobre todo dar una interpretación lógica y coherente que no vulnere el derecho y el correcto uso de los caudales del estado.

Siguiendo la línea establecida en el primer párrafo de este capítulo, creemos conveniente analizar la Casación N° 982-2020 Lambayeque, la cual desarrolla el delito de peculado como; poseedor de un bien jurídico que es pluriofensivo es decir “y no solo se reprime el apoderamiento del dinero del Estado, sino el deber de la correcta gestión funcional”<sup>136</sup>. Ahora bien, se incluye este nuevo termino para calificar el bien jurídico que protege el delito de peculado, entonces, si se va a tener en cuenta solo en la toma del dinero sería coherente y proporcional argumentar que la imputación de peculado sería desproporcional en caso devuelva dicho dinero, y aun así la mera devolución no implica que el acto quede impune. Empero, si se toma en cuenta el carácter pluriofensivo que reviste dicho bien jurídico protegido por el delito de peculado, entonces no solo se buscaría sancionar el acto de gastar dinero del Estado en situaciones ajenas a la función para la que es destinado el dinero, sino también la vulneración a la lealtad y propiedad que revisten dicha función del servidor público.

Continuando con el análisis del carácter pluriofensivo del bien jurídico del peculado, se deberá tomar en cuenta lo afirmado en el Acuerdo Plenario 4-2005 el cual señala lo siguiente: “el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídica - 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 haya facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y

---

<sup>136</sup> Recurso de Casación N° 982-2020 Lambayeque de fecha 13 de abril de 2022, Fundamento 10, punto 7. Sala Penal Permanente Lima.

probidad”<sup>137</sup>. Respecto al punto a), la interpretación es clara, la no vulneración del patrimonio público por parte del funcionario del estado, la investigación y elementos de convicción recabados por fiscalía en el caso que analizamos en el presente trabajo, es concreta, el funcionario si bien utiliza el dinero del estado bajo el concepto de viáticos, y posteriormente lo devuelve como queda acreditado durante la investigación, esto último no sería suficiente para que se le exonere de imputación penal, desde nuestro punto de vista la doctrina y jurisprudencia peruana, señalan el tipo penal de peculado como pluriofensivo, precisando un punto b) en este punto se puede marcar un argumento solido respecto a la imputación respecto a los actos cometidos en el caso de Henry Sardón en agravio de la Municipalidad de Ubinas, el punto b) es claro al advertir que se busca proteger el debido comportamiento del funcionario público en cuanto a su deber de lealtad con la entidad que representa, y el deber de probidad con su desempeño y manejo de los bienes del estado, sobre todo si le son encomendados para desempeñar un acto de representación, como es el caso del otorgamiento de viáticos. De acuerdo a nuestra interpretación, no basta con devolver los viáticos, para alegar desproporcionalidad y/o ser exonerados de una imputación por peculado, sobre todo porque queda clara la intención de proteger no solo el dinero del Estado, sino la correcta actuación de los funcionarios públicos, esto tomando en cuenta que el delito de peculado es un delito de corrupción.

Por ello que Rafael Chanjan y otros, señalan en el libro, claves para reconocer los principales delitos de corrupción, lo siguiente: “Los objetos sobre los que recaen las conductas sancionadas en el delito de peculado son los caudales o efectos públicos. Un bien tendrá la naturaleza «pública» siempre que esté destinado a cumplir finalidades públicas”<sup>138</sup>, llevando este argumento al caso en concreto que motiva el presente trabajo de investigación, es preciso entender que el dinero usado como concepto de viatico para una supuesta comisión en virtud al cargo que desempeña el encausado, se trataría de dinero del estado cuya finalidad única es dotar de comodidades necesarias para el cumplimiento de su función como representante de la institución en la cual desempeña funcionario público. Por otra parte, y siendo el punto más importante en este análisis, es el hecho probado acerca de la devolución que hace el acusado respecto al dinero mal usado, como ya hemos ido analizando, y en cuanto a la consumación de este delito, el peculado se configurara incluso cuando se haya restituido

---

<sup>137</sup> Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116 “Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>138</sup> CHANJAN, Rafael y otros. *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2020, p. 15.

el bien materia de apropiación. Por otro lado, en la modalidad de utilización, la consumación se presentará con el uso privado del caudal o efecto <sup>139</sup>.

Entendemos que el delito de peculado no solo se configuraría por la utilización y/o apropiación de dinero del estado, y la devolución o restitución del bien apropiado no sería argumento para justificar conducta defraudatoria respecto a un bien o función del Estado. Consideramos oportuno precisar que aquí no pretendemos defender la idea de que al acusado se le condene de manera desproporcional, pero la devolución significaría un acto de desesperación por no ser imputado por delito de corrupción, obviamente al verse descubierto, esto podría ser motivo de alguna reducción de la penal si así lo considera oportuno de acuerdo a la discrecionalidad del juez y su buen juicio para evaluar y establecer la pena adecuada; lo que pretendemos dar a entender es la imputabilidad del acto mismo, toda vez que si existe vulneración del bien jurídico protegido por parte del encausado.

En ese sentido la Sala Penal Permanente, expresa lo siguiente en el fundamento 10.8 de la Casación 982-2020/Lambayeque: Es cierto que eventualmente podría determinarse una penalidad benigna, de ser el caso, realizando el respectivo análisis de proporcionalidad, en el marco de la pena conminada, pero no resulta adecuado para sobreseer la causa <sup>140</sup>. Entendemos lo ya desarrollado líneas arriba, la imputación penal por peculado sería válida, la pena a imponer sería otra cuestión a evaluar en el caso concreto y es este último punto el que no corresponde evaluar en esta oportunidad, ya que lo que interesa es desde nuestra perspectiva defender la postura de la sala al condenar a Henry Sardón por los hechos desarrollados en el capítulo dos del presente trabajo.

Por otra parte, siendo no menos importante, consideramos oportuno mencionar lo señalado por el jurista Edhin Campos Barranzuela, quien señala:

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, ir más allá constituiría un supuesto de criminalización extensiva de una materia que tiene eficaz tratamiento extra penal, peor aún sin la indagación previa y debida se pudiera imputar una apropiación total o parcial del monto que recibió el comisionado como viáticos<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>140</sup> Recurso de Casación N° 982-2020 Lambayeque de fecha 13 de abril de 2022, Fundamento 10, punto siete. Sala Penal Permanente Lima.

<sup>141</sup> CAMPOS BARRANZUELA, Edhin. Exoneración penal de los viáticos, por Edhin Campos Barranzuela. Revista Pasión por el derecho. 15 de octubre del 2019. <https://lpderecho.pe/exoneracion-penal-viaticos/>

Tomamos estas líneas, con la finalidad de establecer claridad en lo que pretendemos dar a entender, y esto es argumentar cubriendo la totalidad de parámetros que se puedan suscitar respecto a la mala diligencia por parte de los funcionarios públicos, y es que, si tomamos en cuenta las citadas líneas, se puede entender del caso concreto - Casación N. 952-2019-Moquegua, en la cual si bien se solicitaron viáticos para una comisión específica respecto a un acto de representación como parte de funciones propias de su cargo, queda debidamente probado en dicho proceso, que nunca se realizó dicha comisión, aunado a ello y desde nuestro punto de vista se dieron actos que solo prueban la mala fe por parte del funcionario, no solamente pretendiendo apropiarse de dinero entregado por el Estado, sino que pretendía defraudar al Estado valiéndose de su condición como funcionario público, esta última conducta guarda relación con el carácter pluriofensivo del bien jurídico protegido del delito de peculado y es que dicha conducta queda totalmente probada y ventilada en la Casación N. 952-2019-Moquegua. Por ese motivo consideramos que en el caso mencionado sí sería correcto imputar peculado.

El derecho penal es de última ratio y sanciona conductas graves y en el caso de que el funcionario no rinda cuentas sobre los viáticos, se le debe descontar de la planilla, pues el control social se resuelve con el derecho administrativo, que es una vía extrapenal... Se corre traslado<sup>142</sup>. Este argumento sería válido en caso se den las condiciones que permitan entender que no existe conducta dolosa que pretenda defraudar al Estado, pero en el caso en concreto una vez más podemos dilucidar que la conducta es totalmente dolosa, cuya pretensión solamente era apropiarse de dinero del Estado, argumentando diligencias propias de su función.

### **3.2 Perjuicio patrimonial del estado**

Como hemos mencionado brevemente en el capitulo 1 de la presente investigación, para que se configure el delito de peculado, es necesario, específicamente en el caso que nos atañe, que la conducta de apropiación de los viáticos -caudales públicos- por parte del agente causen un perjuicio al patrimonio del Estado. Dicho elemento objetivo es relevante, debido a que, si no se concluye que la conducta del procesado ocasiono un perjuicio patrimonial, no se consumaría el delito de peculado por ser atípico.

Este elemento objetivo permite que el delito de peculado trascienda del ámbito meramente patrimonial, es decir, que no solo se sanciona el acto de apropiarse y disponer de dinero del Estado, sino también lo coloca dentro de los delitos que buscan sancionar a los que

---

<sup>142</sup> Idem

vulneran los deberes de garantía y confianza específica otorgados al funcionario o servidor público en virtud del cargo que desempeña, en otras palabras, sancionar a los que vulneran la lealtad y probidad que debe observar el funcionario público en la administración de los bienes públicos que administra por su cargo.

En ese sentido, la Casación N° 131-2016-Callao, estableció que para poder determinar si el actuar del acusado investigado por el delito de **peculado por apropiación**, causó un verdadero perjuicio o no en el patrimonio del Estado, es necesario la realización de una pericia, la cual en palabras de Ramiro Salinas Siccha, esta “permite, en primer lugar, determinar la existencia de los bienes públicos; segundo, posibilita apreciar el destino de estos; y tercero, permite establecer la diferencia entre lo que ha ingresado y las salidas del patrimonio estatal”<sup>143</sup>.

Nosotros consideramos que ello sería pertinente si es que no se tienen los suficientes medios probatorios que logren determinar a cuánto asciende la apropiación del caudal público por parte del sujeto activo, dicho de otra manera, no se tiene conocimiento a cuánto asciende el caudal público que ha sido despojado del erario público, sin embargo, existen casos específicos en los cuales de los medios probatorios se lograría acreditar la cuantía del perjuicio patrimonial, lo cual sucedería en el caso concreto del acusado en la Casación N° 952-2019-Moquegua, en el cual, a nuestro criterio es evidente el perjuicio patrimonial al Estado, sin la necesidad de la realización de una pericia, entonces, ¿cómo se podría acreditar dicho elemento objetivo, sin la necesidad de la realización de una pericia contable?

Esta disyuntiva ha sido dilucidada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el Recurso de Nulidad N° 44-2021 LIMA SUR, en el cual en su fundamento decimosexto señala:

Cabe precisar que en el caso concreto no es necesario la emisión de una pericia, debido a que existen medios de prueba que acreditan el monto exacto de la apropiación del dinero, no siendo indispensable la opinión de un experto en la materia. Asimismo, al haberse acreditado la apropiación del dinero, se evidencia que hubo perjuicio patrimonial y por tanto, se generó daño a la Municipalidad agraviada (...)”<sup>144</sup>.

<sup>143</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. “Delito de Peculado, análisis del bien jurídico protegido en este ilícito” 9 abril 2019 chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/048f7300498dfcfe87fce7a6217c40f1/Delito+de+peculado\_Salinas.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=048f7300498dfcfe87fce7a6217c40f1

<sup>144</sup> Recurso de Nulidad N° 44-2021-Lima Sur, considerando decimosexto, p. 11.

Nosotros coincidimos con lo señalado en el recurso de nulidad mencionado, en tanto, en el caso que nos compete, el acusado estaba siendo juzgado por el delito de peculado por apropiación de viáticos, existiendo diversos medios probatorios, tales como el Memorando 017-2013/MDU-GM<sup>145</sup>, a través del cual el acusado solicitó a la Sub-Gerencia de Planeamiento y Presupuesto el monto de mil setecientos treinta y dos soles por concepto de viáticos por la comisión de servicios ante el Ministerio de Agricultura de Lima, así como el comprobante de pago 000438, de fecha veinticuatro de abril de dos mil trece, mediante el cual se le abono al acusado el monto de mil setecientos treinta y dos soles por el concepto de los viáticos y la copia legalizada notarialmente del recibo de devolución enviada por el encausado como restitución del monto que se le otorgo por concepto de viáticos, con los cuales se logra acreditar el monto exacto de la apropiación del dinero por parte del acusado, no siendo necesaria, en este caso específico, la existencia de una pericias contable.

Por otro lado, surge otra interrogante, ¿es relevante la cuantía del perjuicio patrimonial? Para ello nos debemos remitir al artículo 387° del Código Penal, el cual no hace mención alguna a la existencia de alguna cuantía respecto al perjuicio patrimonial del Estado, lo cual, desde nuestro punto de vista, resultaría acertada, en tanto la apropiación de cualquier cuantía, ya sea en pocas o grandes cantidades, igual causa un perjuicio patrimonial en el erario público, despojando al estado de dinero que debió ser utilizado en pro de su correcto funcionamiento.

Bajo dicho planteamiento, dejamos establecido que en la Casación N° 952-2019-Moquegua, si se logra acreditar el elemento objetivo del delito de peculado, esto es, el perjuicio patrimonial del estado, el cual ascendía a la suma de mil setecientos treinta y dos soles.

### **3.3 Configuración del tipo penal de peculado por apropiación**

Como lo ha establecido el legislador en el artículo 387° del Código Penal, el delito de peculado tiene dos modalidades, por apropiación y por utilización, siendo la primera modalidad la que nos atañe. Para ello es preciso recordar la fórmula básica del tipo penal que a la letra señala:

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido (...)"

---

<sup>145</sup> Recurso de Casación N° 952-2019/Moquegua, considerando primero, p. 2.

Así mismo, la acción típica del delito de peculado debe recaer sobre caudales o efectos públicos, siendo que la expresión efectos hace referencia a los objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial del Estado; y caudales identifica todo objeto con valor patrimonial estimable pecuniariamente en forma directa, es decir, dinero, bienes muebles e inmuebles<sup>146</sup>, encontrando dentro de estos últimos a los viáticos, los cuales son desembolsos dinerarios que se entregan a los funcionarios o servidores públicos, con la finalidad de que cumpla la labor que le ha sido encomendada provisionalmente<sup>147</sup>, fuera de la localidad habitual de trabajo, como ya lo hemos venido señalando en el desarrollo de la investigación, si bien muchos juristas afirman q este dinero bajo concepto de viáticos, no puede ser equiparado a dinero público en su esencia ya que se usa para fines personales, entonces que pasa con el fin que persigue cumplir con satisfacer esas necesidades personales, tomando en cuenta que sin ello no se podría cumplir con las comisiones encargadas, ahora bien que pasa si ese dinero no cumple con esas necesidades básicas porque no existió comisión alguna, no solo hay apropiación si no engaño y mala función pública.

En nuestro sistema jurídico la condición para el otorgamiento de los viáticos es que el servidor o funcionario favorecido debe rendir cuentas documentalmente al finalizar el servicio, es decir deberá adjuntar los documentos que acrediten el gasto realizado ante la institución que le otorgó los viáticos. Si el sujeto activo, después de que ha cumplido la comisión de servicios, omite, ya sea de forma negligente o intencional rendir las cuentas da lugar sin lugar a dudas a responsabilidad administrativa y civil. Sin embargo, existen posturas dispares respecto a la responsabilidad penal que generaría la falta de rendición de cuentas de los viáticos, por una parte, la posición de aquellos que no admiten contenido penal en la no rendición de viáticos, atendiendo a la naturaleza fungible de los mismos, los cuales al ingresar a la esfera privada del sujeto cualificado obtendría también una naturaleza privada por lo que su no rendición solo acarrea una falta administrativa<sup>148</sup>.

Por otro lado, se tiene que el hecho de no justificar o rendir los viáticos, que tienen naturaleza pública, una vez que ha transcurrido el periodo de realización de la comisión de servicios y vencido el plazo que se otorga para efectos de la rendición de cuentas, o se hace con medios fraudulentos, con la finalidad de presentar una justificación adulterada, o más aún, además de no justificar y adulterar la persona comisionada, no realiza el servicio, se configura

---

<sup>146</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis EIRL, 2016, p. 126.

<sup>147</sup> Ley N° 27785 (Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República) y la Ley N° 28411 (Ley del Sistema Nacional de Presupuesto Público).

<sup>148</sup> ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Instituto Pacífico, Lima, 2018, p. 495.

el delito de peculado por apropiación. En el supuesto último, señalado líneas arriba, no solo se presentaría la adulteración documentos si no que no realiza la comisión, demostrando ánimo de engaño y mal ejercicio del cargo para poder viajar y usar dinero del Estado para cubrir gastos personales. El cual se perfecciona al apropiarse del dinero recibido con una determinada finalidad, por ejemplo, cuando el funcionario o servidor público utiliza el dinero entregado por concepto de viáticos en una cena romántica con su pareja, en adquirir bienes de naturales personal o cuando simplemente decide no hacer el viaje y tampoco devolver el dinero. Incluso habría apropiación cuando se ha cumplido con rendir cuentas del dinero entregado para la comisión de servicio, pero estos no corresponden a la verdad<sup>149</sup>.

Para mayor abundamiento, la jurisprudencia ha señalado que el delito de peculado por apropiación, es de infracción del deber, en el sentido que la relación del sujeto activo con el bien se define por un estatus jurídico del autor, es decir por su calidad de servidor o funcionario. Así también, en este tipo de delitos de infracción del deber, lo que se castiga es que el agente oficial tenga caudales o efectos públicos, que han sido encomendados para atender necesidades públicas, por razón de sus funciones, es decir, en virtud a la función que desempeña dentro de la estructura administrativa, por lo que consideramos que la variable apropiación requiere i) que el caudal o efecto público esté bajo su administración y que el agente oficial deba disponerlos a los fines de satisfacer el bien común; y ii) que, pese a ello se los apodera, vale decir, dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio<sup>150</sup>.

En ese sentido, como ya hemos mencionado la apropiación es un elemento fundamental del tipo penal de Peculado, debido a que el artículo 387° estipula que la acción típica debe recaer sobre caudales o efectos cuya percepción, administración y custodia le estén confiadas al funcionario o servidor público por razón de su cargo. Desde esa óptica; y en relación a los viáticos que venimos analizando debemos señalar que el agente recibe el viático para su administración, pues la percepción y custodia por sus propias características no resultan aplicables en dicho contexto, puesto que, al tener la obligación de desempeñar determinadas funciones públicas que le han sido asignadas se traslada a un lugar distinto de su lugar habitual de trabajo. Preservando la existencia de una relación funcional específica entre el caudal y la función pública que permite reconocer la existencia de uno de los elementos

---

<sup>149</sup> Ejecutoria Suprema R. N. N° 1315-2014-Lima, en el que, si bien se determinó que no constituye delito de peculado, no obstante, se señaló también que: “cuando al procesado se le asigna un monto por viáticos y este para apoderarse de los caudales entregados para cumplir la labor encomendada adultera boletas, se configura el delito sub materia; configurando el delito de peculado en concurso con el delito de falsificación de documentos”.

<sup>150</sup> Recurso de Casación N° 1609-2019/Moquegua. Fundamento Cuarto, pp. 10-11.

básicos del sistema de imputación penal propio de los delitos funcionariales: La infracción del deber.<sup>151</sup>.

Si bien, hoy en día con lo desarrollado en el Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116, debería existir uniformidad de criterio respecto a la no existencia de contenido penal en la apropiación por parte de funcionarios o servidores públicos de sumas dinerarias otorgadas a título de viáticos, en la medida que el sujeto activo no realizó oportunamente la rendición o habiéndolo realizado, lo hizo con documentación falsa o adulterada; y si bien hay opiniones contrarias que defienden el carácter atípico de la conducta de apropiación de fondos para viajes en razón al carácter fragmentario y de mínima intervención del derecho penal, lo que no permitiría incluir dentro de los alcances del delito de peculado conductas menores vinculadas a omisiones o deficiencias en la sustentación de gastos por entrega de viáticos: y al tratarse de fondos públicos, modestamente creemos que ese criterio es erróneo atendiendo a la evolución legislativa del delito de corrupción bajo análisis.

En ese sentido, es importante señalar que la apropiación de viáticos no debe aislarse de la configuración del tipo penal de peculado, como si fuera la menos dañina, ya que existe una tendencia ideológica general en la lucha contra la corrupción para evitar la impunidad y lograr que la sociedad ya no considere que sus esperanzas de crecimiento y desarrollo han fracasado. Por tanto, uno de los factores que deben tenerse en cuenta para determinar la protección penal de las funciones de la Administración Pública es, por supuesto, la confianza del público en sus funcionarios, cuya conducta contraria a ley afectará gravemente el normal y correcto desarrollo de la Administración Pública, así como propiciar o inducir a apropiaciones “pequeñas” y considerar al peculado como un delito patrimonial, desconociéndose la tesis de la infracción del deber, propia de los delitos de corrupción de funcionarios los cuales se caracterizan por la especialidad del sujeto activo.

Por lo tanto, sostener que la aprobación o utilización de viáticos de cantidad irrisoria resultaría atípico, en razón de los principios de insignificancia y mínima intervención, sería ignorar así uno de los principios básicos del derecho penal y de nuestro sistema de justicia penal, como es el principio de la pena determinada por ley o de legalidad, pues hasta momento nuestra legislación no ha establecido un umbral mínimo para analizar si estamos o no ante una conducta típica en lo referente al peculado. Por todo ello, hemos de señalar que no buscamos criminalizar cualquier conducta, sino demostrar que existen conductas de los propios funcionarios que vulneran en gran medida a la Administración Pública, quienes tienen

---

<sup>151</sup> REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Parte Especial. Delitos Económicos contra la Administración*, p. 29.

el deber de ejercer sus funciones conforme a derecho, pues están al servicio de la colectividad, sin embargo, lesionan intereses y derechos fundamentales de la sociedad.

### **3.4 Acuerdo Plenario 07-2019/CIJ-116 como parámetro para los hechos**

En este apartado, lo que buscamos es establecer los lineamientos que el acuerdo plenario regula para pretender dar solución a la disyuntiva respecto a la aplicación del derecho penal por peculado a la apropiación de viáticos. Consideramos prudente delimitar estos puntos para poder entender con mayor detalle si los hechos en el caso del Recurso de Casación 952-2019 / Moquegua estarían dentro de los fundamentos establecidos como doctrina legal, y si de verdad se ha suscitado un apartamiento de doctrina jurisprudencial al haber declarado infundado el recurso de casación y por ende se ratificó la condena contra Henry Sardón por haber incurrido en el delito de peculado doloso por apropiación.

Sin mayor preámbulo, el acuerdo plenario en mención, desarrolla una serie de fundamentos de la mano con diferentes tipos de contextos que se han ido suscitando a lo largo del tiempo mientras las discreción por la forma de calificar y castigar dichas conductas seguían siendo discrepantes en el ámbito legal y doctrinario dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ahora bien debemos precisar que si bien se han generado a raíz de esta doctrina ciertas aclaraciones de cómo manejar este tipo de casos, no ha puesto punto final a las discrepancias respecto al tema de apropiación y mal uso de los viáticos. Es así que, como punto de partida, el acuerdo plenario define los viáticos como aquel monto dinerario que servirá para el desplazamiento y cobertura de las necesidades personales del funcionario que se dirige a realizar una comisión, este dinero dice el texto, se desprende del erario público para ser usado en la necesidades de connotación personal, es decir Henry Sardón, debía disponer de dicho dinero para cumplir con la comisión que puso a conocimiento de la Municipalidad de Ubinas y así poder cumplir con su trabajo como funcionario público. Esto es señalado en el fundamento 35 del acuerdo plenario, en ese mismo párrafo parte final dice textualmente “la obligación de rendir cuentas de su disposición al término de la comisión. La omisión de aquella obligación ha generado posiciones refractarias respecto a la configuración del delito de peculado<sup>152</sup>”.

Respecto a lo señalado en el párrafo anterior, haciendo referencia a lo indicado en el fundamento 35, habla de un contexto en el que el servidor público deberá rendir cuentas a la administración acerca de lo gastado, si esto lo llevamos al contexto que motiva la presente investigación, es decir, al caso de Henry Sardón en agravio de la Municipalidad de Ubinas,

---

<sup>152</sup> Acuerdo Plenario N° 7-2019/CJ-116 “XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especiales de la Corte Suprema de Justicia.

nos damos cuenta que la sentencia no va en cuanto si se cumplió o no con la sustentación de lo gastado, hasta aquí podemos entender que este supuesto no sería sujeto de análisis ni mucho menos la aplicación del acuerdo plenario.

Continuando con el análisis de mencionado acuerdo plenario en sus fundamentos 36, 37, 38 y 39, fundamentos que pretenden delimitar la incompatibilidad del dinero recibido bajo concepto de viáticos y su relación como dinero de la administración estatal, respecto a esto, el fundamento 38 menciona lo siguiente “ se ha producido una confusión entre la calidad del dinero estatal entregado propiamente para efectuar el encargo o comisión y el dinero entregado a quien se desplazara para atender sus necesarios gastos personalísimos en el lugar al que se desplazara”<sup>153</sup> aunado a ellos el fundamento 39 señala que “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”<sup>154</sup>. Queda claro lo que pretenden dar a entender en el acuerdo plenario, pero que pasa con el fundamento 35 donde señalan la rendición de cuentas, hasta ahora queda claro que estos fundamentos no tienen nada que ver con el caso del encausado Henry Sardón, o quizá no es de relevancia en cuanto a los fundamentos de la sala, pero que pasa con lo desarrollado en cuando a la rendición de cuentas, porque rendir cuentas si no existe relación entre el dinero y el estado en cuanto a los gastos por concepto de viáticos, porque pedir al funcionario que rinda cuenta de gastos que son para cubrir necesidades personales, desde nuestro punto de vista no resulta coherente, pero este no es nuestro tema a desarrollar.

Consideramos que dichos fundamentos no son del todo correctos, si bien existe diferencias en cuanto al uso del dinero como bien se menciona en el fundamento 37, pero esa diferencia no tendría por qué marcar una inexistente relación entre el dinero como viatico para gasto personal del funcionario con la relación de ese mismo con la administración estatal, ya que es dinero que pertenece al estado y sin el funcionario tampoco podría cumplir sus funciones, ya que resultaría descabellado y totalmente irrisorio que el funcionario tenga que cubrir los gastos para poder hacer labores netamente relacionadas con su función estatal.

A continuación el acuerdo plenario no admite la presunción de asumir que el funcionario no realizo gastos al haber realizado la comisión que se le encomendó, si bien el fundamento 40 señala lo que respecta a esta presunción, no consideramos relevante darle mayor desarrollo, ya que en el párrafo anterior dejamos clara nuestra postura respecto al

---

<sup>153</sup> Acuerdo Plenario N° 7-2019/CJ-116 “XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especiales de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>154</sup> Acuerdo Plenario N° 7-2019/CJ-116 “XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especiales de la Corte Suprema de Justicia.

sustente que se debe hacer por gastos que de acuerdo al texto dicho dinero no reviste ningún vínculo público y en esa misma línea lo ratifica en los siguientes fundamentos.

Por otra parte, el texto en análisis menciona en el fundamento 41 al 45 las discrepancias que existen en la casuística nacional respecto a los viáticos, y en virtud a ello señala que al no existir relación entre el dinero de viáticos con el erario público, ya que solo se configura una transferencia de disposición, entonces no cabría la imputación de peculado, menciona el acuerdo plenario que a lo mucho y probablemente se configuraría el delito de falsedad, empero, si analizamos detenidamente estos fundamentos, solo se basan en la rendición de cuentas de los viáticos y la sustentación de los mismos, según el texto para poder tener certeza cuanto debe devolver, lo cual no nos queda del todo claro, si el dinero llega a manos del funcionario para cubrir necesidades básicas y esa característica deslinda toda relación de ese dinero por viáticos de la administración pública y por ende no se le consideraría dinero público, entonces cual es la necesidad de sustentar, lo lógico sería que baste la declaración jurada del funcionario alegando haber cubierto sus necesidades básicas, ahora bien en el fundamento 42, 43 y 44 deslindan toda relación de dichas acciones fraudulentas por parte del funcionario con el tipo penal de peculado, pero nuevamente hacen referencia a la sustentación de los viáticos y no mencionan hechos como el engaño y el debido cumplimiento de la función pública. Con respecto al fundamento 45 hacen una diferenciación respecto al dinero bajo concepto de 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 para pagar tasas, derecho, aranceles, copias, etcétera, en el lugar de destino, que está sujeto en el país al deber administrativo de devolución de lo no gastado”<sup>155</sup>.

Entonces, si el dinero designado para pago de tasas, copias, etcétera, al igual que el dinero como concepto de viáticos, ambos tienen el dinero de rendir cuentas y devolver lo no gastado, no serían del todo tan apuestos y si a ello le añadimos la característica de que sin ello no se podría lograr la comisión designada, entonces porque se deslindarían los viáticos como montos que si tienen vínculo con la administración pública. Y, por ende, su apropiación vendría a vulnerar el bien jurídico protegido de peculado y si a eso le sumamos el ánimo de defraudar y no cumplir debidamente sus funciones entonces estaríamos frente a un acto de vulneración plena del tipo penal de peculado.

---

<sup>155</sup> Acuerdo Plenario N° 7-2019/CJ-116 “XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especiales de la Corte Suprema de Justicia.

A partir de fundamento 46 al 49, el texto empieza a definir con mayor precisión que actos competirían a la administración sancionar y por ende la no intervención de derecho penal en virtud a los principios de mínima intervención y fragmentariedad. Primero señalar a redundante argumentación acerca de la rendición de cuentas para marcar límites de intervención del derecho penal, queda claro a estas alturas que en el caso del encausado Henry Sardon, el hecho materia de imputación no fue la falta de suspensión de lo gastado, si no que por el contrario, se investigaron y fue objeto de imputación penal, el mal desempeño de sus funciones públicas al solicitar viáticos por una comisión inexistente, quedando clara la voluntad del sentenciado de defraudar al Estado y así quedarse con dinero bajo el concepto de viáticos, en el trasfondo de los hechos, queda plenamente probado que el funcionario solo buscaba apropiarse de dinero del Estado valiéndose de engaños y por ende fingiendo una comisión en días no laborables. El fundamento 47 el acuerdo plenario señala lo siguiente “por tanto, 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)”<sup>156</sup> Consideramos oportuno precisar que este fundamento es vital para entender cuando se configuraría la entrega de viáticos y así entender con mayor claridad cuando una defraudación de estos ya sea por falta de sustento ameritara una sanción administrativa.

Para nosotros no estaría errada la decisión de la Sala Penal Permanente al imputar peculado doloso, los fundamentos señalados como doctrina legal en el acuerdo plenario no calzarían en los actos cometidos por el encausado.

### **3.5 Existe apartamiento de la doctrina respecto al acuerdo plenario 07-2019/CIJ-116**

Partiendo de los hechos desarrollados en la sentencia que motiva el presente trabajo de investigación, podemos dilucidar que si bien no existe una postura consensuada en jurisprudencia y doctrina nacional acerca del peculado como delito a imputar en casos de apropiación de viáticos. A nosotros nos queda claro que, en el caso en concreto no existe un apartamiento de la doctrina jurisprudencial respecto a lo que establece el Acuerdo Plenario 07-2019/CIJ-116.

Parte de los argumentos señalados por la defensa del sentenciado en la Casación 952-Moquegua, apuntan a advertir que la imputación hecha, estaría siendo desproporcional y en

---

<sup>156</sup> Acuerdo Plenario N° 7-2019/CJ-116 “XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especiales de la Corte Suprema de Justicia.

esa misma línea consideran la sanción administrativa como la más idónea tomando en cuenta dicho acuerdo plenario.

El fundamento 17 del acuerdo plenario, específicamente en el último párrafo señala que existirá apropiación cuando un funcionario disponga de los bienes públicos como si fueran propios, es decir, que puede observarse de la conducta del sentenciado, tomando en cuenta la disposición de dinero público para poder realizar un viaje en horarios que no están dentro de la jornada laboral de la entidades públicas, aduciendo que efectivamente iba a realizar una comisión de trabajo, desde nuestro punto de vista esta conducta si se podría tomar en cuenta como apropiación del dinero del estado para realizar un viaje ajeno a las funciones netamente encomendadas, más aún si usa esta excusa para luego alegar que realizo diligencias propias de su cargo y poder engañar para así apropiarse de dinero que del Estado, basándonos en los hechos cometidos por el encausado, este primero habría realizado el viaje y posteriormente para recuperar lo gastado, manifestó haber viajado en función a las actividades de su cargo y así le reembolsen lo que gasto, intentando sorprender a la administración pública con un viaje de servicios que nunca se llevó a cabo como queda debidamente acreditado en la investigación que motiva la sentencia en su contra.

Si bien la proporcionalidad de la pena resulta un factor importante al momento de establecer que sanción debe imponerse, y en que ámbito en específico, también es importante tomar en cuenta otros elementos periféricos de los hechos en concreto. El acuerdo plenario hace referencia, en gran parte de sus fundamentos a la proporcionalidad de la pena y el uso como ultima ratio de la imputación penal, posturas en las cuales estamos de acuerdo, empero, desde nuestro punto de vista el bien jurídico que se vulnera en el caso concreto de la sentencia 952- Moquegua, no solo sería la utilización errónea del dinero del Estado, si no la mala conducta por parte del funcionario al valerse de su cargo para intentar engañar y defraudar a la Administración Pública y sobre todo las funciones que se le encomiendan como funcionario público, esto se vería reflejado en el hecho de haber alegado en un primer momento un viaje por comisión pero en fechas que al ser corroboradas no serían laborables, coligiéndose de ello que no viajó a realizar una comisión en virtud a su cargo si no que por el contrario, buscó costear su viaje por motivos personales con dinero público como concepto de viáticos.

En el mismo acuerdo plenario se recoge como bien jurídico protegido del delito de peculado “el recto desarrollo o desenvolvimiento de la Administración Pública”<sup>157</sup>,

---

<sup>157</sup> Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 “XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especiales de la Corte Suprema de Justicia.

concluyendo que por su naturaleza se reprime el apoderamiento del dinero (ánimo de lucro), sino el deber de correcta gestión funcional (debidamente administrado)<sup>158</sup>, el mismo acuerdo plenario señala el doble sentido que posee el bien jurídico del delito de peculado, fundamentos que resultan importantes para poder dilucidar si de verdad fue correcta la sanción penal que se le impuso al sentenciado en el caso en concreto.

Dicho acuerdo plenario se encarga de desarrollar diferentes posturas de la doctrina, algunas argumentan a favor de la imputación penal por peculado, respecto a la conducta de apropiarse de dinero como concepto de viático, alegando que dicho dinero si tiene un carácter público y que si bien es destinado a actos netamente personales como, hospedaje, alimentación, estos actos tienen un único fin que es realizar actos públicos sujetos al cargo que desempeña cada funcionario, en el caso en concreto, el encausado, manifestó a su entidad pública la necesidad de realizar un viaje propio a las funciones de su cargo, muchas posturas tocan el aspecto de rendir cuentas como elemento vital para dilucidar si existe peculado o no, desde nuestro punto de vista, no sería un elemento de convicción vital para poder imputar peculado, toda vez que al analizar cada circunstancia concreta puede darse el caso que no existan comprobantes para sustentar alimentación, pasajes, etc., mientras serían relevantes otros actos como registro de las diligencias realizadas como motivo de la solicitud y entrega de viáticos.

Si bien el acuerdo plenario específicamente señala que, la no devolución o rendición de cuentas de lo no utilizado por gastos personales en la comisión a realizar no configura delito alguno, también señala en su fundamento 34, seis posturas a nivel doctrinal y jurisprudencial, 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 usarlos para 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 tardíamente o deficientemente. E) la relevancia penal de la conducta está en el hecho de haber presentado

---

<sup>158</sup> Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 “XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especiales de la Corte Suprema de Justicia.

documentación falsa para sustenta 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<sup>159</sup>.

Resulta importante tomar en cuenta estos criterios que plasma el Acuerdo Plenario para entender la directriz por la cual se pretende ver el panorama en cuanto a la problemática de los viáticos y el delito de peculado. Empero, en el caso en concreto, el encausado no solo dispone de dinero, que para nosotros es dinero público, si no que defrauda a la administración pública alegando un viaje como comisión en virtud a su cargo, corroborándose que los días en que viajó no realizó diligencia alguna toda vez que la entidad pública que pretendía visitar no laboraba, en ese sentido, consideramos relevante el criterio f) de los antes señalados, ya que en el caso en concreto no está en discusión la rendición de cuentas del dinero, sino el engaño por parte del encausado por lo antes señalado.

Es en ese sentido que la motivación de la casación 952- Moquegua, en el fundamento cuarto manifiestan lo siguiente: (...) no es un asunto de ausencia formal de rendición de cuentas ni de una autorización legal y lícitamente obtenida para realizar actos propios del servicio oficial, sino de una precisa modalidad de apropiación de causales públicos que consistía en obtener fondos públicos para actividades privadas bajo el engaño de una comisión oficial de servicios, gestión municipal que obviamente nunca realizó(...) <sup>160</sup>, los hechos por los cuales se emite sentencia en contra del encausado y su vez son tipificados como peculado, quedando debidamente acreditados, sobre todo el hecho de pretender engañar a la administración y de esa forma incumpliendo su funciones como servidor público.

Muchas posiciones doctrinales consideran que el dinero gastado para el viaje del sentenciado, no debería ser considerado bien público, pero si tomamos en cuenta que dicho dinero pertenece a un presupuesto público establecido de forma anual y cuya finalidad es realizar actos públicos en representación de una entidad pública como es la Municipalidad de Ubinas, entonces lo oportuno es entender que el dinero de los viáticos a pesar de ser gastados en la esfera personal del encausado no dejarán de ser dinero público cuyo fin sigue siendo el mismo, realizar diligencias administrativas en representación de una entidad del estado. Ver Figura 1.

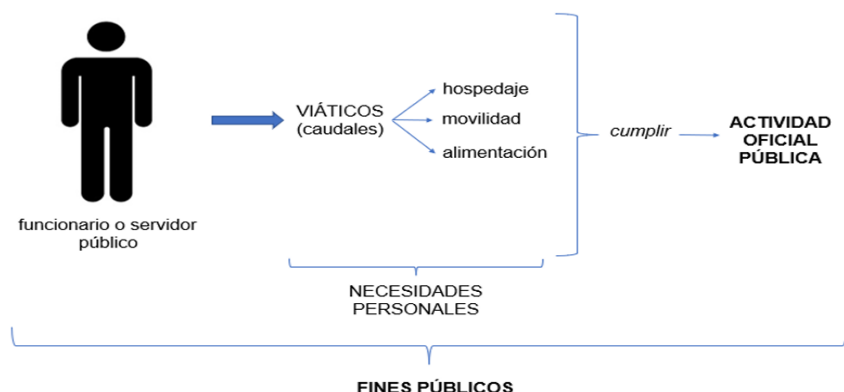
---

<sup>159</sup> Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 “XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especiales de la Corte Suprema de Justicia.

<sup>160</sup> Recurso Casación N° 952-2019/MOQUEGUA, página 6

## Figura 1

*Finalidad pública de los viáticos (esquema descriptivo)*



*Nota.* Extraída de un trabajo de investigación relacionado con el tema.<sup>161</sup>

En resumida cuenta, todo apuntaría a un fin público, y como se ha desarrollado a lo largo de esta investigación, el peculado no solo protegería el dinero como patrimonio público, sino que busca resguardar el correcto desempeño de los funcionarios y servidores públicos en cuanto a su actuar funcional, es por esa razón que es de gran relevancia el fundamento cuarenta y nueve del acuerdo plenario en cuestión, ya que establece que; (...) antes de imputar el 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 (...) <sup>162</sup>. Nuevamente queda claro, que la discusión que planteamos no versa sobre la sustentación de lo gastado o no gastado, si no en la defraudación a la administración pública, al pretender engañar y apropiarse de dinero del Estado con el engaño de un supuesto viaje para realizar diligencias públicas aprovechándose de su cargo. Una vez más, pero en otro apartado de esta investigación, consideramos que la decisión tomada por la sala penal permanente fue la correcta y en ningún momento se dio lugar a un apartamiento de la doctrina jurisprudencial, esto a razón de que no se habría dejado de aplicar lo establecido en el acuerdo plenario, consideramos que en todo caso, el acuerdo plenario no aclararía en concreto los actos

<sup>161</sup> OLIVARES RAMIREZ, Marby Sarith. “La apropiación de viáticos: necesidad de elevar a delito, la infracción administrativa señalada en el acuerdo plenario N° 07-2019/CIJ-116” Tesis para optar título de abogado, Universidad Privada Antenor Orrego, Facultad de Derecho. 2022. [https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12759/9207/REP\\_MARBY.OLIVARES\\_LA.APROPIACION.DE.VIATICOS.pdf;jsessionid=8A40F02843EC2E5211F1B10C1B47FB4E?sequence=1](https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12759/9207/REP_MARBY.OLIVARES_LA.APROPIACION.DE.VIATICOS.pdf;jsessionid=8A40F02843EC2E5211F1B10C1B47FB4E?sequence=1)

<sup>162</sup> Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116 “XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especiales de la Corte Suprema de Justicia.

cometidos por el sentenciado, dado pie a una conducta no aclarada por la Corte Suprema en el acuerdo plenario en mención.

Por otra parte consideramos oportuno resaltar lo mencionada por el sistema judicial de nuestra nación, en la sentencia 344-20217 Cajamarca, en su fundamento 2.4 desarrolla hasta 3 supuestos en que se podría dar un apartamiento jurisprudencial: 2.4.1 Se partan de un criterio jurisprudencial vinculante o de ineludible observancia, de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo veintidós de la Ley Orgánica de Poder Judicial, esto es, al decidir, expresamente, no seguir el criterio jurisprudencial supremo vinculante que sea de aplicación al caso que resuelven justificando su decisión de apartamiento, precisando sus razones (apartamiento expreso de doctrina jurisprudencial). 2.4.2. Soslayan la aplicación del referido criterio a pesar de que resulta ser de aplicación al caso que resuelven, por desconocimiento o deliberadamente, sin hacer alusión alguna al mismo en la resolución que expiden (apartamiento presunto de doctrina jurisprudencial). 2.4.3. Aparentemente cumplen con aplicar el criterio jurisprudencial vinculante o de ineludible observancia, que resulta ser de aplicación al caso que resuelven, no obstante, no lo hacen rigurosa, adecuada o acabadamente, lo cual repercute, significativamente, en la solución del caso que deciden (apartamiento material de doctrina jurisprudencial).<sup>163</sup> de este fundamento se puede dilucidar de manera concreta que en el caso que compete esta investigación no se habría suscitado un apartamiento de la doctrina jurisprudencial, ya que en ninguno de estos caso se habría incurrido primero en la sentencia del funcionario de la municipalidad de Ubinas no se busca motivar la decisión en el sentido de apartarse de lo que se resuelve en el acuerdo plenario ya que la postura del colegiado se inclinaría por un hecho de defraudación en contra de la administración pública en el que el funcionario busco engañar al Estado y hacerse de dinero público, en el segundo caso de la sentencia 344-2027 Cajamarca no buscan pasar por alto lo contenido en el acuerdo plenario, justamente por las razones que hemos venido desarrollando y es que en ese caso en concreto no se trataría en concreto de un viaje en donde se desembolsó dinero para viáticos, si no con el viaje del funcionario y pretender engañar manifestando que se trataría de una comisión de servicios y así recuperar lo que gasto de forma particular, en ese sentido tampoco pretendieron aplicar el acuerdo inadecuadamente si no por el contrario, consideraron que el caso en particular no calzaría dentro de los parámetros que se establecen en el acuerdo plenario 7-2019.

---

<sup>163</sup> Recurso Casación N° 344-2017/CAJAMARCA, p. 17.

Para nosotros queda claro, la no existencia un apartamiento de la doctrina jurisprudencial por los motivos expuestos en este acápite de nuestra investigación, que se apoya en lo desarrollado en este trabajo para poder llegar a un análisis pertinente y concreto respecto a la casación 952- Moquegua.



## Conclusiones

**Primera.** Según los fundamentos jurídicos del Acuerdo Plenario N° 7-2019/CJ-116, los viáticos son recursos públicos, debidamente presupuestados y que se otorgan al servidor o funcionarios público para ejecutar un servicio encomendado en cumplimiento de sus funciones, así como poder solventar los gastos de traslado, alimentación y alojamiento en otro lugar distinto al habitual, es decir que tienen una finalidad pública en concordancia con los objetivos institucionales.

**Segunda.** El desarrollo de la jurisprudencia en nuestro país, nos ha demostrado que el otorgamiento de viáticos genera más de una situación problemática, y si bien el principio de intervención mínima del Derecho Penal dispone que éste debe intervenir en casos estrictamente necesarios, esto se contrapone al principio de legalidad que rige el sistema punitivo, y pretender justificar la apropiación de viáticos como una conducta atípica, propiciaría que se consideren como irrelevantes las apropiaciones “pequeñas”, y tratar al delito de peculado con un delito patrimonial y no como uno especial, de infracción del deber. Lo que lleva a que casos como el de funcionario de Ubinas sea tratado como un tema netamente de entrega de viáticos y de rendición de cuentas, etc., lo cual no sería correcto ya que al analizar profundamente los hechos se trataría de una defraudación al Estado, basado en el engaño para apropiarse de dinero público

**Tercera.** No obstante, de la relevancia del tema de la imputación del delito peculado por apropiación de viáticos, observamos que existe una falta de consenso en la jurisprudencia y la doctrina nacional en estos casos, en lo referido a si la sanción debe ser impuesta por en el ámbito administrativo o el penal. Puesto que si bien, ha quedado establecido que se trata de caudales públicos, se le da un tratamiento cuando se ha realizado la comisión, pues se ha señalado que no hay imputación penal por no rendición de viáticos cuyo encargo fue realizado; y se establece otro tratamiento cuando la comisión no se ha realizado, sin embargo, estamos antes el mismo objeto: los viáticos.

**Cuarta.** La mala gestión de los fondos públicos por parte de los funcionarios y servidores, además de afectar la riqueza del Estado, vulnera los deberes funcionariales propios de la Administración Pública, así como los principios que regulan el manejo de recursos públicos como las medidas de racionalidad, transparencia y austeridad del gasto público establecidas en la Ley del Presupuesto del Sector Público para cada ejercicio fiscal. Asimismo, la falta de rendición de cuentas del uso de viáticos viola intereses protegidos constitucionalmente como la lucha contra la corrupción, que se verá afectado por el aumento significativo de delitos contras la administración pública.

**Quinta.** Consideramos oportuno que la conducta de apropiación de viáticos pase el filtro de la investigación penal, teniendo en cuenta que se trata de dinero público, con una finalidad también pública, es decir de administración y gestión específica para cumplir actividades concretas, por lo que su no cumplimiento es reprochable penalmente, sin embargo también es cierto que ésta problemática precisa de una mejor regulación, por ejemplo el establecimiento de baremos o montos que señalen específicamente cuando el procedimiento será ventilado en el ámbito administrativo y cuando en el sistema de justicia penal, para de ésta manera tener claro el perjuicio ocasionado por el funcionario y/o servidor público al quebrantar sus deberes de probidad y lealtad en su función.



## Referencias

- ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.
- BARRIOS ALVARADO, Elvia. *El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público*. Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal, 2010.
- Chanjan, Rafael, y otros. *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020.
- CONSUCODE. *Directiva N° 009-2005/CONSUCODE/PRE*. 2005.  
[Http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/DIRECTIVA%20N%BA%20009-2005CONSUCODEPRE.PDF](http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/DIRECTIVA%20N%BA%20009-2005CONSUCODEPRE.PDF).
- Corte Suprema de Justicia. «Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116.» Lima, 2005.
- Decreto Supremo N° 007-2013-EF. *Decreto Supremo que regula el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión de servicios en el territorio nacional*. 2013.  
[Https://www.mef.gob.pe/es/normatividad-sp-9867/por-instrumento/decretos-supremos/9665-decreto-supremo-n-007-2013-ef-1/file](https://www.mef.gob.pe/es/normatividad-sp-9867/por-instrumento/decretos-supremos/9665-decreto-supremo-n-007-2013-ef-1/file).
- Ley N° 31639. *Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2023*. 2023.  
[https://www.mef.gob.pe/contenidos/presu\\_publ/sectr\\_publ/proye\\_2023/PL\\_Presupuesto\\_SP\\_2023.pdf](https://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_publ/sectr_publ/proye_2023/PL_Presupuesto_SP_2023.pdf).
- LINARES REBAZA, Dyran Jorge. *La apropiación de viáticos como delito de peculado*. Lima: Gaceta Penal Editorial Gaceta jurídica, 2014.
- OLIVARES RAMÍREZ, Marby Sarith. «La apropiación de viáticos; necesidad de elevar a delito, la infracción administrativa señalada en el acuerdo plenario N° 07-2019/CIJ-116.» Tesis para optar el título de abogado, Facultad de Derecho, Universidad Privada Antenor Orrego, 2022.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. «La no devolución de viáticos: ¿Delito de peculado o la configuración de un delito contra el patrimonio? Delito de infracción del deber vs Delitos de dominio, en búsqueda de un criterio material.» *Nuevo procesal penal y delitos contra la administración pública*. Lima: Editorial Jurista, 2014.
- Poder Judicial de Perú. «Recurso Casación N° 952-2019/Moquegua.» *Fundamento de Derecho cuarto*. Moquegua, 2019.
- . «Recurso Casación N° 952-2019/Moquegua.» *Fundamento segundo. Sala Penal Permanente Lima*. 11 de abril de 2022.
- Poder Judicial del Perú. «Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116.» Lima, 2005.

- «Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116.» *Fundamento jurídico N° 6*. Lima, 2005.
  - «Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116.» Lima, 2005.
  - «Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116.» *Fundamento jurídico N° 7*. Lima, 2005.
  - «Acuerdo Plenario N° 04-2012/CJ-116.» *Fundamento jurídico N° 12*. Lima, 2012.
  - «Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.» *Fundamento 25*. Lima, 2019.
  - «Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.» *Fundamento 7*. Lima, 2019.
  - «Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.» *Fundamento 43*. Lima, 2019.
  - «Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.» *Fundamento jurídico N° 34*. Lima, 2019.
  - «Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.» *Fundamento jurídico N° 45*. Lima, 2019.
  - «Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.» *Fundamento jurídico N° 49*. Lima, 2019.
  - «Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.» *Fundamento jurídico 5, numeral 20*. Lima, 2019.
  - «Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.» *Fundamento Jurídico N° 7*. Lima, 2019.
  - «Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.» *Fundamento 24*. Lima, 2019.
  - «Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.» *XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especiales de la Corte Suprema de Justicia*. Lima, 2019.
  - «Acuerdo Plenario N° 07-2019/CIJ-116.» *Fundamento 49. XI PLENO SUPREMO PENAL*. Lima, 2019.
  - «Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116.» *Fundamento Jurídico N° 17*. Lima, 2010.
  - «Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116.» *Fundamento jurídico N° 6*. Lima, 2005.
  - «Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116.» *Fundamento jurídico N° 7, literal b*. Lima, 2005.
  - «Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116.» *Fundamento jurídico N° 7*. Lima, 2005.
  - «Recurso de Nulidad N° 1780-2015-TACNA.» *Considerando 3, numeral III*. Tacna, 2015. 12.
  - «Recurso de Nulidad N° 3186-2014-cusco.» Cusco, 2014.
  - «Recurso de Nulidad N° 3186-2014-Lima.» Lima, 2014.
  - «Recurso de Nulidad N° 44-2021.» *Considerando 16*. Lima Sur, s.f.
  - «Recurso de Nulidad N° 1780-2015-TACNA.» *Considerandos 3 y 4*. Tacna, 2015.
  - «Recurso de Nulidad N° 1780-2015-TACNA.» *Considerando 4*. Tacna, 2015.
  - «Recursos de Nulidad N° 4112-2009-Amazonas, » *Fundamento Jurídico N° 7*. Amazonas, 2009.
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 2023.  
<http://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n>.

- REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Parte Especial. Delitos Económicos contra la Administración Pública. Los viáticos como objeto material del delito de peculado*. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2011.
- ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3° Edición. Lima: Editorial Grijley, 2002.
- . *Manual Operativo de los Delitos de la Administración Pública cometidos por funcionarios Públicos*. Lima: Editorial Nomos & Thesis E.I.R.L., 2016.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delito de Peculado, análisis del bien jurídico protegido en este delito*. 9 de 04 de 2019. chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/048f7300498dfcfe87fce7a6217c40f1/Delito+de+peculado\_Salinas.pdf?MOD=AJPERES.
- SAN MARTIN CASTRO, César. *Recursos de apelación y de casación penal. Derecho Penal Peruano. Estudios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2017.
- Sistema Peruano de Información Jurídica. *Reglamento de la Carrera Administrativa. Decreto Supremo N° 005-90-PCM*. 18 de 01 de 1990. [https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/08/DECRETO\\_SUPREMO\\_005-90-PCM.pdf](https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/08/DECRETO_SUPREMO_005-90-PCM.pdf).
- Transparency International. *Glosario sobre Transparencia y corrupción*. s.f. <http://transparencia.org.es/glosario-ti-sobre-transparencia-y-corrupcion/>.
- VILCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald. *Los delitos contra la Administración Pública en el Perú: Aproximación a una propuesta de clasificación tripartita*. Lima: Editorial Ideas Solución Editorial S.A.C., 2020.