



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**El problema de la apropiación de los viáticos y su posible
responsabilidad penal: Análisis del Recurso de Casación
N°952-2019/Moquegua**

Tesis para optar el Grado de
Máster en Derecho Público con mención en Derecho Penal y Procesal Penal

Marcela Belen Castillo Zapata

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

Piura, marzo de 2025

Aprobación

La tesis titulada “El problema de la apropiación de los viáticos y su posible responsabilidad penal: Análisis del Recurso de Casación N°952-2019/Moquegua”, presentada por la abogada Marcela Belen Castillo Zapata en cumplimiento con los requisitos para obtener el Grado de Máster en Derecho Público con mención en Derecho Penal y Procesal Penal, fue aprobada por el Director de tesis Dr. Ronald Henry Vélchez Chinchayán.



Director de tesis





Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Marcela Belen Castillo Zapata, egresado del Programa de Posgrado de Máster en Derecho Público con mención en Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI: 71655581, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

“El problema de la apropiación de los viáticos y su posible responsabilidad penal: Análisis del Recurso de Casación N°952-2019/Moquegua”

El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis para optar el Grado de Maestro de Máster en Derecho Público con mención en Derecho Penal y Procesal Penal.

Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.

- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número

El texto de mi trabajo final es original 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 lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado 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.

La asesoría del trabajo estuvo a cargo de los siguientes docentes de la Universidad de Piura:

- Dr. Ronald Henry Vélchez Chinchayán, identificado con DNI: 44287102

Declaro (declaramos) que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y en razón de mi (nuestra) experiencia como investigador(es), declaro (declaramos) que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo (asumimos) responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 25/02/2025.


.....
Firma del autor¹


.....
Firma del asesor¹

.....
Firma del co-asesor¹

¹ Firma idéntica al DNI. No se admite digital, salvo certificado.

Dedicatoria

Le dedico este trabajo a mi familia porque siempre me impulsan a seguir adelante.



Agradecimientos

Al Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán por su guía y apoyo para la culminación de esta investigación.



Resumen

El Acuerdo Plenario N°07-2019/CIJ-116, establece que si un funcionario público no cumple con la misión para la cual recibió viáticos, no necesariamente comete el delito de peculado, sin embargo, se presenta en la Corte Suprema, el caso de un funcionario quien fue acusado por el delito de peculado al apropiarse de viáticos sin realizar las gestiones oficiales prometidas. Esta decisión se opondría a lo que establece el acuerdo, que sugiere que la falta de cumplimiento podría constituir un delito de falsedad en lugar de peculado. La definición de peculado no se ajusta a la naturaleza de los viáticos, ya que estos no son administrados o custodios en el sentido del delito. El análisis se enfoca en el Recurso de Casación N°952-2019/Moquegua y compara la interpretación del acuerdo con la decisión de la Corte Suprema, para determinar si esta última es correcta. La tesis revisa el principio de mínima intervención en el Derecho penal, que busca evitar el uso opresivo de la justicia y promover una política criminal adaptada a las realidades actuales. Se enfoca también en los delitos contra la administración pública, donde la responsabilidad penal se basa en el incumplimiento de obligaciones específicas de los funcionarios. El delito de peculado, que se refiere a la apropiación indebida de bienes públicos, se analiza en detalle en el presente trabajo. A su vez señala la falta de claridad en el Acuerdo Plenario 7-2019 sobre cómo determinar cuándo se comete este delito. Finalmente, se menciona un caso específico (Casación N°952-2019/Moquegua) donde se confirma que un funcionario actuó con intención de robar, lo que justifica la sanción penal para proteger los bienes del estado y la integridad de la administración pública.

Tabla de contenido

Introducción.....	8
Capítulo 1 ¿Responsabilidad penal en cualquier caso por viáticos?	10
1.1 Hechos y puntos a tratar del Recurso de Casación N°952-2019/Moquegua	10
1.2 Cuestiones jurídicas previas.....	13
1.2.1 El principio de última ratio y el carácter subsidiario del Derecho penal	14
1.2.2 ¿Qué implica la comisión de un delito de infracción del deber?	22
Capítulo 2 Apropiación de viáticos sin realización de comisión ¿es peculado?	30
2.1 ¿Cómo funciona el delito de peculado?.....	30
2.1.1 ¿Qué bien jurídico protege el delito de peculado?.....	31
2.1.2 La conducta típica configuradora de delito.....	34
2.1.3 Elementos comunes	37
2.1.4 Modalidades	43
2.2 Los viáticos según el Acuerdo Plenario N°07-2019/CIJ-116.....	47
2.2.1 ¿Naturaleza pública?	47
2.2.2 Forma de entrega.....	51
2.2.3 ¿En el A.P. 7-2019 se confirma la responsabilidad penal por peculado por apropiación ante la no realización del servicio y la deficiente o total no rendición de cuentas?	54
Capítulo 3 Análisis del Recurso de Casación N°952-2019/Moquegua y toma de postura	58
3.1 Fundamentación ex ante	58
3.1.1 La naturaleza especial de los viáticos	58
3.1.2 Las implicancias del encargo o comisión de servicio	59
3.1.3 El bien jurídico protegido y la configuración del delito de peculado	65
Conclusiones	71
Lista de abreviaturas	73
Referencias	74
Lista de Jurisprudencia	76

Introducción

Cuando hablamos de viáticos y la imputación de responsabilidad penal, se ha tenido en cuenta distintos conceptos y fundamentaciones sobre su naturaleza al momento de ser entregados, y sobre los cuales en principio se tenía solucionado con establecido en el Acuerdo plenario N°07-2019/CIJ-116, de fecha diez de setiembre de dos mil diecinueve el cual deja por sentado el asunto acerca de los viáticos y el delito de peculado, pues en él, se fundamenta la naturaleza de lo que es un viático y qué sucede cuando el funcionario público al que se le entregó el viático no realiza la comisión del servicio encomendado, que precisamente no es la comisión del delito de peculado. Sin embargo, no paso mucho tiempo para que existiera un pronunciamiento particularmente contradictorio por parte de la Corte Suprema en el caso de un funcionario público de la Municipalidad Distrital de Ubinas quien en primera instancia fue acusado por apropiarse para sí de los viáticos asignados por concepto de comisión de servicios para realizar gestiones en el Ministerio de Agricultura en Lima. Y en segunda instancia se confirma la comisión del delito de peculado por apropiación puesto que el funcionario público que efectuó el viaje a Lima y permaneció allí varios días, no realizó las gestiones oficiales que dijo realizaría y sustentó con gastos incompatibles con dicho viaje, para que se entregue el dinero gastado como viáticos. Sin embargo, esta decisión discrepa de lo establecido en el Acuerdo plenario N°07-2019/CIJ-116, que fundamenta la confusión entre la calidad de dinero estatal para realizar el encargo la cual es incompatible con el concepto de administrar dinero para fines estatales y que si en caso el funcionario público al que le fue otorgado el viático no realiza la diligencia o comisión encomendada porque el comisionado no se desplazó y no devolvió el dinero, es decir lo incorporó a su patrimonio probablemente constituye un delito de falsedad, mas no de peculado.

Pero no solamente se realiza una interpretación distinta de lo que el acuerdo plenario fundamenta en uno de sus considerandos sino que además la configuración del tipo penal, esto es del delito de peculado, no describe la situación del viático, pues este no es entregado en forma de administración, percepción o custodia y que le estén confiados en torno a su cargo, en el delito de peculado está previsto quién debe responder, el cómo se realiza la comisión del delito, esto es la conducta, qué es lo que apropia u utiliza, y la calidad del bien estatal entregado que puede darse en forma de percepción administración o custodia. Por lo tanto, este trabajo estará orientado a analizar el Recurso de Casación N°952-2019/Moquegua, la configuración del delito de peculado, así como los fundamentos del acuerdo plenario N°07-2019/CIJ-116 y su interpretación jurídica independiente y contrastarlo con lo decidido en

dicho recurso, para inmediatamente después establecer mi postura respecto a lo resuelto por la Corte Suprema si es correcto o no.



Capítulo 1

¿Responsabilidad penal en cualquier caso por viáticos?

En definitiva, cuando se habla de responsabilidad penal por apropiación de viáticos nos lleva a dirigirnos a interpretaciones muy distintas entre sí respecto a si esta situación implica la comisión de un ilícito penal y específicamente si ello configura el delito de peculado. Al parecer, a través del Acuerdo Plenario N°07-2019/CIJ-116, se encamino hacia una interpretación que permita a los jueces de todas instancias del Poder Judicial, invocar dichos fundamentos para tomar una decisión acerca de este tema, de hecho, el asunto del acuerdo plenario señala “Viáticos y delito de peculado”.

Este acuerdo tenía que establecer o tratar de establecer una noción clara de la naturaleza de los viáticos, en que calidad se entregan los mismos, cuando se está frente a una situación pasible de ser sancionada administrativamente y cuando se está ante la comisión de un ilícito penal, sin embargo de la lectura de algunos de sus fundamentos no precisamente se deja una clara señal de cuando se está ante la comisión del delito de peculado, al parecer tiene una serie de fundamentos que tal vez han sido interpretados de una forma distinta a la que un inicio se pensó, y con ello daremos partida al tema que en este trabajo analizaremos la fundamentación jurídica de la sentencia de casación N°952-2019/Moquegua, de fecha once de abril de dos mil veintidós que confirmó la sentencia que condenó como autor del delito de peculado doloso por apropiación de viáticos a Henry Sardón Valdivia en agravio de la Municipalidad Distrital de Ubinas.

1.1 Hechos y puntos a tratar del Recurso de Casación N°952-2019/Moquegua

Conviene empezar el siguiente apartado sobre lo que versan los hechos de la sentencia que fueron valorados por la Sala Penal Permanente concluyendo que efectivamente se cometió el delito de peculado doloso por apropiación, de manera que se narra lo siguiente:

- Henry Sardón Valdivia, como Sub-Gerente de Administración de la Municipalidad Distrital de Ubinas, solicitó y le fueron entregados viáticos por un monto de mil setecientos treinta y dos soles para realizar gestiones ante el Ministerio de Agricultura en Lima.
- El Ministerio de Agricultura no registró ninguna visita del imputado en las fechas mencionadas, y tampoco se encontró ningún informe sobre las gestiones realizadas en dicho ministerio.
- El encausado presentó la rendición de cuentas respecto a lo gastado con fecha veintiuno de abril de dos mil trece, que no es compatible con las fechas solicitadas, esto es de los días diecinueve y veinte de abril de dos mil trece, el día en el que supuestamente gastó, no es un día laborable pues es domingo, no se registró su presencia en dicho Ministerio y a su vez,

no se encontraron las formalidades y requisitos que se señalan en la Directiva de comisión de servicios dentro del territorio nacional de la Municipalidad.

- El imputado presentó un recibo de devolución de los viáticos meses después de haberlos recibido, enfatizando la apropiación de caudales públicos.

A partir de estos hechos se emite pronunciamiento de primera instancia, así se tiene que, la sentencia de primera instancia condenó a Henry Sardón Valdivia, considerando que 1) No cumplió con la comisión de servicios los días diecinueve y veinte de abril de dos mil trece en el Ministerio de Agricultura, y se apoderó de mil setecientos treinta y dos soles entregados por la Municipalidad como viáticos; 2) Ello se demostró con la evidencia documental discutida en el juicio; 3) Los documentos presentados por el acusado no coinciden con las fechas de la comisión de servicios, y aunque devolviera el dinero, no se eximiría de responsabilidad penal, ya que el delito se cometió al recibir el dinero.

Posteriormente, tenemos lo siguiente, el imputado interpuso recurso de apelación, alegando una errónea interpretación de la relación funcional como elemento de tipo penal del delito de peculado sin embargo el Tribunal Superior confirmó la sentencia de primera instancia, de acuerdo con lo siguiente: a) La normativa sobre comisiones de servicios en el país requiere autorización del jefe inmediato y del superior. En este caso, el acusado organizó un viaje sin justificación oficial, comprometiendo fondos municipales; b) Si bien pagó con su dinero su viaje, presentó gastos que la municipalidad reembolsó; c) El funcionario recibió un viático para administrarlo en uso personal, pero los gastos realizados deben ser justificados; d) Se comprobó que el acusado viajó a Lima sin realizar gestión alguna para la municipalidad. No se registraron reuniones oficiales ni actividad pues eran días no laborables, infringiendo por tanto normas municipales; e) Pese a que devolvió el dinero, el acusado sigue siendo responsable penalmente por disponer de fondos públicos.

El imputado interpuso recurso de casación, invocando el quebrantamiento de precepto procesal e infracción de precepto material —alegando una interpretación errónea del artículo 387 del código penal pues no hubo relación funcional con el dinero cuando tuvo que viajar haciendo posteriormente un reembolso— y apartamiento de doctrina jurisprudencial específicamente del Acuerdo Plenario 07-2019/CJ-116.

La Sala argumenta lo siguiente: En primer lugar, cierto es que se trató de un funcionario público que solicitó y recibió viáticos de la Municipalidad para actividades oficiales ante el Ministerio de Agricultura, este funcionario viajó a Lima, pero no llevó a cabo ninguna gestión, presentó informes falsos sobre los gastos (pasajes, alojamiento, comida) y, varios meses después de recibir el dinero, intentó devolverlo. Por ello, no se está ante un

injusto administrativo en el que solo se está ante un incumplimiento de regulaciones sobre viáticos.

En segundo lugar, no se cumple la excepción mencionada en el Acuerdo Plenario 07-2019/CJ-116, que indica que no devolver el dinero de los viáticos y utilizarlo personalmente puede constituir el delito de falsedad¹. En este caso, el acusado SARDÓN VALDIVIA usó el dinero, viajó sin hacer gestiones oficiales, apropiándose de fondos públicos de manera fraudulenta.

En tercer lugar, que no es una mera falta formal de rendición de cuentas o de una autorización lícita para realizar actividades oficiales, sino más bien apropiación fraudulenta de fondos públicos, se obtuvo dinero para actividades personales bajo la falsa comisión de servicio municipal que nunca llevó a cabo.

Y en cuarto lugar finaliza concluyendo que si hubo apropiación por parte del imputado pues la forma en que se apropió, utilizando documentos falsos, ocasionó el daño al bien protegido por el delito de peculado, que son los fondos o bienes públicos destinados a servir al bien común, por lo tanto en el caso analizado: 1) El funcionario público se apropia de fondos públicos para sí, teniendo la responsabilidad de gestionar el dinero para cubrir los gastos necesarios que demanda ese fin específico designado; 2) El dinero recibido para un propósito oficial debe ser administrado en esa dirección de tal manera que el agente oficial tiene una disponibilidad o relación de dependencia con el caudal público; 3) Su acción causó un daño a la Administración pública al sacar fondos de su custodia y colocarlos en su posesión privada. El devolver el dinero no anula la conducta delictiva, pues el dinero ya había sido retirado del ámbito público.

A través de todo este análisis que realiza la Sala, es necesario extraer algunos fundamentos que nos ayudarán a realizar una investigación acerca si en realidad es correcto la conclusión a la que se llegó en esta sentencia de casación. En ese sentido, tenemos y podemos advertir primero algunos puntos importantes sobre los cuales se profundizará en este trabajo, ya que es importante tener en cuenta que se está observando un supuesto apartamiento de lo que doctrinalmente el Acuerdo plenario —al que me referiré a partir de ahora para no generar una repetición innecesaria— ha determinado acerca de los viáticos y la comisión de delito de peculado. Pero, no sólo analizaremos estos puntos que a continuación señalaremos, sino que también se profundizará acerca de los fundamentos jurídicos del referido acuerdo plenario,

¹ Fundamento jurídico cuarenta y dos: “Cuando la diligencia o comisión por la que fue otorgado el viático no se realizó porque el comisionado no se desplazó y no devolvió el dinero, es decir lo incorporó a su patrimonio probablemente constituye un delito de falsedad”

por lo tanto, habiendo contextualizado de lo que se trabajará, es oportuno que de acuerdo a lo leído en esta sentencia la Sala nos dice que:

- a) El agente oficial tiene un manejo del caudal entregado para cumplir los fines respectivos. Es decir, tenemos un fin específico respecto a la entrega de ese caudal, la sala nos señala ya de primera que se trata de un caudal público.
- b) El funcionario o servidor público administra ese dinero para un fin teniendo una disponibilidad o relación de dependencia con el caudal público.
- c) Su conducta causó un daño a la Administración pública al sacar fondos de su custodia y colocarlos en su posesión privada. Es decir que vulneró el bien jurídico protegido como son los fondos o bienes públicos cuyo destino es servir al bien común.

De estos tres puntos podremos analizar la naturaleza de ese viático entregado, de qué forma es entregado, es decir, si se está ante una administración o disposición de este creando una relación de dependencia, porque cabe recalcar que son términos distintos y si ¿Realmente se saca los fondos públicos y se colocan en posesión privada de funcionario o servidor público? Pero antes de analizar a profundidad estos puntos, previamente necesitamos repasar unos conceptos que nos ayudarán a determinar unas directrices que nos ayudará a delimitar una posición frente a esta problemática en torno a los viáticos y la aplicación del Derecho penal en estas situaciones, para ello comenzaremos analizando el principio de mínima intervención y luego se profundizará acerca de lo que se trata al hablar de un delito de infracción del deber.

1.2 Cuestiones jurídicas previas

En primer lugar, tenemos que, el ámbito del Derecho Penal, la intervención punitiva del Estado no es un acto trivial. Se trata de una herramienta poderosa que puede afectar profundamente la libertad y los derechos de las personas. Por ello, es importante que la aplicación del Derecho penal esté limitada por principios que garanticen su uso responsable y proporcional. Uno de estos principios fundamentales es el principio de ultima ratio, que nos recuerda que el Derecho Penal debe ser la última opción, solo utilizada cuando otras medidas menos intrusivas han fallado. En ese sentido, exploraremos el significado del principio de ultima ratio y su importancia en la construcción de un sistema penal justo y eficaz relacionándolo con los delitos contra la administración pública y el porqué de su punición.

Los delitos contra la administración pública son un área crucial del derecho penal que se enfoca en proteger el correcto funcionamiento del Estado y la integridad de los bienes públicos. Dentro de esta categoría, los delitos contra la infracción del deber son especialmente relevantes, ya que se centran en la responsabilidad de los funcionarios públicos que, por su

posición, tienen un deber especial de proteger los intereses del Estado y de la ciudadanía. Estos delitos no se limitan a la acción de causar daño, sino que se basan en la violación de un deber específico que surge de su función pública.

En este análisis, exploraremos la naturaleza de los delitos contra la infracción del deber en el contexto de la administración pública, incluyendo la importancia de la relación funcional del funcionario con el bien jurídico protegido, las controversias sobre la aplicación de la teoría de la infracción del deber a estos delitos y las implicaciones para la sanción penal.

1.2.1 *El principio de última ratio y el carácter subsidiario del Derecho penal*

El principio de mínima intervención en el Derecho penal, conocido como «*ultima ratio*», es visto como un símbolo claro de humanización ya que, en el pasado, el poder monárquico utilizaba el Derecho penal como herramienta de opresión y represión, para silenciar cualquier tipo de oposición a ese poder. Con la separación de poderes y la asignación exclusiva al Parlamento de la potestad criminalizadora, se logró un avance hacia un sistema democrático de derecho, donde la respuesta penal debe estar limitada y justificada².

La respuesta penal, por tanto, necesitaba enfocarse en proteger las condiciones sociales fundamentales y su aplicación debía basarse en razones que reflejen su esencia, esto es, con la contribución a la subsistencia, el buen funcionamiento y el desarrollo de la sociedad. Para determinar la necesidad de una respuesta penal, se deben considerar factores como la importancia del interés social en juego, la conducta prohibida, la gravedad de la acción, la existencia de un interés colectivo y la «carga moral» asociada a la sanción penal. De igual, es crucial considerar el conocimiento del individuo sobre la capacidad de su conducta para dañar un interés protegido³.

Una corriente mayoritaria —la que sostiene Roxin— considera que el Derecho penal debe proteger bienes jurídicos, entendidos como situaciones fácticas valoradas positivamente. Por otro lado, un planteamiento alternativo —que fundamenta Jakobs— sostiene que la función del Derecho penal es mantener la vigencia de las expectativas normativas que han sido defraudadas por hechos socialmente perturbadores. Para los primeros, la protección de los bienes jurídicos es el fundamento del *lus puniendi*, mientras que, para los segundos, la función del Derecho penal es orientar la sociedad manteniendo la expectativa normativa de un delito. A pesar de estas diferencias, ambas posturas coinciden en que el Derecho penal es necesario en la sociedad actual, lo que justifica la existencia de un *lus puniendi*. Si el Derecho

² CABRERA FREYRE, A., *Estudios críticos de derecho penal y política criminal. A partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*, (1era edición), Ideas Solución editorial S.A.C, Lima, 2013, cit. p. 88

³ VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*, (1era edición), Editores del centro, Lima, 2021, cit. p. 61.

penal no fuera socialmente necesario, no habría forma de fundamentarlo, no obstante, el debate surge al momento de definir su función social esencial⁴

La tendencia general es reducir la intervención mínima del Estado en muchas de las actividades que tradicionalmente eran su responsabilidad. Algunos incluso abogan por una completa ausencia de intervención estatal en los servicios públicos. Si nos acercamos al tema de la intervención penal en los delitos contra la administración pública, podremos encontrarnos con que la definición de función pública está en constante evolución, especialmente en el contexto actual de un mundo globalizado⁵.

Por ello, al existir cambios en las definiciones de algunos conceptos pueden generar confusión al punto de traer como consecuencia que el Derecho penal solo deba intervenir cuando otros mecanismos de control social, tanto estatales como sociales, se muestran ineficaces para prevenir y contener ciertas conductas. Estas conductas deben ser consideradas como dañinas y estar relacionadas a un bien jurídico que merece protección penal. De esta manera, se establece una relación estrecha entre el principio de protección de bienes jurídicos y el principio de mínima intervención, ello se puede establecer porque la ley penal solo debe sancionar punitivamente aquellas conductas que dañen o pongan en peligro aquellos valores fundamentales que son apreciados por toda la comunidad, siempre que otros instrumentos legales no sean suficientes para garantizar la protección de aquellos valores. En un Estado de Derecho democrático, las leyes penales solo se justifican cuando protegen valores esenciales para la convivencia social.⁶

Para comprender mejor la aplicación del Derecho penal, resulta de utilidad poder observar la clasificación de los supuestos penales, que realiza el Prof. Vílchez Chinchayán, donde se pueden clasificar en tres conjuntos, el primer conjunto está conformado por los intereses sociales fundamentales, este incluye delitos que afectan bienes jurídicos esenciales para el normal funcionamiento y desarrollo de la sociedad, como el homicidio, el secuestro, el robo, la estafa y la falsificación de dinero. La calificación sobre estos delitos no hace que exista debate sobre su reubicación, el segundo conjunto corresponde a aquellos que contienen la prolongación de la protección estatal y en este se abarca delitos que se consideran una «prolongación» de la protección de los del primer grupo o que representan una protección estatal de ciertos intereses como por ejemplo delitos como la injuria o los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Aquí puede ser que su ubicación pueda variar en el primero

⁴ GARCÍA CAVERO P., *Derecho penal. Parte general. Segunda Edición*. Editorial Jurista Editores, Lima, 2012, cit. p. 114-115.

⁵ HUGO ALVAREZ, JORGE B., *El delito de peculado*, (1era edición) Gaceta Jurídica, Lima, 2006, cit. 51.

⁶ CABRERA FREYRE, A., *Estudios críticos de derecho penal y política criminal*. cit. p. 89

o tercer grupo según su calificación. Y el tercer conjunto se incluye delitos que afectan bienes que no son fácilmente medibles o cuantificables, ya sea por su naturaleza o por la dificultad de identificar a las víctimas. Ejemplos de esto son los delitos contra el medio ambiente, la salud y la seguridad pública, los delitos de organización criminal y la delincuencia contra el Estado.

En los dos últimos conjuntos de delitos, especialmente en el tercer grupo, se observa una mayor convergencia entre la protección penal y administrativa. Esta convergencia representa un intento de proteger aquello que no es tangible, pero que se considera esencial para la sociedad. Es fundamental recordar que la intervención penal debe centrarse en la protección de los intereses sociales básicos y consolidados. Aunque puede haber áreas donde la protección penal y administrativa se superpongan, la intervención penal no solo debe considerar qué se protege, sino también qué tipo de conductas se pretenden prevenir. En el primer grupo de delitos, la necesidad de intervención penal es más evidente, ya que los bienes jurídicos afectados son fácilmente identificables y los peligros potenciales son más tangibles⁷.

Respecto al tercer grupo —donde se encuentran los delitos contra la administración pública— al contrario de los del primero grupo, la idea general que tenemos en nuestra mente es que el afectado es el Estado, porque este representa los intereses de una nación y tiene una organización política con soberanía sobre un territorio determinado⁸. Entonces, la justificación del Derecho penal reflejado por *ius puniendi* del Estado depende de la función que se le atribuye a la sanción punitiva frente a conductas que han lesionado o han puesto en peligro este tipo de intereses.⁹

El Estado, como pilar fundamental de la organización social, posee dos herramientas esenciales: el control exclusivo del uso de la fuerza, respaldado por mecanismos específicos, y recursos económicos obtenidos de la propia sociedad. En un estado de derecho, ambos medios se utilizan de acuerdo con las leyes, evitando el abuso de poder. La fuerza limita mi libertad de acción, impidiéndome realizar muchas cosas que podría hacer, o castigándome si

⁷ VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública*. cit. pp. 63-64.

⁸ Las decisiones del Estado, en realidad, son la expresión de la voluntad de individuos que ocupan cargos dentro de su estructura jurídica. Cuando una persona, como el individuo A, actúa en nombre de un órgano del Estado, sus decisiones, tomadas según los procedimientos legales y dentro de sus competencias, se consideran decisiones del Estado. Esto se debe a que el sistema jurídico las reconoce como tales y, en caso de necesidad, el poder coercitivo del Estado las respalda mediante la fuerza. Sin embargo, en esencia, son decisiones del individuo A, que formalmente se atribuyen al Estado. En GARCÍA AMADO, J., Sobre el *ius puniendi*, su fundamento, sus manifestaciones y sus límites, *Revista Documentación administrativa*, N°280-281, p. 3, publicado en 2008. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4240503>

⁹ La criminología crítica, interpreta la realidad penal desde la perspectiva que el Estado utiliza la delincuencia y su castigo como herramientas de dominación, manteniendo así las estructuras de poder y control. En GARCÍA CAVERO P., *Derecho penal. Parte general*. cit. pp. 113-114.

las hago. Sin embargo, el Estado no está sujeto a la misma restricción. No existe una fuerza externa que pueda imponerle límites similares. Esta diferencia fundamental crea una asimetría de poder entre el Estado y el ciudadano. Es a partir de esta realidad que surge la pregunta sobre ese derecho del Estado a sancionar el comportamiento de los ciudadanos que no cumplen con las normas que, en nuestra época, son establecidas por el mismo Estado¹⁰.

Pero ello no sólo significa la sanción de este tipo de comportamiento, sino que significa también el desafío actual de adaptar el principio de mínima intervención a las necesidades de la sociedad moderna. Es decir que es importante distinguir entre un discurso punitivo sin límites, basado en ideologías y políticas, y una reformulación de la política criminal que se ajuste a las nuevas realidades del Estado, la sociedad y la persona. Esta relación compleja, que involucra a estos tres, crea un escenario donde surgen nuevas relaciones sociales, un intercambio masivo de bienes y servicios, y una intensa actividad comercial e industrial. Esto ha llevado a la proliferación de empresas y consorcios transnacionales, generando nuevos riesgos y peligros que antes no existían y la tecnología también es utilizada para cometer delitos ya establecidos como tales. Y por ende surge la discusión sobre si estos nuevos ámbitos sociales deben ser protegidos por el Derecho penal. Algunos autores señalan que la «dinamización de los bienes jurídicos» tiene dos significados, el primero es el cambio en la relación entre el Estado y la sociedad en la producción y protección de bienes jurídicos, y el segunda es que existe una expansión del rol del Estado en la distribución de bienes, el control de su producción y la gestión de los riesgos asociados¹¹

Los fundamentos del principio de mínima intervención, es muestra también de esa expansión del rol del Estado. La necesidad y la racionalidad de la pena pues son consideradas pilares fundamentales para limitar la arbitrariedad con la que antiguamente se administraba la justicia penal. Si bien la comprensión teórica del principio de mínima intervención es relativamente clara en la doctrina, la dificultad radica en darle un contenido práctico que permita ser utilizado como criterio para legitimar el Derecho penal.

Para entender el alcance del principio de «última ratio» en su dimensión actual, como expresión del principio de estricta necesidad, debemos situarlo en el contexto de un Estado democrático de Derecho. Comprender la estructura de nuestro modelo de Estado nos permitirá determinar los fundamentos del Derecho penal. Si buscamos legitimar el Derecho penal, la pregunta clave es por qué el Estado debe limitar su intervención punitiva. En otras

¹⁰ GARCÍA AMADO, J., *Sobre el ius puniendi, su fundamento, sus manifestaciones y sus límites*, p. 3

¹¹ CABRERA FREYRE, A., *Estudios críticos de derecho penal y política criminal*. cit. p. 91

palabras, ¿por qué la legitimidad del Derecho penal depende de la renuncia o la disminución de la pena en algunos casos?

Es cierto que el principio de «última ratio» sirve como guía para las medidas que se adoptan dentro del sistema jurídico penal. Sin embargo, este principio puede ser interpretado de manera flexible, lo que podría afectar su capacidad para limitar el poder punitivo del Estado. Su concreción se encuentra, aunque no exclusivamente, en los valores que conforman un Estado social y democrático de Derecho, los cuales se derivan de la Constitución. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional en nuestra realidad juega un papel fundamental en la interpretación y aplicación de estos principios¹².

En ese mismo contexto, aunque se suele pensar que el Derecho penal, por el principio de «última ratio», solo debería aplicarse a las infracciones más graves teniendo como una de las principales críticas al Derecho penal moderno es que se ha convertido en un "prima ratio". En las sociedades contemporáneas, caracterizadas por los riesgos modernos, se observa una tendencia a recurrir al Derecho penal de manera excesiva¹³.

Quienes se oponen a la modernización del Derecho penal, naturalmente, se muestran en contra de esta expansión punitiva. Sin embargo, quienes consideran que el Derecho penal debe adaptarse al dinamismo de las estructuras sociales y proteger todos los bienes jurídicos, tanto materiales como inmateriales, con el objetivo de prevenir el delito, ven con buenos ojos esta expansión. Navarro Dolmetsch señala que esta expansión del Derecho penal implica la protección de bienes jurídicos que antes no estaban cubiertos por el sistema penal, principalmente bienes de carácter colectivo¹⁴.

Ahora bien, esta expansión del derecho penal debe ir de la mano con la idea que la potestad del Estado para castigar las conductas dañinas no puede ser absoluta. El Estado no puede perseguir el objetivo de la pena de manera irrestricta, llegando a un punto de terror penal o de injerencia en el sistema de valores del ciudadano. El sistema penal debe estar sujeto a un conjunto de principios o garantías que limiten el poder punitivo del Estado. Estos límites se conocen como principios político-criminales, ya que condicionan el uso del Derecho penal para enfrentar las conductas dañinas para la sociedad¹⁵.

¹² CARNEVALI RODRIGUEZ, R., *Derecho Penal como última ratio. Hacia una Política criminal racional*, Revista Ius et Praxis, vol. 14 (1), pp. 13-16, publicado en 2008. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-00122008000100002>

¹³ *Ibidem*, pp. 13-17.

¹⁴ CABRERA FREYRE, A., *Estudios críticos de derecho penal y política criminal*. cit. p. 92

¹⁵ GARCÍA CAVERO P., *Derecho penal. Parte general*. cit. pp. 116-117.

Esa potestad del Estado se define como el «ius puniendi» en términos subjetivos, se refiere al poder que el sistema jurídico otorga al Estado para establecer y aplicar castigos¹⁶.

En el contexto social actual, la justificación del principio de *ultima ratio* puede encontrarse tanto en una perspectiva preventiva como en una reestabilizadora del Derecho penal. Desde la perspectiva preventiva correspondiente a la teoría de prevención general negativa, la pena debe ser eficaz para prevenir delitos, pero también debe estar orientada a las garantías jurídico-penales. Esto significa que la pena debe ser justa y proporcional, no solo intimidatoria. Por otra parte, desde la teoría de la prevención de Integración, la prevención de delitos requiere de una pena justa, que se corresponda con los criterios de justicia, proporcionalidad, entre otros. Desde la perspectiva reestabilizadora, la función social del Derecho penal conlleva a que las garantías o principios se funcionalizan en atención a la prestación social asignada al Derecho penal. La pena debe cumplir su función de reestablecer el orden social, y para ello es necesario que se respeten los principios que aseguran que la pena desarrolle un efecto comunicativo válido en la sociedad actual. Esta comunicación penal legítima no puede hacerse de cualquier manera, sino que es necesario el cumplimiento de ciertas condiciones de legitimidad, es decir, el respeto de las garantías jurídico-penales.

En resumen, la justificación del principio de *ultima ratio* en el contexto social actual se basa en la necesidad de un Derecho penal que sea eficaz para prevenir delitos, pero también justo y legítimo. Esto implica que la pena debe ser justa, proporcional y comunicativa, y que el proceso penal debe respetar las garantías jurídico-penales¹⁷.

Por otra parte, el Derecho penal y la aplicación del principio de «*ultima ratio*» presenta otro tema de discusión frente argumentando que varios bienes jurídicos, al menos dentro del sistema peruano, están protegidos tanto por el Derecho penal como por el Derecho administrativo. Esta superposición de protección podría llevarnos a considerar que no es necesaria una separación tan estricta entre ambos sistemas. Es decir, consideran que la superposición de protección no es problemática, y que el sistema funciona bien con esta superposición.¹⁸

La expansión del Derecho penal en los casos de delitos contra la administración pública, al menos en nuestro sistema jurídico no puede llevarnos a una situación donde se criminalizan simples desobediencias a normas administrativas, sin que se demuestre que estas acciones representan un peligro real para la sociedad. Se está utilizando el Derecho penal para

¹⁶ GARCÍA AMADO, J., «Sobre el ius puniendi, su fundamento, sus manifestaciones y sus límites», p. 7

¹⁷ Cabe señalar que el autor comprende tanto el principio de *ultima ratio* sino de los principios político-criminales en general. GARCÍA CAVERO P., *Derecho penal. Parte general*. cit. p. 118.

¹⁸ VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública*. cit. p. 59.

hacer cumplir normas administrativas, sin considerar si se está realmente protegiendo un bien jurídico importante. Este fenómeno se observa en áreas como el Derecho penal ambiental, donde se criminalizan acciones que no necesariamente representan un riesgo para el medio ambiente. Esta tendencia a utilizar el Derecho penal para hacer cumplir normas administrativas es parte de una tendencia general hacia la administrativización del Estado, donde el control administrativo se prioriza sobre la protección de los derechos fundamentales.¹⁹

Si los derechos y garantías del ciudadano frente a ambas sanciones fueran idénticos, la diferencia entre ellas sería principalmente teórica. Sin embargo, dado que la interpretación y aplicación de esos derechos y garantías varía, es necesario encontrar una justificación y fundamento para que un mismo comportamiento se castigue con penas o con sanciones administrativas²⁰.

Esto es que la diferencia cuantitativa entre un delito y una infracción no parece suficiente para justificar la superposición de protección de bienes jurídicos. Si bien el mismo bien jurídico puede estar protegido por ambos sistemas, lo que realmente importa es la clase de conducta que se busca reprimir. Por ejemplo, no sería aceptable que el Derecho administrativo sancionador se encargue de la imputación y sanción del homicidio o de los ataques contra la Administración Pública, ya que estos son delitos que requieren un reproche social y jurídico más intenso.

En el caso específico de los delitos contra la Administración Pública, la intervención del Derecho penal se justifica por la existencia de varios factores como la gravedad del daño ya que los delitos contra la Administración Pública pueden causar un daño significativo al funcionamiento del Estado y a la confianza de la ciudadanía en las instituciones. Luego la intención del delincuente también se puede observar en este tipo de delitos pues suelen ser cometidos con intención de obtener un beneficio personal o de causar un daño deliberado al Estado. Y en lo que respecta a la naturaleza del bien jurídico, la Administración Pública es un bien jurídico fundamental para el funcionamiento de la sociedad, y su protección requiere un marco legal específico. Por lo tanto, la intervención del Derecho penal en estos casos es necesaria para garantizar la protección de la Administración Pública y la confianza ciudadana en el Estado.

La intervención del Derecho penal en los delitos contra la Administración Pública no se basa únicamente en el hecho que el funcionario ejerza funciones públicas, normativas o

¹⁹ CABRERA FREYRE, A., *Estudios críticos de derecho penal y política criminal*. cit. p. 97

²⁰ GARCÍA AMADO, J., «Sobre el ius puniendi, su fundamento, sus manifestaciones y sus límites», p. 19

administrativas, como establece la Ley del Servicio Civil. En primer lugar, la intervención se justifica por el "deber positivo" del funcionario, que va más allá de las responsabilidades formales. Este deber implica garantizar que su trabajo no afecte ni dañe a la Administración Pública o a los ciudadanos, y que, por el contrario, contribuya a mejorar su funcionamiento.

En segundo lugar, existe una relación especial entre el funcionario y la Administración Pública, que va más allá del cumplimiento de horarios u órdenes. Esta relación se define por la forma en que el funcionario ejerce sus competencias, pues si las utiliza de manera abusiva, excediendo sus atribuciones o utilizando violencia o amenazas, o si se aprovecha de su posición para obtener beneficios personales debe ser sancionado penalmente. El Derecho penal interviene cuando el funcionario público, por su posición de poder y confianza, abusa de su autoridad o se aprovecha de su puesto para obtener un beneficio personal o causar daño a la Administración Pública.²¹ Y esta es la idea que deberemos tener presente para poder entender la intervención punitiva en este tipo de delitos que afianza la idea de un uso adecuado del derecho penal a la luz del principio de mínima intervención.

Este principio se traduce en los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, que guían la labor del legislador penal, solo las lesiones más intolerables a los bienes jurídicos, esto es, las más importantes deben ser sancionadas penalmente por eso el Derecho penal debe ser un instrumento de control social de último recurso, utilizándose solo cuando sea absolutamente necesario para proteger los bienes jurídicos más importantes y cuando otros mecanismos de control social no sean suficientes.²²

El principio de subsidiariedad, que guía la intervención del Derecho penal, tiene dos aspectos: uno cualitativo y otro cuantitativo. En el aspecto cualitativo, solo los bienes jurídicos más importantes justifican la intervención del Derecho penal. Esto significa que las conductas que afectan aspectos no esenciales para el funcionamiento del sistema social, aunque sean comunes y difíciles de controlar con otros mecanismos, no deben ser sancionadas penalmente. El principio de subsidiariedad establece que el Derecho penal solo debe utilizarse para proteger los bienes jurídicos más importantes y que no debe utilizarse para controlar conductas que no representan una amenaza grave al orden social.

El principio de subsidiariedad también tiene una expresión cuantitativa, es decir, no se debe recurrir al Derecho penal si las conductas disfuncionales pueden controlarse suficientemente con otros medios menos lesivos. El sistema penal debe trabajar en conjunto

²¹ VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública*. cit. pp. 65-66.

²² GARCÍA CAVERO P., *Derecho penal. Parte general*. cit. p. 136.

con otros sistemas de control social como el administrativo. Si estos sistemas extrapenales son capaces de resolver situaciones de conflicto, el Derecho penal no debe intervenir.

Si los mecanismos de control extrapenales son suficientes para mantener conductas socialmente perturbadoras en niveles tolerables, no se deben utilizar amenazas penales para restringir la libertad de los individuos. Sin embargo, esto no significa que todos los mecanismos de control sean iguales. En algunos casos, los mecanismos no penales pueden cumplir la función de prevención o restabilización que normalmente se le asigna al Derecho penal, haciendo innecesaria la intervención penal. En resumen, el principio de subsidiariedad cuantitativa implica que el Derecho penal debe ser un recurso de última instancia, solo utilizado cuando otros mecanismos de control social no sean suficientes para controlar las conductas disfuncionales.²³

A manera de repaso respecto del principio de mínima intervención o *ultima ratio*, hemos podido comprender que un aspecto fundamental que justifica la intervención del Derecho penal es que este principio establece que el Derecho penal solo debe utilizarse en casos estrictamente necesarios, cuando otros sistemas de control social no sean suficientes para resolver un problema o conflicto social. El Derecho penal, debido a las consecuencias de su aplicación, es un mecanismo especialmente problemático para los ciudadanos y la sociedad. Por lo tanto, debe ser un recurso de última instancia, solo utilizándose cuando sea absolutamente necesario para proteger los bienes jurídicos más importantes.

1.2.2 ¿Qué implica la comisión de un delito de infracción del deber?

Los delitos de infracción del deber son una categoría compleja dentro del derecho penal que se enfoca en la responsabilidad de individuos que, por su posición o función, tienen un deber especial de proteger un bien jurídico. Estos delitos van más allá de la simple acción de causar daño, ya que se basan en la violación de un deber específico que surge de una relación institucional o contractual.

En estos casos, la competencia del autor está configurada a través de fundamentos jurídicos especiales que le asignan un status particular dentro del ámbito jurídico que se trate como es el Estado, las relaciones paterno-filiales y la confianza especial. La competencia del autor surge de la lesión de deberes protegidos institucionalmente que afectan exclusivamente a los titulares de un estatus determinado, lo que nos lleva a los delitos de infracción de deber.²⁴

²³ Ibidem cit. p. 137.

²⁴ KINDHAUSER, U., POLAINO-ORTS, M., CORCINO BARRUETA, F., *Imputación objetiva e imputación subjetiva en el Derecho Penal*, Grijley, trujillo, 2009, cit. p. 112.

En los delitos de infracción de un deber, la imputación del comportamiento se basa en la violación de un deber positivo específico, mientras que la realización del resultado no se considera la concreción del riesgo prohibido, sino como una configuración social que el sujeto obligado debió haber evitado, diferente de los delitos de dominio²⁵ que, si bien se requiere la imputación del comportamiento, en caso de delitos de resultado, también se requiere de la realización propia del resultado.²⁶

En los delitos de infracción de un deber no estamos hablando que la sanción está basada en una organización defectuosa como en los delitos de dominio sino más bien por el incumplimiento de deberes positivos que se le imponen al autor.

Roxin, en 1963, estableció la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber para resolver principalmente las reglas especiales de autoría y participación. Roxin define los delitos de infracción de deber como aquellos cuyo tipo se realiza a través de la violación de deberes especiales extrapenales, por lo que solo puede ser autor quien infringe ese deber.

Esta categoría ha experimentado un cambio significativo gracias a Jakobs ya que Roxin considera que la infracción del deber no fundamenta el injusto, sino que solo determina la autoría. Por el contrario, Jakobs define el injusto exclusivamente con la lesión de la institución a la que está vinculado (o con los deberes generales de actuación)²⁷.

Jakobs entonces reformula la teoría de los delitos de infracción de deber con una fundamentación basada en las instituciones positivas. En la teoría de Jakobs, la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica a través del ámbito de competencia del autor. Cuando Jakobs habla de deberes generales de actuación, se refiere al deber que tiene toda persona que interactúa en la sociedad de no lesionar a los demás en sus derechos, conocido como "*neminem laedere*". Este deber establece un espacio de libertad general de configuración para cada persona, que a su vez delimita el ejercicio de su libertad.

Los límites a la libertad surgen de la posición jurídica que ocupa cada persona en la sociedad, es decir, de un conjunto de derechos y obligaciones a los que debe ajustar su conducta en un mundo socialmente organizado. Nadie que desee vivir en sociedad, al menos en una sociedad de libertades, se comporta como un ermitaño o como alguien aislado del

²⁵ Los delitos de dominio e infracción de deber son dos categorías importantes dentro del derecho penal, pero con diferencias fundamentales. Los delitos de dominio se basan en el control que el autor tiene sobre el bien jurídico. Cualquier persona puede ser autor, independientemente de su posición o función, si tiene el poder de afectar el bien. En cambio, los delitos de infracción de deber se centran en la responsabilidad de individuos que, por su posición o función, tienen un deber especial de proteger un bien jurídico. Aquí, la posición del autor es crucial para determinar su responsabilidad.

²⁶ GARCÍA CAVERO P., *Derecho penal. Parte general*. p. 470.

²⁷ VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública*. cit. pp. 102-103.

entorno que lo rodea. La lesión de este deber general implica un uso arbitrario de la libertad general de configuración o la creación de una situación que el Derecho desapruueba. La consecuencia del uso arbitrario de la libertad genera naturalmente la imputación de una responsabilidad jurídico-penal. En esto radica en esa bilateralidad de libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias de administrar esa libertad²⁸.

La imputación de responsabilidad penal y específicamente del comportamiento en los delitos de infracción de un deber se basa en la falta de cumplimiento de un deber específico que exige una acción positiva dentro de una relación institucional. Para determinar la imputación objetiva en este nivel, es necesario saber quién tiene la obligación institucional, cómo se infringe esa obligación y cuáles son los límites de la competencia institucional y estas consideraciones generales deben ser complementadas con un análisis específico de cada institución y caso particular.

Para ser autor de un delito de infracción de un deber, no basta con cualquier persona. Solo puede serlo el sujeto que está obligado institucionalmente, como, por ejemplo, un juez o fiscal en el delito de prevaricato. La determinación de esta obligación institucional suele basarse en un proceso formal de atribución con procedimientos preestablecidos. La simple ocupación de un puesto no implica la existencia de una vinculación institucional. Solo en casos donde la institución se define socialmente —como en los delitos contra la administración pública— y no está formalmente establecida por otra rama jurídica, se podrían considerar criterios fácticos para determinar la titularidad del deber especial. La regla general es que solo quienes están formalmente vinculados a una institución social específica son titulares de los deberes especiales que surgen de esa relación²⁹.

Entonces, si la responsabilidad se da por la inobservancia de deberes en virtud de una competencia institucional, estos deberes, no se relacionan con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites establecidos por un estatus especial.

Un estatus especial, como el policía, fiscal o juez, establece un deber especial de comportarse en la administración de ese estatus, convirtiendo a su portador en un obligado especial. El policía tiene el deber de vigilar al detenido y no de torturarlo; el padre debe cuidar que su hijo menor no quede abandonado a su suerte. Tanto el policía como el padre son portadores de deberes institucionales, estatales de la función pública y de la relación paterno-

²⁸ CALCINA HANCCO, A. & PAREDES VERA, J., *Delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima, 2020. cit. pp. 30-32.

²⁹ GARCÍA CAVERO P., *Derecho penal. Parte general*. cit. p. 471.

filial, como expresión de instituciones positivas para garantizar el adecuado funcionamiento de ambos sectores parciales de la sociedad (la función pública y la paternidad).

La cualificación especial personal del tipo penal en sí misma no fundamenta el deber jurídico. Si bien en la mayoría de los casos puede coincidir, como en los delitos contra la administración pública, el fundamento proviene, más bien, del campo extrapenal, de las instituciones como formas de relaciones duraderas que se han consolidado en el proceso de institucionalización de los contactos sociales.

El funcionario público es portador de un deber institucional antes que el Código Penal lo incluya entre sus tipos penales con el estatus especial de funcionario. Incluso estando recogido en los capítulos contra la administración pública, nada impide que el funcionario público responda como autor de un delito de infracción de deber por un delito común.

Lo determinante es el deber institucional que el funcionario porta o ejercita como deber inherente a una competencia institucional. Mientras el funcionario delinque quebrantando dicho deber, él cometerá un delito de infracción de deber³⁰. De este modo, surgen los delitos de infracción de deber, que rompen con la hegemonía del dominio del hecho como único criterio para determinar la autoría³¹.

En los delitos de infracción de deber, la relación entre el autor y el bien no se define solo de forma negativa (*neminem laedere*), sino también de forma positiva, a través de un estatus del autor en relación con el bien, que está estrechamente vinculado a contextos normados. Esta situación hace que la responsabilidad penal del sujeto se determine no por su ámbito de organización, como se mencionó anteriormente, sino por ese estatus.

De hecho, lo destacado en este tipo de delitos es que el deber institucional es altamente personal y no puede ser disuelto de ninguna manera, o solo bajo condiciones especiales, por eso se puede afirmar que o bien es autor único (siempre es autor individual, no es posible la coautoría, la autoría mediata, la inducción o la cooperación), o bien no existe un delito de infracción de deber.

La categoría de los delitos de infracción de deber refleja el aspecto social, que hace necesaria la vinculación con instituciones esenciales para el mantenimiento de la propia

³⁰ CALCINA HANCCO, A. & PAREDES VERA, J., *Delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima, 2020. cit. pp. 30-33. Para Jakobs, la lesión del deber positivo de corte institucional fundamenta la imputación jurídico-penal. Para Roxin, el delito de infracción de deber solo es posible en los tipos penales que contengan el elemento de cualificación personal de la autoría. Por lo tanto, el único papel que desempeña dicha categoría para él es determinar la autoría del hecho delictivo, lo que no es posible de lograr con la teoría del dominio del hecho

³¹ Ibidem cit. p. 33.

sociedad. No se puede negar su existencia en nuestro ordenamiento jurídico³², más aún cuando hablamos de un quebrantamiento del deber especial. Lo importante es la infracción de un deber específico que solo incumbe al autor, un deber impuesto por una institución, por eso su autoría se caracteriza por el abuso o descuido del deber especial que surge del rol social del autor, lo que ocasiona una puesta en peligro o lesión de determinados bienes jurídicos. Esto quiere decir que, al no cumplir con las exigencias de su rol social especial, causa daño o pone en riesgo un bien jurídico protegido, como los principios y deberes funcionales.³³

Una vez identificada la persona con un rol especial, es necesario determinar el contenido de sus deberes institucionales a través de las normas formales o, en casos excepcionales, informales que definen la institución en cuestión. El sujeto vinculado institucionalmente está sujeto a los deberes especiales derivados de la institución específica. Para determinar si se ha infringido un deber, no importa la magnitud de la acción, sino simplemente si se ha cumplido o no con el deber especial impuesto. Por lo tanto, los obligados institucionales tienen un deber de protección frente a cualquier ataque a la institución protegida penalmente, incluso si el ataque se desarrolla sin su intervención. En este sentido, la imputación del comportamiento se produce solo si existe la posibilidad de cumplir con el deber especial que se ha incumplido³⁴

La jurisprudencia de la Corte Suprema refleja la aplicación del pensamiento institucional. En varios pronunciamientos, se afirma que los funcionarios públicos violan expectativas normativas institucionales, no generales. Por ejemplo, en el R.N. N°4564-2007-Piura,³⁵ se establece que la colusión no es un delito de dominio o común, donde el infractor viola su rol general de ciudadano, con el deber negativo de «*neminem laede*» o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general. Se trata de un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, obligándolo a ejercerlo correctamente. Cuando defrauda las expectativas normativas referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional.

³² VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública*. cit. pp. 102-104-106.

³³ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, Editorial Iustita, Lima, 2023, cit. p. 26-27. En los delitos especiales, los bienes jurídicos protegidos se representan en principios o deberes (por ejemplo, el principio de no lesionar el patrimonio del Estado en el peculado, el principio de legalidad presupuestal en la malversación de fondos). En cambio, en los delitos comunes o de dominio, los bienes jurídicos protegidos se representan en derechos, por ejemplo, el derecho a la vida en los homicidios, el derecho a la salud en los delitos de lesiones.

³⁴ GARCÍA CAVERO P., *Derecho penal. Parte general*. cit. pp.472- 473.

³⁵ R.N. N°4564-2007-Piura, de fecha 26 de marzo de 2008, fundamento jurídico N°03, en Gaceta Penal y procesal penal N°1, Lima: Gaceta jurídica, 2010, p.216.

En otro pronunciamiento³⁶ enfatiza que los delitos cometidos por funcionarios públicos se configuran como de "infracción de deber". Esto implica que el sujeto especial calificado adquiere deberes de aseguramiento y fomento del bien jurídico por su vinculación con el bien jurídico específico, esencialmente, por deberes institucionales o relaciones penales extrapenales que definen el marco de deberes a los que se encuentra vinculado y obligado el sujeto especial. El quebrantamiento de estos deberes, con la concurrencia de los demás componentes del tipo especial, explica la existencia del delito de infracción del deber. Cuando defrauda las expectativas normativas referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional.

Además, se establece que la exigencia formal de funcionario o servidor público denota que ha intervenido en la operación defraudatoria en razón de su cargo o de comisión especial. Esto se debe a que su sustento está en el deber atribuido a un funcionario público de resguardar los intereses estatales³⁷.

También podemos encontrar que el principio de legalidad establece que solo pueden ser autores de los delitos de infracción de deber aquellos que cumplen con las condiciones personales que el tipo penal exige. Por ejemplo, en los delitos de peculado y colusión, solo pueden ser autores los funcionarios o servidores públicos. En el delito de abuso de autoridad, solo puede ser autor un funcionario público, no un servidor público, ya que este último no tiene autoridad.³⁸

Si no se protegen estos deberes y principios a través del derecho penal, el Estado se desintegra. En un delito funcional con varios participantes, solo los que trabajan para el Estado serán autores, ya que tienen el deber especial de proteger la administración pública. Los demás participantes serán solo cómplices, al no tener un deber específico que proteger. En delitos como la colusión, el peculado, la malversación de fondos o la negociación incompatible, donde participan varios funcionarios o servidores públicos, solo serán autores aquellos que tienen una relación funcional específica con el objeto del delito. Los demás serán cómplices.

Estos delitos requieren a su vez de la condición de funcionario o servidor público, una relación funcional específica con el objeto del delito. Por ejemplo, en el peculado, solo puede ser autor quien tiene la facultad de administrar, custodiar o recaudar fondos públicos. Si en un

³⁶ Ejecutoria Suprema recaía en el R.N. N°5434-2008-Junín, considerando cuarto, en Gaceta penal y procesal penal, N°15, Lima: Gaceta jurídica, 2010, p.112.

³⁷ CALCINA HANCCO, A. & PAREDES VERA, J., *Delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima, 2020. cit. p. 33-34.

³⁸ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 27.

caso de peculado participan otros funcionarios o servidores que no tienen esa relación funcional, serán considerados cómplices³⁹.

Además, respecto a esa relación funcional y el resultado en este tipo de delitos, no se presenta como la realización de un riesgo prohibido, sino como la producción de una situación que no se ajusta a lo que la institución social pretende. Por lo tanto, una simple relación causal entre la conducta que infringe el deber especial y el resultado no configura la tipicidad objetiva del delito.

Entre la infracción de las competencias institucionales y la producción de un suceso contrario al orden impuesto por la institución social, solo existe una relación normativa. La falta de vigencia real de la institución se explica por el incumplimiento del deber especial del sujeto obligado institucionalmente.⁴⁰

La relación funcional específica entre el agente y el objeto del delito consolida los deberes especiales de proteger el funcionamiento del Estado. Esta relación puede ser mediata o inmediata, pero lo importante es que el agente, según sus funciones, tenga la atribución jurídica de disponer del objeto del delito. De hecho, La Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N. 4-2005/CJ-116, estableció una doctrina legal sobre el delito de peculado, que se relaciona con esta disposición: Para que exista el delito de peculado, no es necesario que el agente tenga una tenencia material directa sobre los bienes que se le han confiado por razón de su cargo. Es suficiente con que tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, la posibilidad de libre disposición que le otorga la ley en virtud de su cargo como funcionario o servidor público. Esto implica que debe tener una competencia funcional específica. La disponibilidad jurídica está ligada a las atribuciones que el agente tiene como parte de la administración pública⁴¹.

En definitiva, en los delitos contra la administración pública, que son delitos de infracción de un deber, se da un impacto en la confianza pública en las instituciones, destacando la importancia de los principios del Estado de derecho en el ejercicio del servicio

³⁹ *Ibidem*. Este autor ejemplifica a través de un caso de sustracción de dinero de una municipalidad, donde participan el alcalde y el regidor de limpieza pública, solo el alcalde sería considerado autor del delito de peculado. Esto se debe a que, además de ser funcionario público, tiene la competencia funcional específica de administrar los fondos públicos de la comuna. El regidor de limpieza pública, aunque también es funcionario, no tiene relación funcional específica con el objeto del delito (el fondo público), por lo que solo sería considerado cómplice.

⁴⁰ GARCÍA CAVERO P., *Derecho penal. Parte general*. cit. p. 474. Se ejemplifica con el delito de detención ilegal, se castiga tanto al juez que ordena la detención de una persona sin motivo legal, como al que no otorga la libertad que debería decretar a un detenido. El resultado lesivo —la privación de la libertad— constituye un abuso del Estado sobre los particulares, que se explica por el incumplimiento del deber especial del juez de utilizar la fuerza coactiva del Estado solo en los casos justificados y necesarios

⁴¹ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*. cit. p. 29-30.

público. Esto es fundamental para garantizar la transparencia, la legalidad y la rendición de cuentas.

Frente a lo que hemos podido revisar y al tener nociones básicas que como ya mencioné nos ayudarán a formar nuestra postura final, ahora es necesario analizar el delito de peculado y lo que corresponde al bien jurídico protegido, la conducta típica configuradora del delito, sus modalidades en las que destacaré dos, que son las de apropiación y utilización, sus elementos comunes y lo que nos dice el A.P. N°07-2019/CIJ-116 respecto a la responsabilidad penal por el delito de peculado correspondiente a la apropiación de los viáticos y su vinculación con la rendición de cuentas.



Capítulo 2

Apropiación de viáticos sin realización de comisión ¿es peculado?

2.1 ¿Cómo funciona el delito de peculado?

El término "peculado" tiene sus raíces en el latín, derivando de las palabras «*pecus*» que significa ganado y «*latus*» que significa, lo que literalmente se define como «hurto de ganado». En la antigua Roma, el ganado era un bien de gran valor, utilizado como moneda de cambio y símbolo de riqueza. Fue en el Imperio romano donde se acuñó la frase «*criminis peculatus*», que se refería al robo de dinero o bienes públicos. Esta última definición es la que ha perdurado hasta el presente⁴².

El peculado se considera un delito especial en la actualidad, debido a que el artículo 387 del Código Penal limita la posibilidad de cometer este delito a funcionarios o servidores públicos que administran, perciben o custodian bienes públicos por razón de su cargo. La distinción entre delitos comunes y especiales es un concepto tradicional en el derecho penal, y se basa en la idea que ciertos delitos solo pueden ser cometidos por personas que cumplen con características específicas, ya sea por su condición física o jurídica, como se define en los tipos penales. Sin embargo, también es un delito de infracción de deber, ya que la responsabilidad penal no se basa en el control sobre el riesgo del delito, sino en la violación de un deber específico que se deriva de su posición dentro de la institución pública⁴³.

El peculado es un delito especial que se comete cuando un funcionario público o alguien que trabaja para el Estado, abusa de su posición para robar bienes del Estado. Los jueces han dicho que una vez que estos funcionarios reciben bienes por su trabajo, tienen la obligación de cuidarlos y protegerlos o resguardarlos. En otras palabras, son responsables de proteger el dinero y los bienes del Estado o garantes del patrimonio estatal, de hecho, se señala que el funcionario o servidor público tiene que desarrollar funciones de control, conducción y vigilancia de esos caudales que tiene confiados⁴⁴.

El delito de peculado, en su tipo base, está tipificado en el código penal peruano en el artículo 387, primer párrafo y el cual establece lo siguiente:

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

⁴² SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 416.

⁴³ REAÑO PESCHIERA J., R, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Jurista Editores, Lima, 2015, cit. pp. 22-23.

⁴⁴ VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública*, cit. p. 319-320. El autor indica que la Corte Suprema se refiere tanto el deber de garante como al patrimonio estatal en el Recurso de Nulidad 615-2015-Lima y el Recurso de Nulidad 862-2011-Lima.

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 (...)

En su segundo párrafo del mencionado artículo podemos encontrar su forma agravada de comisión de este delito y en el tercer párrafo podemos encontrar su comisión culposa, sin embargo, para el análisis en el presente trabajo se utilizará el tipo de base de peculado, específicamente el de peculado por apropiación.

El delito de peculado está comprendido entre los delitos contra la Administración Pública, en la parte especial en donde el legislador peruano ha ubicado y sistematizado todos los delitos respecto a la función pública⁴⁵, y es por ello que guarda impacto cuando un funcionario o servidor pública realiza la comisión de este delito pues teniendo el deber de proteger el caudal público, lo que hace es apropiarlo o utilizarlo para sí o para tercero.

2.1.1 *¿Qué bien jurídico protege el delito de peculado?*

El bien jurídico se constituye en deberes o principios de tal manera que estos guían la labor de los sujetos públicos dentro de la administración pública, de ahí que sea común en la doctrina penal y jurisprudencia señalar que el delito de peculado es un delito de infracción de deber. Lo que realmente está en juego con el delito de peculado no es solo el dinero o los bienes del Estado, sino la confianza en la administración pública. Es decir, se trata de proteger los principios y deberes que guían a los funcionarios públicos para que cumplan con su trabajo de forma honesta y responsable. Por eso, se dice que el peculado viola esos principios y deberes.⁴⁶

En el ámbito del derecho penal, hay un debate constante sobre la necesidad de definir con precisión qué se busca proteger en los delitos contra la administración pública y es que se busca pasar de una idea general de «bien jurídico» a una definición más específica de lo que se busca proteger en cada caso. Si asumimos la perspectiva de mayor concreción del bien jurídico protegido en algunos tipos penales que tutelan la Administración Pública y la búsqueda de connotaciones de efectiva ofensividad, esto nos permite, entender mejor qué se protege y por ello tenemos que enfocarnos en casos concretos y buscar ejemplos de cómo estas acciones realmente dañan a la Administración⁴⁷ pública, es por ello que en el delito de peculado necesitamos encontrar cual es el bien jurídico protegido en específico.

⁴⁵ HUGO ALVAREZ, JORGE B., El delito de peculado, cit. p.33.

⁴⁶ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 425

⁴⁷ HUGO ALVAREZ, JORGE B., El delito de peculado, cit. pp. 32-33.

Así, podemos señalar que aunque la mayoría de los expertos concuerdan en que el delito de peculado busca proteger el buen funcionamiento de la administración pública, hay diferentes opiniones sobre qué se protege específicamente: primera posición: Se protege el dinero y los bienes del Estado ósea el patrimonio, la segunda posición, protege la capacidad del funcionario público de hacer su trabajo correctamente y la tercera posición sostiene que el delito de peculado es pluriofensivo, toda vez que busca garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público. A pesar de que existen diferentes puntos de vista, todos coinciden en que el peculado es un delito que busca proteger la integridad de la administración pública⁴⁸.

La Corte suprema en el AP 4-2005, reafirman que la protección penal se establece para en primer lugar garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración pública; y en segundo lugar evitar el abuso de poder del funcionario para que no falte a sus deberes de lealtad y probidad. Luego en el AP 7-2019, enfatizan que es el "recto desarrollo o desenvolvimiento de la Administración pública" No se trata solo de proteger el dinero del Estado, sino de asegurar que la administración pública opere de forma honesta y eficiente. Todo eso se ha visto reflejado en sus fallos, los tribunales han reconocido que el bien jurídico protegido por las leyes que castigan el peculado es el correcto funcionamiento de los servicios públicos, basado en la preservación de los recursos públicos y en una gestión responsable del patrimonio público. El daño al patrimonio público es una consecuencia inevitable de este tipo de delito⁴⁹.

En efecto, en el fundamento sexto del Acuerdo Plenario N. 4-2005 del 30 de septiembre de 2005, se prescribe que el peculado es un delito pluriofensivo, en el cual el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos mereciendo protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad o probidad⁵⁰.

⁴⁸ Ibídem cit. p. 454

⁴⁹ VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública.*, cit. p. 330.

⁵⁰ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 455. Abanto Vásquez sostiene que el delito de peculado busca proteger el patrimonio del Estado, asegurando su correcta administración y uso para beneficio de la sociedad. Este objetivo se sustenta en tres puntos: Protección contra la lesión, de tal forma que el patrimonio del Estado se protege no solo contra el robo directo, sino también contra el riesgo que se use mal (malversación), y se exige a los funcionarios públicos que lo cuiden con responsabilidad, segundo, el legislador peruano ha previsto como agravantes del peculado la importancia de la finalidad de los bienes objeto del delito: fines asistenciales o programas de apoyo social. Ex decir, cuando el patrimonio del Estado está destinado a fines de asistencia y a programas de apoyo

La forma en la que se define el delito de peculado en nuestro código penal descarta la idea que su único objetivo sea proteger el dinero del Estado. Si fuera así, tendríamos que decir lo mismo sobre otros delitos como la concusión o la colusión, que también afectan el patrimonio del Estado. Esto significa que el peculado puede tener otros objetivos, como proteger la honestidad de los funcionarios públicos o la confianza en la administración.

El peculado es un delito pluriofensivo que afecta varios aspectos. No solo busca proteger el buen funcionamiento de la administración pública en general, sino que también se enfoca en la obligación específica de los funcionarios públicos de no dañar el dinero del Estado. Este deber es parte de su trabajo y se aplica a los bienes que están bajo su responsabilidad. Por lo tanto, para que se considere peculado, no solo debe haber un daño al dinero del Estado, sino que también debe haber una violación del deber del funcionario de protegerlo. Si se daña el dinero del Estado sin que el funcionario haya violado su deber, no se considera peculado.⁵¹ A su vez, se viola de manera general el normal desenvolvimiento de la Administración Pública y la confianza de la ciudadanía en sus instituciones⁵².

El objetivo en los delitos contra la Administración pública es proteger la buena administración pública, es decir, garantizar que los órganos del Estado funcionen de forma correcta, ordenada y legal, en todas las ramas de sus tres poderes del Estado. Es la buena Administración pública entendida como la regularidad y eficiencia de la función pública que se traduce en su integridad, prestigio, probidad de sus funcionarios, confianza ciudadana en el Estado y sus instituciones y el decoro de la Administración. Para que los órganos de la administración pública funcionen correctamente, se espera que los funcionarios públicos sean honestos, eficientes, leales y responsables en el desempeño de sus funciones. Estos valores son esenciales para garantizar que los servicios que se brindan a la comunidad cumplan con la ley, esto es que se encuentren adecuados a derecho⁵³.

El Estado por tanto dentro de sus tareas está recaudar impuestos y adquiere bienes para poder ofrecer servicios esenciales como la seguridad, la justicia y la educación. Para administrar estos recursos, se nombra a funcionarios públicos que tienen la responsabilidad de

social, el peculado es agravado, y tercero, en el artículo 80 CP se afirma que en los delitos que lesionan el patrimonio del Estado, el plazo de prescripción se duplica.

⁵¹ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. pp. 456-457

⁵² HUGO ALVAREZ, JORGE B., El delito de peculado, cit. p.33. El injusto penal de peculado tiene la naturaleza de ser un delito pluriofensivo cuya acción dolosa afecta tanto al patrimonio como el correcto y regular ejercicio de la función pública. No se puede concebir posiciones extremistas, ya que como suele suceder en casi todos los delitos de acción dolosa con la acción dolosa se afectan varios bienes jurídicos como por ejemplo en el delito de terrorismo se lesionan la vida, la integridad física, la propiedad, la seguridad pública, entre otros, pero se considera predominantemente un valor como bien jurídico tutelado por la norma penal.

⁵³ HUGO ALVAREZ, JORGE B., El delito de peculado, cit. pp.176-177.

usarlos de forma correcta y eficiente. El objetivo del Estado no es acumular riqueza, sino utilizarla para servir a la sociedad. Cuando un funcionario público se apropia de los bienes del Estado, no solo roba dinero, sino que también afecta el funcionamiento de la administración pública y la confianza de la ciudadanía en las instituciones. Esto puede llevar a la desconfianza y la desmoralización, lo que podría poner en peligro el Estado democrático. Aunque la corrupción es un problema que ha existido durante mucho tiempo, la comunidad nacional e internacional está tomando medidas para combatirla, reconociendo la importancia de una administración pública honesta y eficiente. Por lo tanto, es crucial proteger el buen funcionamiento de la administración pública, ya que esto es fundamental para el bienestar de la sociedad⁵⁴ y el delito de peculado, como bien jurídico protegido tiene ese deber que se corresponde con la conducta de no lesionar el patrimonio del Estado.

2.1.2 La conducta típica configuradora de delito

Respecto a la conducta típica en el delito de peculado en Perú se refiere a la apropiación o utilización ilegal de fondos, bienes o recursos públicos por parte de un funcionario o servidor público. Esto significa que el funcionario, en ejercicio de su cargo, utiliza los recursos que están bajo su responsabilidad para beneficio propio o de terceros, violando las normas legales que regulan la administración de estos recursos. A su vez, este delito en su modalidad dolosa requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento que tiene el deber de no lesionar el patrimonio del Estado; en consecuencia, tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados por su cargo. Sin embargo, a pesar de saber esto, decide actuar de forma ilegal y dañar el patrimonio del Estado⁵⁵.

Según como está redactado el tipo penal, el agente desarrolla la conducta punible con el firme propósito de dejar de lado su deber de lesividad, apropiándose para sí o para otro, o utilizando en beneficio propio o de otro, los caudales o efectos del Estado. Esto causa un daño directo al Estado, ya que se le priva de los recursos que necesita para funcionar correctamente. Para que se considere peculado, además del dolo del agente, también debe tener el objetivo de obtener un beneficio económico para sí mismo o para otra persona. Si el funcionario se apropia de los bienes del Estado sin la intención de obtener un beneficio económico no se

⁵⁴ Ibídem, cit. p.186.

⁵⁵ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 466. Abanto Vásquez y Amoretti Pachas señalan que el dolo consiste en el conocimiento del carácter de bien público y de la relación funcional, así como la intención de apropiarse o de dar uso privado a los bienes. Y en el caso de los cómplices también deben actuar con conocimiento y voluntad de ayudar al funcionario a cometer el delito. No se puede ser cómplice de forma culposa.

configura el delito de peculado cuando por ejemplo el agente se apodera de parte del dinero que administra para hacerse pago de su remuneración que la administración le adeuda⁵⁶.

Por ejemplo, la sentencia de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ancash del 7 de abril de 1998 se argumentó que no constituía delito de peculado la conducta del inculcado, cuando un director de escuela, con el conocimiento de la asociación de padres, prestó calaminas donadas al colegio a un grupo de padres para protegerse de la lluvia. Los padres devolvieron las calaminas después, y no hubo evidencia que el director se hubiera apropiado de las calaminas para beneficio personal o que hubiera tenido la intención de obtener un beneficio económico⁵⁷.

Por otra parte, el funcionario o servidor público, debe ostentar una relación funcional con los bienes del Estado y la autoridad para administrarlos. Por lo tanto, el delito de peculado no se trata solo de obtener un beneficio personal, sino también de abusar de la confianza y autoridad que se le ha otorgado al funcionario. Aquí se puede observar un desvalor de la conducta dolosa que es mucho más intenso en virtud de esos deberes funcionales infringidos o concretamente la existencia de la relación funcional. El funcionario público convierte en un beneficio privado ese bien del Estado bajo su administración, percepción o custodia⁵⁸.

En ese mismo sentido, con respecto a la antijuricidad de la conducta del funcionario, esta se considera contraria al ordenamiento jurídico y, por ende, ilícita, pero ello no significa que pueda existir la concurrencia de alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del C.P. Aquí es posible que se materialice un estado de necesidad justificante para proteger bienes jurídicos de mayor valor que el perjudicado, como puede ser la vida, integridad física, o incluso la preservación de mayor patrimonio público, de hecho puede concurrir una causa de justificación de obrar en cumplimiento de una orden emitida por autoridad competente en ejercicio de sus funciones⁵⁹ y aquí se puede señalar el caso del funcionario que era jefe de la Unidad de Tesorería de la Dirección Regional Agraria del Ministerio de Agricultura y era el encargado de llevar la contabilidad de dicha dependencia pública, y desembolsó la suma de cinco mil soles, sin embargo dicho proceder fue en cumplimiento al pedido expreso del director de la Región Agraria, siendo evidente que el tesorero realizó dicho desembolso por cumplir una orden de su superior con previa

⁵⁶ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 467

⁵⁷ Exp. N. 576-97, AMAG, Serie de Jurisprudencia 4, 2000. p. 440.

⁵⁸ Cfr. VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública.*, cit. pp. 327-331.

⁵⁹ Prevista en el inciso 9 del artículo 20 Código penal

aprobación del director de la oficina de administración⁶⁰. Lo que no puede ocurrir es exista una causa de justificación que exima al funcionario de responsabilidad penal cuando, emita una orden legal que autorice a el mismo funcionario a tomar los bienes para su propio beneficio

La antijuridicidad, entonces, en el delito de peculado se da cuando además que la acción del funcionario es contraria al ordenamiento jurídico, es típica, dicha conducta no está amparada por ninguna causa de justificación por tanto su conducta se considera ilícita. Ahora bien, al verificarse que en la conducta típica de peculado no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continúa con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor, por ende, se debe verificar si el funcionario era capaz de comprender la naturaleza de sus acciones al momento de cometer el delito, lo que significa que debe ser mayor de edad y no tener problemas mentales que le impidan entender la realidad. También se debe determinar si el funcionario sabía que sus acciones eran ilegales, es decir, si era consciente que estaba cometiendo delito. No se puede alegar que el funcionario no sabía que sus acciones eran ilegales si no hay evidencia que realmente no lo sabía. Finalmente, se debe determinar si el funcionario tuvo la posibilidad de actuar de manera diferente, es decir, si pudo haber evitado cometer el delito. Por ejemplo, si el funcionario actuó bajo amenaza o coacción⁶¹.

Cabe señalarse que, respecto a la argumentación sobre la cuantía del bien, esto es que el valor del bien apropiado era pequeño y que el daño causado al Estado no era lo suficientemente grave como para justificar una acción penal, actualmente no hay un consenso claro sobre cómo se aplica el principio de insignificancia en el delito de peculado⁶², el cual consiste en que, aunque la conducta en cuestión puede haber lesionado o creado un peligro concreto, no tiene la entidad (cuantitativa o cualitativa) para que pueda ser sancionada. Esto significa que se crea una excepción donde formalmente no se ha previsto, lo que ha generado debate sobre si esto viola el principio de legalidad, la pena debe ser aplicada solo cuando es realmente necesaria⁶³.

Por un lado, se considera penalmente irrelevante la conducta de aquel funcionario que se apropia de 4 lapiceros, es considerada como insuficiente o insignificante para fundamentar una sanción penal, pero no sucede lo mismo con el delito de cohecho, donde no se ha alegado

⁶⁰ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 469. Dicho ejemplo corresponde al Exp. N.º 3713-2001-Cusco.

⁶¹ *Ibíd.*, cit. p. 470

⁶² VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública.*, cit. pp. 323-324.

⁶³ VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública.*, cit. p. 324.

insignificancia de la conducta por haber recibido 20 soles, por ejemplo, es así que encontrándonos en esta situación se debe responder con una argumentación jurídica mínimamente coherente con nuestro sistema penal, entonces, el profesor Vílchez Chinchayán señala que, frente a este contexto, si para evitar la sanción penal se afirma la importancia del monto insignificante o cuantía en el peculado y la irrelevancia del monto o cuantía en el cohecho pasivo, debería tenerse en cuenta que en primer lugar, si bien son delitos contra la Administración pública cometidos por funcionarios, sus respectivas conductas típicas responden a distintos paradigmas, esto es, que la conducta, que prevé el art. 387 CP. (peculado) cometida por un funcionario público especialmente designado o, mejor, con unas competencias (institucionales) específicas, mientras que en la del art. 393 CP (cohecho), el funcionario público no tiene necesariamente unas competencias específicas. De esta forma el daño al Estado no se limita al valor del bien, sino también a la confianza pública en el funcionario. En el caso del delito de peculado, por el contrario, responde al esquema de una conducta de desobediencia por infracción de competencias⁶⁴.

En mi opinión, el delito de peculado al ser un delito especial y por medio del cual se protege el deber del funcionario cuando se le entrega bienes públicos para administrar, percibir o custodiar y hace lo contrario al deber que tiene por su calidad, para beneficio propio o de tercero, con ello se tiene claro por tanto que se ha lesionado el bien jurídico de peculado, en todo caso pueden haber circunstancias atenuantes en torno a la reducción de la pena o en todo caso una suspensión de la misma.

2.1.3 Elementos comunes

2.1.3.1 Los caudales o efectos. Dentro de los elementos comunes del delito de peculado tenemos primero que el patrimonio público se representa por los caudales o efectos, por los primeros se entiende en un concepto amplio a todos los bienes en general de contenido económico, esto incluye el dinero y los valores de crédito negociables, como los cheques y bonos, de exigencia actual o futura. En un concepto estricto, lo son solo los bienes fiscalizados y aprehensibles con valor económico propio como por ejemplo el dinero, mercancías, insumos entre otros.

Se entiende entonces por caudal a toda clase de bienes con la única exigencia que estén dotados de valor económico, es decir, todos los bienes muebles o inmuebles que sean susceptibles de valoración económica, incluido el dinero⁶⁵.

⁶⁴ VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública.*, cit. p. 326-331.

⁶⁵ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 435

En la doctrina, hay debate sobre si los bienes inmuebles (como edificios o terrenos) pueden ser objeto de peculado. Algunos países, como Argentina y España, argumentan que no es posible apropiarse de un inmueble del Estado, ya que siempre pertenece al Estado. Sin embargo, la ley peruana considera que sí es posible cometer peculado con bienes inmuebles, ya que el delito se define como "utilizar o apropiarse" de bienes del Estado. Por ejemplo, si un funcionario utiliza un edificio del Estado como su vivienda sin autorización, esto sería considerado peculado o cuando el encargado de administrar los inmuebles del Estado, sin autorización alguna utiliza uno de ellos como su vivienda⁶⁶.

Los caudales son bienes que tienen un valor económico y que pertenecen al Estado. Estos bienes pueden ser muebles, inmuebles, o incluso bienes que se pueden reemplazar (fungibles) o no (no fungibles). También se considera que la mano de obra de los funcionarios públicos, es decir, su trabajo, es un tipo de caudal⁶⁷. El concepto de caudales entonces debe interpretarse en el sentido más amplio comprendiendo todo tipo de bienes en general dotados de valor económico, artístico, recreativo, histórico, entre otros, sujetos o susceptibles de valoración económica⁶⁸.

Los bienes inmuebles en general pueden ser susceptibles de apropiación y utilización indebida, pero no es posible sustraerlos materialmente, por ello la diferencia entre sustraer y apropiar y eso es determinante en el verbo rector en cada tipo penal para determinar lo que el legislador quiso reprimir.

Por otra parte, para la doctrina nacional, entiende como efectos a todo tipo de documentos de crédito negociables y pueden ser introducidos en el tráfico comercial emitidos por la administración pública como valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, banderas, escudos, licencias entre otros⁶⁹.

Son bienes que no son dinero, pero que pueden ser apropiados o utilizados de forma ilegal. Sin embargo, solo se consideran efectos si tienen un valor para el Estado.⁷⁰ Los libros o documentos contables de las empresas estatales no son caudales ni efectos, debido a que no son factibles de ser introducidos en el tráfico comercial⁷¹.

La Corte suprema ha tratado de conceptualizar de conformidad con la doctrina que el caudal posee por sí misma valor económico, mientras que el efecto representa un valor

⁶⁶ Ibídem cit. p. 436

⁶⁷ VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública.*, cit. p. 332-333.

⁶⁸ HUGO ALVAREZ, JORGE B., *El delito de peculado*, cit. p.46.

⁶⁹ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 436

⁷⁰ VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública.* cit. p. 332-333.

⁷¹ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 436. Esto se establece en la ejecutoria suprema del 10 de setiembre de 1997 en el Exp. N.º 4174-96-Junín.

económico, ambos con capacidad de negociación en el tráfico jurídico. En mi opinión se trata de una forma de tener establecido lo que significa uno y otro⁷².

Es así como podemos tener en claro que los "caudales" serán cualquier bien con valor económico, incluyendo el dinero, mientras que los "efectos" son cualquier objeto o bien que tenga un valor patrimonial público, incluyendo títulos valores negociables. Esta definición fue establecida en el Acuerdo Plenario N° 4-2005, que se considera un precedente obligatorio para todos los tribunales del país.

Los caudales y efectos deben pertenecer o estar bajo la administración pública destinados a los fines propios del Estado, por tanto, en el caso de la administración de bienes pertenecientes a un organismo internacional, no constituyen bienes del Estado, por lo tanto, no comete peculado⁷³.

2.1.3.2 Forma de entrega: percepción, administración y custodia. Estas formas constituyen modalidades de posesión que la norma exige pues son vinculadores jurídicos con los que el funcionario o servidor público se relaciona con el caudal o efecto y a partir de los cuales se desarrolla el acto de apropiación o utilización. Esa relación o también llamada vinculación funcional entre el sujeto y el objeto son el componente central en la estructura típica del delito de peculado, cuando este componente falta entonces genera atipicidad para los fines criminalizadores y punitivos del peculado⁷⁴.

Bajo este contexto, la percepción, administración y custodia de esos caudales o efectos, y la existencia de la relación funcional para configurarse el delito de peculado reflejará que el agente esté en vinculación directa o indirecta con los bienes públicos cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas debido al cargo que desempeña. Existen diferentes formas en las que un funcionario puede tener esta relación, y estas formas pueden ocurrir al mismo tiempo o por separado.

En primer lugar, la percepción o el percibir significa la acción de captar o recepcionar en nombre y en cuenta de la Administración pública⁷⁵, caudales o efectos de procedencia diversa o de distinta fuente⁷⁶, pero siempre lícita por ejemplo de particulares, de fuentes

⁷² ROJAS VARGAS, F., *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios público*, Editorial Grijley, Lima, 2020, cit. p. 353.

⁷³ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. pp. 436-437. Por su parte, aunque la Convención Interamericana no distingue entre caudales y efectos, sino que simplemente se refiere a «bienes», según esta Convención, un bien es cualquier tipo de activo, ya sea mueble o inmueble, tangible o intangible, incluyendo documentos o instrumentos legales que demuestren la propiedad o derechos sobre ese activo.

⁷⁴ ROJAS VARGAS, F., *Manual operativo de los delitos contra la administración pública (...)*, cit. p. 348.

⁷⁵ VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública.*, cit. p. 334.

⁷⁶ ROJAS VARGAS, F., *Manual operativo de los delitos contra la administración pública (...)*, cit. p. 348.

extranjeras, donaciones, del tesoro público entre otros y que ingresan o pasan a integrar el patrimonio del Estado. Esto incluye a los funcionarios que se les asigna bienes de acuerdo con sus cargos como aquellos que recaudan del ámbito externo de la administración pública, impuestos, rentas o contribuciones que ingresan a los fondos públicos⁷⁷. Un ejemplo de percepción lo podemos encontrar en el caso de un funcionario, quien recibió dos refractómetros, pero no los devolvió cuando fue despedido de su puesto. Tres años después, cuando fue acusado por el delito, finalmente devolvió los refractómetros. Este caso demuestra que la apropiación de bienes del Estado, incluso por un periodo corto de tiempo, puede ser considerado peculado.⁷⁸

En segundo lugar, administrar significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente establecidas. No es necesario que el funcionario tenga los bienes físicamente en su posesión ósea su posesión directa, pero sí debe tener control sobre ellos debido a su puesto. Esto significa que el funcionario puede decidir cómo se usan los bienes porque es responsable de la unidad administrativa o del área específica a la que pertenecen los bienes⁷⁹. También se ha denominado a la forma de administración como esa posesión material o jurídica de los bienes públicos (caudales o efectos) para gestionarlos y emplearlos con fines de la función pública y los cometidos estatales⁸⁰.

Ello supone actos de manejo o disposición de los recursos públicos que tiene a su cargo. Basta observar si existe una vinculación jurídica⁸¹. La administración de los bienes públicos por parte de un funcionario implica una relación directa o indirecta con esos bienes.⁸²

En tercer lugar, custodiar en el contexto del delito de peculado significa que el funcionario tiene la responsabilidad de proteger, conservar y vigilar los bienes públicos que están bajo su cuidado. Esto implica que el funcionario debe asegurarse que los bienes estén seguros, en buen estado y que no se usen para fines ilegales. Para que se considere que un funcionario está custodiando un bien público, la relación entre el funcionario y el bien debe ser permanente y relacionada con su trabajo. No se puede considerar custodia si el funcionario

⁷⁷ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 437

⁷⁸ *Ibidem*, cit. p. 438. El ejemplo del funcionario se puede encontrar en la Ejecutoria suprema de 05 de noviembre de 2002 en el Exp. N.º 26-2001-Cusco.

⁷⁹ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 438

⁸⁰ ROJAS VARGAS, F., *DManual operativo de los delitos contra la administración pública (...)*, cit. p. 349.

⁸¹ VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública.*, cit. p. 334.

⁸² SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 438

solo tiene contacto ocasional o temporal con el bien⁸³. En consecuencia, aquí sí es necesaria la detentación fáctica del bien⁸⁴.

La función de custodia el sujeto público entra en posesión-tenencia con los bienes públicos y a partir de ello se establecen un conjunto de deberes administrativos de preservación y cuidado para con dichos bienes⁸⁵.

Estas formas de posesión pueden encontrarse resumidas en el Acuerdo Plenario N° 4-2005 que la percepción de bienes públicos se refiere a recibir o captar recursos del Estado, la administración implica el manejo y control activo de esos recursos sobre los cuales se tiene una disponibilidad jurídica, y la custodia se refiere a la protección, conservación y vigilancia de los bienes públicos por parte del funcionario.⁸⁶

2.1.3.3 El sujeto activo. Otro elemento objetivo del delito de peculado lo constituye el destinatario de los bienes públicos, objeto de apropiación o el destinatario del usufructo de los bienes del Estado, objeto de utilización, es así que, en sentido amplio, el sujeto activo se define como el sujeto público, esto es funcionario o servidor, que por razón de su cargo de manera directa o por disposición, esos bienes públicos en cualquiera de las reparticiones que constituyen el Estado⁸⁷. El beneficiario o destinatario puede ser el propio agente de la apropiación o utilización, así como un tercero identificado en el tipo penal como para el otro⁸⁸.

Entorno al concepto de funcionario o servidor público, para ser considerado autor de un delito contra la administración pública, según la definición del Código Penal en el artículo 425, define este concepto de forma más amplia, incluyendo a personas que no solo han sido elegidas o designadas por una autoridad competente, sino también a quienes participan en funciones públicas. En otras palabras, la ley penal tiene su propia definición de funcionario o servidor público que es independiente del derecho administrativo o laboral⁸⁹.

⁸³ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 438-439

⁸⁴ VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública.*, cit. p. 334.

⁸⁵ ROJAS VARGAS, F., *Manual operativo de los delitos contra la administración pública (...)*, cit. p. 350.

⁸⁶ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 439

⁸⁷ ROJAS VARGAS, F., *Manual operativo de los delitos contra la administración pública (...)*, cit. p. 340.

⁸⁸ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 428. El delito de peculado no siempre se limita al funcionario que se apropia de los bienes. Puede involucrar a una tercera persona que se beneficia del delito, incluso si no participó directamente. En este caso, el funcionario primero debe apropiarse del bien y luego puede entregarlo a la tercera persona para que lo use o lo venda. La tercera persona puede ser un individuo, una empresa o incluso otro funcionario.

⁸⁹ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. pp. 8-9. El artículo 425, solo ofrece un concepto de funcionario o servidor público a fin de aplicar la ley penal; no establece, por tanto, un concepto ontológico de validez o eficacia general para todo el sistema jurídico peruano. Además, la ley penal tiene una definición amplia de "funcionario público" que se aplica específicamente para determinar si una persona puede ser considerada autora de un delito contra la administración pública. Esta definición

Por otra parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción define "funcionario público" de forma amplia, incluyendo a personas que trabajan para el gobierno, así como a quienes trabajan para organizaciones internacionales. Esta definición se aplica a personas que trabajan en diferentes áreas del gobierno, incluyendo legisladores, ejecutivos, administradores y jueces y también incluye a personas que trabajan para organizaciones internacionales públicas⁹⁰.

Si bien, según la ley peruana, una persona se considera «funcionario o servidor público» para efectos penales desde el momento en que es designada o elegida para un cargo público, incluso si aún no ha asumido el cargo⁹¹, y el artículo 425 del Código Penal peruano define quiénes son considerados funcionarios o servidores públicos para efectos penales, esta definición no es universal y no se aplica a todos los delitos contra la Administración Pública, por ejemplo, en el delito de peculado (artículo 387 del C.P.), ya que no basta con ser funcionario o servidor público. Para ser considerado culpable de peculado, el funcionario debe tener la responsabilidad de administrar, custodiar o percibir los bienes públicos en razón de su cargo. En cambio, en el delito de peculado de uso (artículo 388 del C.P.), cualquier funcionario descrito en el artículo 425 puede ser considerado responsable penalmente, ya que el delito no exige una relación funcional directa con los bienes. La única excepción es cuando el funcionario tiene bajo su custodia vehículos, máquinas u otros instrumentos de trabajo. La definición de "funcionario o servidor público" para efectos penales puede variar según el delito específico. Es importante considerar las características específicas de cada delito para determinar si la definición del artículo 425 se aplica⁹².

En el fundamento séptimo del Acuerdo plenario N.º 4-2005 se precisa que el sujeto activo en el delito de peculado puede ser cometido por un funcionario que se apropia de los bienes para su propio beneficio, o puede hacerlo para beneficiar a otra persona. En este último caso, el funcionario primero se apropia del bien y luego lo entrega a la tercera persona⁹³.

En sí, el Código Penal peruano no define de manera exhaustiva quiénes son considerados funcionarios o servidores públicos para efectos penales, pero sí establece un criterio amplio que incluye a aquellos que la Constitución Política y las leyes designan como

puede ser diferente a la que se utiliza en el derecho administrativo, lo que significa que una persona puede ser considerada "funcionario público" para la ley penal, pero no para el derecho administrativo.

⁹⁰ Ibídem, cit. p. 11.

⁹¹ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 13.

⁹² HUGO ALVAREZ, JORGE B., *El delito de peculado*, cit. p.66.

⁹³ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 428

tales. El artículo 425, inciso 6) del Código Penal menciona específicamente a "los demás indicados por la Constitución Política y la ley"⁹⁴.

El Tribunal Constitucional ha establecido que una persona se considera "funcionario público" para efectos penales no solo por su tipo de contrato o vínculo con el gobierno, sino por el hecho de desempeñar funciones públicas en entidades estatales⁹⁵. Lo importante es acreditar que desempeña alguna función en alguna entidad pública. A falta de documento, se impone el principio de supremacía de la realidad, ello significa que, en el sistema jurídico peruano. Parecido criterio se impone para el funcionario o servidor público extranjero⁹⁶.

A pesar de que exista un concepto amplio de funcionario o servidor público y sea un tema ineludible en el estudio del Derecho Público es el concepto de función pública, el cual desde el punto de vista teórico se define como el sistema que se aplica en el manejo de los recursos humanos al servicio del Estado, o al régimen jurídico de las relaciones entre este y las personas naturales a través de quienes desarrolla, ejercita y presta las actividades, funciones y servicios que le han sido asignadas en la Constitución Política del Estado y la ley⁹⁷, para efectos del delito de peculado ya que existe una fuerte vinculación que proviene de las competencias del cargo, lo que refleja una compleja red de deberes previos que sirven de base para este delito. Hay que tener presente que, si este funcionario no está vinculado funcionalmente con los caudales o efectos de los que se apodera, no será sancionado penalmente por el delito de peculado, aunque puede cometer otro delito contra el patrimonio.

2.1.4 Modalidades

El delito de peculado tiene varias formas, o modalidades, que se distinguen por la manera en que el funcionario público se apropia o utiliza indebidamente los bienes públicos. Estas modalidades incluyen el peculado por apropiación, por utilización, de uso, culposo y por extensión. Sin embargo, en este trabajo nos interesa captar y analizar las modalidades establecidas en el primer párrafo del artículo 387 del C.P.:

2.1.4.1 Peculado por apropiación. El delito de peculado por apropiación ocurre cuando un funcionario público se apropia de bienes públicos que están bajo su responsabilidad, como si fueran suyos. Esto significa que el funcionario toma posesión de los bienes, los considera propios, y los usa para su propio beneficio. La intención del funcionario es "hacerlos suyos" (*animus rem sibi habendi*). El beneficiario de esta apropiación puede ser

⁹⁴ HUGO ALVAREZ, JORGE B., *El delito de peculado*, cit. pp.67-68.

⁹⁵ Exp. N°.5057-2013-PA/TC de fecha 16 de abril de 2015. Llamado también "Caso Huatuco"

⁹⁶ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 14.

⁹⁷ HUGO ALVAREZ, JORGE B., *El delito de peculado*, cit. p.50.

el mismo funcionario o una tercera persona, ya sea otro funcionario o alguien ajeno a la administración pública.

La conducta del funcionario se constituye en una apropiación sui generis. Él ya tiene acceso a ellos por su puesto, pero en lugar de usarlos para el bien público, los trata como si fueran suyos. En vez de administrarlos para el Estado, los utiliza para su propio beneficio, actuando como si fueran parte de su patrimonio personal. Es decir, el funcionario se apropia de los bienes públicos, separándolos del uso público y colocándolos bajo su control personal. Como lo explica Rojas Vargas, el peculador "hace suyos" los bienes del Estado, quitándolos de la administración pública y tomando posesión de ellos.

Este «apropiarse» de los bienes públicos se puede establecer de varias maneras: aumento de su propio patrimonio pues puede incorporar los bienes públicos a sus propios bienes, aumentando su riqueza personal y disposición inmediata pues puede vender, alquilar, prestar, usar como si fueran propios, entregar a terceros, donar, o hacer cualquier otra cosa con los bienes públicos. En general, el peculado por apropiación se caracteriza por la acción del funcionario de tratar los bienes públicos como si fueran suyos, realizando actividades comerciales con ellos, y mostrando un control total sobre ellos. Esto no se aplica a situaciones donde el funcionario simplemente tiene acceso a los bienes públicos como parte de su trabajo y no los utiliza para beneficio personal.⁹⁸

Entonces, básicamente, en el peculado por apropiación el sujeto público incorpora a su patrimonio propio o de algún tercero, bienes que tienen naturaleza pública, que son de propiedad del Estado o se encuentran bajo administración pública de tal manera que se produce una apropiación que resulta prohibida para el sistema jurídico, sobre todo cuando esto deviene de una acción y un resultado que supone una infracción del deber funcional del sujeto⁹⁹.

Como ejemplo de esta modalidad, cabe citarse el hecho real objeto de la ejecutoria suprema del 26 de junio de 2003, el cual nos señala el caso de un administrador municipal que se apropió de fondos públicos destinados a la compra de una caja registradora y un autobús. Él usó el dinero para sus gastos personales, incluyendo el tratamiento médico de su esposa. Aunque devolvió parte del dinero después que se descubrió la irregularidad, no pudo devolver todo lo que había tomado. Este caso ilustra cómo el peculado por apropiación puede

⁹⁸ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 419

⁹⁹ ROJAS VARGAS, F., *Manual operativo de los delitos contra la administración pública (...)*, cit. p. 345.

involucrar el uso de fondos públicos para beneficio personal, incluso si el funcionario luego intenta devolver parte del dinero¹⁰⁰.

El funcionario o servidor público que tiene bienes públicos bajo su responsabilidad debido a su relación funcional, es decir tiene acceso a estos bienes, tanto material como jurídicamente, porque los administra, custodia o percibe¹⁰¹, de hecho, en el peculado por apropiación, el funcionario ya tiene los bienes públicos bajo su control y los trata como si fueran suyos, vendiéndolos, alquilándolos, donándolos, o incluso destruyéndolos. Este acto de «disposición» se concretiza en el distanciamiento y extracción de la esfera de custodia de la Administración. Es importante resaltar que en el delito de peculado por apropiación se considera completo, incluso si el funcionario luego devuelve el dinero. La devolución del dinero puede ser considerada como un factor positivo al momento de determinar la pena, pero no elimina la responsabilidad por el delito.

En el Perú, la ley no establece un valor mínimo para que la apropiación de bienes públicos sea considerada peculado. Esto diferencia el peculado del hurto, que sí tiene un umbral de valor, sin embargo, y como ya se ha señalado anteriormente, independientemente el valor de los bienes no debería ser un factor para determinar si un acto es considerado peculado. La apropiación de cualquier bien público, sin importar su valor, es un acto ilícito que debe ser perseguido y sancionado. El valor de los bienes puede ser considerado al momento de determinar la pena, pero no debería ser un factor para determinar si el acto es un delito¹⁰². Asimismo, se puede señalar como ejemplos de esta modalidad a la simulación del pago de profesionales para justificar el egreso de partidas económicas quedándose con el dinero (incluso en contubernio con los particulares), o que la persona encargada de depositar el dinero se lo quede, o apropiarse del combustible¹⁰³.

2.1.4.2 Peculado por utilización. El peculado por utilización ocurre cuando un funcionario público usa bienes públicos para su propio beneficio o el de terceros, sin la intención de apropiarse de ellos de forma permanente. El funcionario no busca quedarse con los bienes, sino simplemente aprovecharlos para beneficio propio. En otras palabras, el funcionario se aprovecha de las bondades que ofrecen los bienes públicos (caudal o efecto), sin intención de hacerlos suyos o apoderárselos para un tercero. No hay intención de

¹⁰⁰ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 420. La ejecutoria suprema corresponde al Exp. N. 2337-2001-Lima.

¹⁰¹ VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública.*, cit. p. 335.

¹⁰² VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública.*, cit. pp. 336-337.

¹⁰³ *Ibíd.*, cit. pp. 338-339.

poseerlos, sino solo de usarlos para beneficio personal. No hay aquí ánimo de dominio, sino solo el ánimo o intención de servirse del bien¹⁰⁴.

Si hablamos de su contenido material de esta forma de cometer el delito de peculado, entonces ello excluye los bienes contemplados en el peculado de uso (artículo 388 del C.P.), que comprende las maquinas, vehículos e instrumentos de trabajo, es decir que para el peculado por utilización se comprenderá a los bienes inmuebles, como edificios, viviendas, fincas rústicas, terrenos agrícolas o baldíos y bienes muebles con valor patrimonial distintos al del artículo antes mencionado, también bienes muebles que sean consumibles con la utilización como los documentos con valor patrimonial, adornos, artefactos domésticos electrónicos, bienes incautados entre otros. En el caso de la utilización de dinero o de bienes fungibles corresponderá la modalidad de apropiación sin embargo cada caso tendrá sus propias singularidades¹⁰⁵.

Además, el peculado por utilización implica que el funcionario separa los bienes públicos de la administración pública y los utiliza para beneficio personal o de terceros por un tiempo limitado. Luego, el funcionario devuelve los bienes a la administración pública. Sin embargo, esto no es posible con el dinero, ya que una vez que se gasta, no se puede devolver a la administración pública en su estado original.¹⁰⁶

Un ejemplo de esta modalidad de peculado lo podemos encontrar en la jurisprudencia en el siguiente caso de Sonia, quien es una representante de la Asociación Regional de Cesantes y Jubilados y quien actuó como cómplice en un caso de peculado por utilización pues a sabiendas que la asociación debía solicitar formalmente el uso de un inmueble del Ministerio de Educación, se dirigió al director regional de Educación de Junín para obtener el uso del inmueble sin seguir el proceso legal. Esto le permitió a la asociación usar el inmueble para su beneficio, lo que constituye un delito de peculado por utilización. La modalidad de peculado por utilización implica una separación del bien de la esfera pública y una aplicación privada temporal del mismo sin consumirlo, para regresarlo luego a su esfera pública, en el caso se configura porque la asociación obtuvo el uso del inmueble sin el debido proceso legal, lo que significa que se separó el bien de la administración pública y se le dio un uso privado temporal. El hecho que la asociación haya usado el inmueble, aunque sea temporalmente,

¹⁰⁴ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 420

¹⁰⁵ ROJAS VARGAS, F., *Manual operativo de los delitos contra la administración pública (...)*, cit. p. 347.

¹⁰⁶ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 421.

causa un daño económico al Estado, ya que se pierde la disponibilidad del bien. Por lo tanto, las acciones son consideradas un delito y podrían ser sancionadas penalmente¹⁰⁷.

En esta modalidad no se requiere de un perjuicio. Al respecto, La Corte Suprema ha aclarado que el delito de peculado por utilización no requiere que el bien público haya sido dañado o que el funcionario haya obtenido un beneficio personal. Lo que importa es que el funcionario haya usado el bien de forma ilegal, sin la intención de poseerlo, incluso si no se ha producido un daño económico al Estado. El delito se basa en la violación de los deberes del funcionario público, no en el resultado del uso del bien. El funcionario, al usar el bien público para beneficio personal o de terceros, está actuando en contra de sus obligaciones y está socavando la confianza en las instituciones públicas.¹⁰⁸

A manera de recoger lo que hemos visto hasta ahora de estas dos formas del delito de peculado, acerca del peculado por apropiación, el funcionario se apropia de bienes públicos, quitándolos del control de la administración pública y colocándolos bajo su control personal, como si fueran suyos. Y la modalidad de utilización cuando el funcionario se aprovecha de los bienes públicos para su propio beneficio o el de terceros, sin la intención de apropiarse de ellos de forma permanente. El objetivo es usar las ventajas que ofrecen los bienes, sin la intención de poseerlos¹⁰⁹.

Ahora bien, tomando conocimiento de la teoría acerca de lo que consiste el delito de peculado como de los principios que hemos visto en el primer capítulo es necesario analizar qué es lo que la Corte suprema estableció como doctrina en el Acuerdo plenario N°07-2019/CIJ y asimismo encontrar si existe coherencia en sus fundamentos jurídicos o deja más preguntas que respuestas.

2.2 Los viáticos según el Acuerdo Plenario N°07-2019/CIJ-116

2.2.1 ¿Naturaleza pública?

Respecto a la naturaleza de los viáticos en el Acuerdo Plenario que nos atañe, podemos encontrar que en primer lugar en el fundamento número 20, la Corte Suprema ya ha señalado que los viáticos, constituyen una asignación, es decir algo (monto de dinero) que se da o que se otorga al funcionario o servidor público a quien se le encarga una comisión para cubrir sus gastos de alimentación, hospedaje y desplazamiento. Y se señala que, en la doctrina de acuerdo a Rojas Vargas, tiene características como poseer contenido patrimonial, que este sea eventual no permanente, que tenga revestimiento de legalidad y poseer un carácter

¹⁰⁷ Ibídem cit. p. 421. El caso corresponde a la Sentencia Casatoria N. 814-2015-Junin, de fecha 19 de octubre de 2017

¹⁰⁸ VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública.*, cit. pp. 340-341.

¹⁰⁹ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 423

fungible o que se consuma una vez que se utilice. Esto nos da luces en principio que esa asignación es dinero, además, esta concepción ya se puede vislumbrar en el Recurso de Nulidad N.º 260-2009-LORETO de fecha 03 de marzo de 2010, mediante el cual se estableció que los viáticos eran esa asignación que se entrega a funcionarios, servidores públicos o personal comisionado, sin importar su fuente de financiamiento o tipo de contrato, para cubrir sus gastos de alimentación, alojamiento, transporte dentro del lugar de trabajo (movilidad local) y transporte hacia y desde el lugar de embarque (movilidad de traslados)¹¹⁰.

Además, en torno a ellos, se puede encontrar normatividad establecida por el Ministerio de Economía y Finanzas como la Ley N.º 28693 - Ley General del Sistema Nacional de Tesorería¹¹¹, Directiva de Tesorería N.º 001-2007-EF/77.15¹¹² aprobada por Resolución Directoral N.º 002-2007-EF-77.15, Ley N.º 28411 - Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto¹¹³ y Decreto Supremo N.º 007-2013-EF¹¹⁴, las cuales regulan algunas directrices sobre los viáticos pero la directiva más actual es la Directiva N.º 002-2024-EF/43.06 y la cual tiene dentro de sus disposiciones generales conceptualizar a los viáticos indicando que son esa asignación de dinero que se otorga al/ a la comisionado/a para cubrir gastos de alimentación, hospedaje, traslado y esto incluye gastos hacia y desde el lugar de embarque además del desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión¹¹⁵. Asimismo, el TUO de la Ley del Impuesto a la Renta enfatiza que los viáticos comprenden aquellos gastos de

¹¹⁰ Ejecutoria Suprema recaída en dicho recurso de nulidad, básicamente estableció que era un monto dinerario que se facilita a un trabajador para cubrir gastos en los que incurre por el desplazamiento realizado en la consecución de su tarea.

¹¹¹ Ley publicada el 28 de febrero de 2006, y que señala a que se consideran como fondos públicos a todos los recursos financieros de carácter tributario y no tributario que se generan, obtienen u originan en la producción o prestación de bienes y servicios que las unidades ejecutoras o entidades realizan, con arreglo a Ley, esto lo señalo en tanto los viáticos son considerados aquí como fondos públicos de acuerdo al submódulo de viáticos el cual proporciona conocimientos y procedimientos al personal de la oficina de Tesorería en los registros de asignación, control y rendición de gastos de Pasajes y Viáticos. Ministerio de Economía y Finanzas, como se puede visitar en la siguiente página web: https://www.mef.gob.pe/contenidos/ogie/capacitacion/sub_modulo_viaticos_SIGA_23062017.pdf

¹¹² Directiva publicada el 24 de enero de 2007, mediante esta Directiva se establecen las disposiciones y procedimientos generales relacionados con la ejecución financiera y demás operaciones de tesorería, así como las condiciones y plazos para el cierre de cada año fiscal, a ser aplicados por las Unidades Ejecutoras de los pliegos presupuestarios del Gobierno Nacional, de los Gobiernos Regionales; y por los Gobiernos Locales.

¹¹³ Ley publicada el 30 de diciembre de 2012 y señala que la disposición final décimo tercera que no corresponde pagar viáticos por comisión de servicios en el exterior, cuando éstos sean cubiertos por la entidad internacional organizadora o auspiciante del evento.

¹¹⁴ Publicado el 22 de enero de 2013 y que regula el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión de servicios en el territorio nacional.

¹¹⁵ Publicada el 05 de abril de 2024. Disposición general 4.e, p. 2. Asimismo, existe dentro de la normativa administrativa, la Directiva N.º 009-2005/CONSUCODE/PRE también tiene casi idéntica definición sólo agrega que, esa asignación que se otorga al personal comisionado es independiente de la fuente de financiamiento o su relación contractual.

alojamiento, alimentación y movilidad¹¹⁶. Así también y se señala de manera importante que de acuerdo a la Ley N° 31953 Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2024¹¹⁷ en la disposición complementaria número 8, se puede observar que los viáticos son un monto dinerario que ya se encuentra presupuestado a nivel nacional.

Si indagamos en la definición de la palabra, podemos encontrar que la Real Academia de la Lengua Española entiende por viático se define como aquella provisión, en especie o en dinero, dada a una persona que hace un viaje, para sufragar sus gastos¹¹⁸. Esto quiere decir, que de acuerdo a este concepto y de lo que se puede observar tanto de la normativa administrativa nacional, así como de lo establecido por la Corte Suprema incluso antes del Acuerdo plenario N°07-2019/CIJ-116, los viáticos se puede afirmar que consisten en dinero, en primer lugar, y que estos se dan porque existe una comisión encomendada al funcionario o servidor público para cubrir gastos básicos como son lo que corresponde a sus alimentos, a su lugar en donde se hospedará, y a su desplazamiento durante dicha comisión, por ende en realidad lo que causa una situación conflictuosa en torno a los viáticos se encuentra en, si ese dinero o asignación dineraria está bajo administración, percepción o custodia del funcionario o servidor público desplazado y si al no justificar dicho gasto generaría responsabilidad penal por el delito de peculado doloso o de otro delito del código penal.

En el A.P. N°07-2019/CIJ-116, se menciona en uno de sus fundamentos¹¹⁹ que para algunos autores como Reyna Alfaro, para quien los viáticos consisten también en la asignación de dinero que permite que el funcionario o servidor público cuando necesite viajar pueda desarrollar adecuadamente sus funciones públicas¹²⁰, y para él cabe aceptar que son dineros públicos y existe por ende un poder de manejo que el funcionario ostenta reflejando la relación funcional específica entre caudal y la función pública, generando responsabilidad por el delito de peculado. Así en el siguiente fundamento jurídico del Acuerdo plenario, en el mismo sentido, Arismendiz Amaya considera que los viáticos tienen naturaleza pública pues provienen de fondos públicos¹²¹

¹¹⁶ CALCINA HANCCO, A. & PAREDES VERA, J., *Delitos contra la administración pública*, cit. pp. 442-443.

¹¹⁷ Publicada el 30 de noviembre de 2023. En dicha ley los viáticos que se otorgan 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.

¹¹⁸ Real Academia Española. Viático. Diccionario del estudiante. Disponible en: <https://www.rae.es/diccionario-estudiante/vi%C3%A1tico>

¹¹⁹ Fundamento 24 pp. 11-12.

¹²⁰ CALCINA HANCCO, A. & PAREDES VERA, J., *Delitos contra la administración pública*, cit. p. 443.

¹²¹ Fundamento 25. P. 12

Por otra parte, para Ávalos Rodríguez¹²², la ejecución de los gastos como viáticos tienen la calidad de personales y que la rendición de cuentas sólo puede constituir un indicio para determinar si el funcionario o servidor se ha apropiado o no del dinero, pero agrega algo más pues indica que, aunque se haya dado una efectiva rendición de cuentas no significa que no se haya podido apropiarse del dinero presentado comprobantes de pago lícitos pero dados como favor o a cambio de algo. Entonces la rendición de cuentas podemos concluir que para él no resulta determinante para una sanción penal. Para Linares Rebaza¹²³, refiere que los gastos repercuten en beneficio del Estado, el gasto facilita la comisión del servicio encomendado, en el caso de Peña Cabrera Freyre, difiere en que se dé la comisión del delito de peculado sino más bien de Apropriación ilícita, de manera que la sola identificación de funcionario o servidor público y la infracción del deber no son suficientes para fundamentar la sustantividad material del injusto funcional, ya que el tipo penal no describe como tal la conducta, vulnerando el principio de legalidad. Para Peña Cabrera, en los delitos especiales propios, la búsqueda de un criterio material para la responsabilidad penal nos lleva a descartar criterios formales que no respetan el principio de legalidad. No basta con que alguien tenga una competencia institucional para atribuirle responsabilidad penal, sin considerar si su acción cumple con la descripción típica del delito¹²⁴. Respecto de la línea de pensamiento de este autor, estoy de acuerdo y es cierto que el tipo penal no describe la apropiación de viáticos, pero omite explicar por qué no centrarse también en bien jurídico que protege el delito de peculado y el dolo del autor que como veremos más adelante se han fundamentado en el Recurso de casación N°952-2019/Moquegua.

Finalmente, para Salinas Siccha y Barrios Alvarado¹²⁵ los viáticos son esos montos de dinero entregados como condiciones de trabajo para la prestación del servicio encomendado o de la comisión encargada, es decir que se traslada del ámbito de la administración pública al de la competencia privada y personal. Para el segundo dogmático, esa entrega de dinero no se da ni como percepción, administración o custodia debido a que, si bien existe el cargo a rendir

¹²² Fundamento 26 pp.12-13

¹²³ Fundamento 27, p. 12

¹²⁴ CABRERA FREYRE, A., *Estudios críticos de derecho penal y política criminal.*, cit. p. 547. Para este autor, el dominio sobre el objeto material del delito es fundamental para determinar la responsabilidad. Este dominio lo tiene el autor, quien tiene una relación funcional específica con el objeto, a diferencia de alguien externo o sin la cualificación funcional necesaria.

La infracción del deber, si bien es un factor a considerar para la relevancia jurídico-penal de la conducta, no es suficiente para determinar la tipicidad penal. Es decir, la infracción del deber no basta para afirmar que se ha cometido un delito. En otras palabras, para determinar la responsabilidad penal en estos delitos, se debe considerar no solo la posición institucional del autor, sino también si su acción cumple con la descripción típica del delito y si tiene el dominio sobre el objeto material del delito. La simple infracción del deber no es suficiente para determinar la responsabilidad penal.

¹²⁵ Fundamento del 29 al 31 pp. 14-15.

cuenta, el funcionario tiene el control y no la entidad pública. Es así, que en el A.P se establece¹²⁶ que no es correcto mantener que ese dinero dado como viáticos es caudal público en administración porque el funcionario o servidor público lo utiliza según convenga y para atender necesidades básicas como alimentarse, pero si señala que hay limitaciones como son el monto tasado por día y que está prohibido gastarlo en alcohol. Que lo que existe es una libre disposición de dicha asignación que es incompatible con el concepto de administrar dinero. Sin embargo, considero que en mi opinión en el A.P. 07-2019, sí se afirma que los viáticos son caudal público ya que en el fundamento jurídico 35 se señala que constituye caudal del erario público que recibe el sujeto público para cubrir esas necesidades básicas y cumplir con el encargo encomendado. Pero también se argumenta que este monto de dinero ingresa a la esfera privada del funcionario o servidor público y este puede usar dicha asignación dineraria como prefiera, con las limitaciones que debe guardar según la regulación normativa y es de ello debemos analizar respecto a la forma de entrega de los viáticos y si el Acuerdo concluye si se trata de viáticos entregados en calidad de percepción, administración o custodia, como lo veremos a continuación.

2.2.2 Forma de entrega

Los jueces supremos, en el AP. 7-2019, dan cuenta de la diversidad de pronunciamientos de la jurisprudencia dividiéndolos en tres grupos sin embargo se pueden presentar en dos grupos, de esta manera, por un lado, en los que se halla responsabilidad penal, básicamente porque (i) el dinero entregado se da en administración (es decir, son fondos públicos) y, por tanto, hay una relación funcional"; (ii) el sujeto activo dispone de dinero público y no rinde cuenta o lo hace pero de manera tardía o deficitaria (debido a que está incompleta); (iii) presenta información falsa; (iv) no se realiza la función encomendada y no se devuelve el dinero o no se rinde cuenta. Por otro lado, en el segundo grupo se encontrarían aquellos fallos en donde se ha argumentado que no hay una relación funcional, pues el dinero entra a su esfera personal y, por tanto, no habría responsabilidad penal¹²⁷.

Para Salinas Siccha, cuando un funcionario público recibe viáticos, estos pasan a formar parte de su esfera personal de control y gestión. El funcionario se convierte en administrador de ese dinero, con la libertad de usarlo para cubrir sus necesidades personales mientras realiza la comisión de servicio, la cual, a su vez, beneficia a la administración pública. Sin embargo, este punto de vista contrasta con la interpretación del Acuerdo Plenario N.º 7-2019/CIJ-116, que considera que los viáticos se entregan en calidad de transferencia en

¹²⁶ Fundamento 38. p. 18

¹²⁷ VILCHEZ CHINCHAYAN, R., *Delitos contra la administración pública.*, cit. pp. 354-355.

disposición de dinero para gastos de movilidad, alimentación y hospedaje, y no una posesión o administración. El acuerdo establece que el dinero entregado para pagar tasas, derechos, entre otros está sujeto a la obligación de devolución de lo no gastado, mientras que los viáticos, por su naturaleza, no están sujetos a esta misma obligación. Para Salinas Siccha, al recibir los viáticos, el agente público los ingresa a su esfera privada personal de vigilancia y administración. El beneficiario del viático se convierte en administrador de ese monto para gastarlo en su directo beneficio personal en tanto realiza la comisión encomendada en bien de la administración pública. En tal sentido, es discutible la doctrina legal establecida en el fundamento 45 del Acuerdo Plenario N.º 7-2019/CIJ-116.

En el fundamento 45 se concreta que sea ha hablado de una naturaleza especial que tienen los viáticos y que la calidad de estos es de transferencia en disposición que no se trata de una posesión o administración a diferencia del monto dinerario que se puede haber entregado para tasas, derechos, aranceles entre otros en el lugar del destino de la comisión. Esto difiere con lo que Salinas Siccha observa porque, una vez que entra en posesión del beneficiario, este se convierte en un administrador del mismo, pues sabe que tiene que gastarlo responsablemente en su beneficio al tiempo que realiza la comisión y solo en tres rubros, en movilidad, alimentación y hospedaje. No tiene autorización libre para disponerlo para fines diferentes. O quizá puede hacerlo, pero para efectos de la administración no son reconocidos como gasto¹²⁸.

Sin embargo, el comisionado va a ser quien se va a alimentar se va a desplazar va a utilizar el dinero para hospedaje y va a subsistir de manera que esto ya está presupuestado entonces la lógica acerca de los viáticos es que esa asignación económica es entregada e implica que sea consumida razonablemente en su totalidad y de hecho existen partidas presupuestales en donde proviene el dinero que se va a entregar al comisionado ya que el destino es diferente.

La naturaleza jurídica de los viáticos, según la interpretación de la Corte Suprema en la Ejecutoria suprema del Recurso de nulidad N°907-2014-Tacna, del 26 de marzo de 2015, se considera que son entregas dinerarias como condiciones de trabajo al trabajador público, ya que se entregan para cubrir los gastos que se generan al realizar una comisión de servicio excepcional fuera de su lugar de trabajo. En otras palabras, los viáticos se consideran una parte de las condiciones de trabajo del funcionario, ya que le permiten realizar su trabajo fuera de su lugar habitual. Al recibir los viáticos, el dinero pasa del control de la Administración

¹²⁸ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 440

Pública al ámbito privado y personal del funcionario, quien lo utiliza para cubrir sus gastos durante la comisión de servicio¹²⁹, pero con limitaciones pues para efectos de no tener cuestionamiento alguno es que al final del servicio el sujeto público debe rendir cuentas, presentando la correspondiente documentación que acredita el gasto efectuado. El beneficiario, administra y gasta los viáticos como si fueran suyos hasta el punto que puede disponerlos en su totalidad y como mejor le parezca en su alimentación, hospedaje y movilidad en el cumplimiento del servicio encomendado.

En mi opinión, es aquí donde encuentro un problema en el Acuerdo plenario 7-2019, pues no afirma en ningún momento si la forma de entrega de los viáticos es en percepción, que como sabemos percibir significa la acción de captar o recepcionar en nombre y en cuenta de la Administración pública caudales o efectos pero para ser ingresados al patrimonio de la entidad pública así como para retornarlos al lugar de donde procedieron, a manera de ejemplo como cuando las entidades públicas devuelven el fondo no utilizado a la entidad pública. En el caso de los viáticos no se cumple, es más, se tiene que utilizar ese dinero, porque con ello el comisionado, cumple con lo que se le asignado, por ejemplo, cuando viajara de Piura a Lima para entregar una pericia grafotécnica. En segundo lugar, tampoco se da una administración de los viáticos en tanto la facultad de disponer de esos bienes públicos para aplicarlo a finalidades legalmente establecidas o de destino público y aunque el funcionario pueda decidir cómo se usan los bienes porque es responsable de la unidad administrativa o del área específica a la que pertenecen los bienes¹³⁰, ello no es análogo con lo que sucede con los viáticos porque estos pasan a la esfera privada del sujeto público para gastarlo como mejor le convenga siempre y cuando cumpla con rendir cuentas de lo gastado y que sea en los tres rubros ya mencionados, uno de ellos es la alimentación.

A menos que, si lo vemos como condición de trabajo se puede hacer una analogía con la compra de agua por ejemplo para los trabajadores públicos, la que podemos consumir cuanto necesitemos, pero no podemos apropiarnos del bidón de agua y llevarlo a nuestra casa. Pero tampoco podría ser como lo que sucede con los materiales de oficina o el agua porque previamente la compra y el destino de esos bienes ha sido pensado, en cambio en los viáticos el sujeto público tiene libertad de disposición de ellos. Aún menos los viáticos son entregados en custodia pues aquí el funcionario no tiene la responsabilidad de proteger, conservar y vigilar dichos bienes. Lo que sí se puede destacar del A.P. es que en el fundamento 39 y 40 nos habla que los viáticos básicamente son entregados también por la relación laboral del

¹²⁹ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. p. 440

¹³⁰ *Ibidem*, cit. p. 438

sujeto público, ya que el trabajador al realizar la comisión de servicio en otro lugar que no es su centro de labores, sino que es en otra ciudad, o en una provincia, o incluso internacionalmente, se necesita pues de un recurso básico como es el dinero para poder satisfacer necesidades básicas que el trabajador necesita como persona y de acuerdo al artículo 23 de la constitución política del Perú no se puede desconocer la dignidad del trabajador. No obstante, reafirmo que el acuerdo plenario no confirma en que modalidad de las que se encuentran tipificadas en el artículo 387 del C.P. son entregados los viáticos, sin embargo y es otro punto que encuentro como incoherencia es que sí señala que puede existir responsabilidad penal por peculado por apropiación como lo veremos en el siguiente punto a desarrollar.

2.2.3 ¿En el A.P. 7-2019 se confirma la responsabilidad penal por peculado por apropiación ante la no realización del servicio y la deficiente o total no rendición de cuentas?

En este punto analizaremos los fundamentos jurídicos mediante los cuales podremos alcanzar una respuesta a esta pregunta, es así que en primer lugar, en el fundamento 41 se señala que existen funcionarios o servidores públicos que, al recibir el dinero por concepto de viáticos, generalmente se han apropiado del dinero sin realizar la comisión, pues era una comisión inexistente, o en casos en que la comisión realmente carecía de interés para el servicio público, pero que en realidad se hacía para beneficio propio o de terceros o se apropiaban de viático realizando a medias la comisión o dejada totalmente sin efecto, en otros casos se excedían del máximo fijado en la norma en la entrega de viáticos y que todo ello se corresponde con un actuar defraudatorio por parte del funcionario o servidor público y que configuran delitos, pero no habla exactamente del delito de peculado, de hecho, se puede inferir que se trata de otros delitos coexistentes y podemos tratar de concluir que se trate de delitos de falsedad.

En el fundamento 42 específicamente indica que existe un caso en el que el comisionado no se desplazó y no devolvió el dinero recibido como viático y lo incorporó a su patrimonio está cometiendo el delito de falsedad. Esto se relaciona con el párrafo anterior porque señala que existen sujetos públicos que cuando reciben los viáticos se apropian del dinero sin realizar la comisión e indica los supuestos en que la comisión en realidad no existía o cuando esta comisión no servía para la institución pública. Pero de este párrafo sólo dice que no hizo la comisión y se apropió del monto dinerario y que de ello el sujeto responderá por un delito que no es el de peculado

En el fundamento 43, cuando el agente público sustente con comprobantes de pago falsos es decir obtenidos de manera fraudulenta y así lograr ilícitamente hacerse con el dinero público lo que estaría cometiendo sería el delito de falsificación de documentos¹³¹, también uso de documento falso¹³² o falsedad genérica¹³³ pero no estaría cometiendo el delito de peculado por apropiación, no habla de si cumplió o no con la comisión o el encargo que tiene un fin público.

Asimismo, en el fundamento 44, se recalca que los viáticos forman parte de esas condiciones vitales que va a tener el comisionado, para alimentación, hospedaje, movilización de manera que se distingue de otras asignaciones que se perciban en administración o custodia. Además, se señala que el incumplimiento total o parcial no genera responsabilidad penal por el delito de peculado por apropiación ya que se puede inferir que si no se entrega esos viáticos en administración o custodia —formas de entrega típicas que fundamentan el delito de peculado— entonces no estamos hablando de la comisión de tal delito y más bien lo que se puede configurar es una infracción administrativa o laboral, pues lo que sí es seguro es que el funcionario o el servidor público debe rendir cuentas ya que esta es una exigencia legal en el Perú.

En el fundamento 45, se afirma que los viáticos son entregados en calidad de transferencia en disposición, no en posesión o administración, es decir vuelve a recalcarse de forma literal que de ninguna manera se entregan en calidad de administración y tampoco en calidad de custodia y aunque aquí no se mencione la percepción, se recalcó que no es dinero para pagar tasas, derechos, copias entre otros en el lugar de destino y en el fundamento 46 el A.P. refiere que el comisionado va a ser quien se va a alimentar se va a desplazar va a utilizar el dinero para subsistir de manera que esto ya está presupuestado entonces la lógica acerca de los viáticos es que proviene de un fondo público, que esa asignación económica es entregada e implica que sea consumida razonablemente en su totalidad y aunque se señale que esas partidas presupuestales son distintas, estas salen de la Institución pública quien le da el monto dinerario.

En los siguientes fundamentos es en donde vienen las contradicciones, porque el fundamento 47 nos vuelve a reafirmar como ya lo hizo en el fundamento 44, diciendo que la

¹³¹ Artículo 427 primer párrafo del C.P: sujeto que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio (...)

¹³² Artículo 427 segundo párrafo del C.P: sujeto que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, y que de su uso pueda resultar algún perjuicio (...)

¹³³ Artículo 438 del C.P.: El sujeto que de cualquier modo comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde (...)

omisión de rendir total o parcialmente cuentas, no es suficiente o no tiene la suficiente entidad para una imputación penal por el delito de peculado, debido a la naturaleza especial que tiene el viático y que se podrá considerar que el dinero es entregado y recibido en calidad de viáticos, según 3 criterios el primero que la comisión sea cierta y no para encubrir una apropiación, segundo, que la comisión se cumpla y tercero que el dinero se ajusta el marco o nivel de tope que la ley establece para ser entregada como viático es decir que no se haya inflado la suma dineraria. Es decir que no será viático cuando la comisión sea falsa, o que exista y que no esconda por debajo de la mesa una apropiación, en segundo lugar, que el encargo sea cumplido, y en tercer lugar que el monto de dinero no sea una suma inflada que supere los límites legales. Pero, esta lista ¿es taxativa? ¿si no se cumple una de ellas o se cumplen todas, son realmente viáticos? ¿Qué tipo de delito es el que se realiza si no se cumple con una o varias de ellas o todas?

Al haber indicado estos 3 criterios para el viático en el fundamento 48, el acuerdo plenario recalca que el ámbito penal solamente puede ser utilizado ante ausencia de otros medios menos intensos de acción estatal haciendo énfasis al principio de mínima intervención y el principio de fragmentariedad, esto es que nos está indicando que hay que tener presente que existen otras vías a parte de la penal que tendrán que ser agotadas antes de llegar a esta última vía, es decir que no va a ver responsabilidad penal antes de ello.

En el fundamento 49, es muy impactante, porque podemos encontrar que el acuerdo plenario empieza diciendo que, «antes de imputar el delito de peculado» tendremos que observar si el funcionario cumplió o no con la comisión encargada, entendiendo que si en caso la llegue a cumplir, se trate solamente de una situación que quede dentro de los límites del derecho administrativo, sin embargo, no concretiza porqué se trata de un delito de peculado, puesto que de nuevo pone el énfasis en la comisión, pero ya en otros fundamentos como el 42, indica que cuando no realiza la comisión y no devuelve el dinero en realidad se realiza otro delito que no es el de peculado sino uno de falsedad. El acuerdo plenario si afirma que, cuando el funcionario público sí cumplió con la comisión encargada y omitió la sustentación del gasto, sólo quedará en el ámbito de control y sanción de orden administrativo puesto que si nos dirigimos hacia el ámbito penal sería un tema de criminalización excesiva. El incumplimiento de no haber rendido cuentas sólo debe recaer en el monto que no se gastó y nunca sobre el total si es que la comisión llegó a realizarse, pero este acuerdo plenario nunca fundamenta cuando estaríamos ante un delito de peculado por apropiación porque en cada argumento y en cada fundamento no deja por sentado que se trate de un delito de peculado y de pronto encontramos en el fundamento 49 en el cual dice expresamente que si se

puede imputar el delito de peculado pero ya hemos visto que se contradice con otros de sus argumentos y aquí en este último fundamento se infiere que tendremos que ver si el funcionario cumplió o no cumplió con la comisión y esto más que dejarnos en claro cuando estaríamos frente a un delito de peculado lo único que hace es contradecirse, puesto que nos habla que el derecho penal sólo debe ser utilizado en casos muy graves, en donde no exista otra rama del derecho que pueda llegar a solucionar dichos conflictos o proteger dichos bienes jurídicos y más aún deja abierta la posibilidad a inferir por parte del juez si se trate o no de un delito de peculado, es decir básicamente en el fundamento 49, lo que nos quiere dar entender es que cuando no se cumple con la comisión vendría a acarrear un delito de peculado pero no se señala los criterios ante los cuales estaríamos ante la comisión de este delito.

Entonces habiendo analizado cada fundamento podemos concluir que, en realidad el Acuerdo plenario 7-2019, es deficiente en cuanto a la responsabilidad penal por peculado, en primera, porque la rendición de cuentas total o parcial no genera responsabilidad penal, la rendición de cuentas con documentos falsos, configura delitos como el de falsificación de documentos, pero no de peculado y respecto de la comisión, en un fundamento dice que si no se cumple la comisión y no sustenta los viáticos no genera responsabilidad penal y en el último fundamento dice que hay que revisar si se cumplió o no con la comisión. Lo que sí se puede decir, alcanzando una interpretación más allá de lo que en realidad dice este acuerdo plenario, es que habla que los viáticos serán entregados como tales cuando la comisión sea no falsa, ¿Qué pasa si es falsa y no presenta documentos? ¿Qué pasa si es falsa y presenta documentos falsos?, dicho acuerdo no dice nada y solo podemos inferir que ha podido tratar de dejar por sentado pero que en la práctica ha creado más preguntas que respuestas como lo veremos en el siguiente acápite con la sentencia que debemos analizar y evaluar para concluir si contradice o no este Acuerdo plenario. Podemos concluir en este momento, que a la pregunta inicial sobre este punto que hemos desarrollado, es que el Acuerdo plenario, sí señala que puede cometerse el delito de peculado, pero como ya hemos mencionado, no fundamentó a mi parecer de modo certero cuando realmente estábamos ante este delito.

Capítulo 3

Análisis del Recurso de Casación N°952-2019/Moquegua y toma de postura

3.1 Fundamentación ex ante

En este capítulo nos centraremos en los fundamentos de la sentencia casación que estamos analizando y la contrastaremos con el acuerdo plenario, pero a su vez daremos algunas alternativas de solución en torno a la apropiación de los viáticos y la comisión del delito de peculado en este caso en particular.

Así tenemos que dividir este tercer capítulo en los viáticos y su naturaleza especial, luego las implicancias del encargo o comisión de servicio y la rendición de cuentas y en tercer lugar el bien jurídico protegido y configuración del delito de peculado:

3.1.1 *La naturaleza especial de los viáticos*

En primer lugar, veremos que la sentencia señala en su fundamento segundo que los viáticos en este caso fue el dinero que solicitó y recibió el encausado, es decir Sardón Valdivia, a la Subgerencia de Planeamiento y Presupuesto de la Municipalidad Distrital de Ubinas. De ello, se tiene que en la sentencia sí señala que fue dinero que salió, efectivamente de la Sugerencia de presupuesto, por ende, los viáticos si salieron de un presupuesto estatal. Hasta aquí se puede decir que no contraviene con el Acuerdo Plenario 7-2019, puesto que para dicho acuerdo los viáticos son esa asignación dineraria que está presupuestada, además por si fuera poco la Ley N° 31953 Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2024, también señala que los viáticos son parte de ese presupuesto estatal. En ese sentido podemos decir que tenemos claro que se trata de dinero público. Incluso el mismo acuerdo plenario afirma que es caudal público en el fundamento 35. Es más, en la sentencia, en el fundamento de derecho número cuarto se precisa que es una modalidad de apropiación de caudales públicos que consiste en obtener fondos públicos.

Jurisprudencialmente encontramos al R.N. N°2938-2013, mediante el cual en su fundamento de derecho cuarto señala que se trata de un recurso público porque el encausado Revoredo Rojas tenía en su poder un dinero público que fue entregado por razón de su cargo y con fines de comisión de servicios, de manera que ese dinero asignado por el Estado en razón de su actividad institucional, en cumplimiento de fines causalmente vinculados al objetivo de los planes y programas pertinentes, percibió el dinero y no lo destinó a la finalidad pública establecida. Esta sentencia incluso indica que se trata de una percepción de dinero público. Asimismo, podemos mencionar al Recurso de Nulidad N.º 2622-2003-LAMBAYEQUE, mediante el cual la Corte hace referencia de la rendición de cuentas que se

trata de fondos de una entidad estatal y que se debió sustentar únicamente el dinero efectivamente cobrado.

En mi opinión de lo que se trata, es que no equivale a una asignación laboral, permanente o transitoria que integra el haber mensual del servidor público, sino de un deber público con una naturaleza especial, y cuyo fin es específico, esto es cubrir necesidades básicas del comisionado, los cuales son alimentación, hospedaje y alimentación, no pueden ser otra, puesto que, si bien podemos utilizar estos viáticos pero con limitaciones para alimentación, comiendo lo que queramos pero sin que eso implique que se ingiera bebidas alcohólicas, luego podemos desplazarnos en el vehículo que mejor nos parezca pero siempre y cuando sea para cumplir con la comisión de servicios, el dinero no se puede utilizar para ir a pasear por ejemplo a un parque de atracciones, y finalmente hospedarnos donde queramos, claro es cierto y aunque aquí no parezca que haya límite si lo hay porque hay un monto que está estipulado en la ley para viajes en el territorio nacional es de trescientos veinte soles por día, así que el monto que se gaste por día debe ir acuerdo a lo que se pueda gastar para ese día. De hecho, esas necesidades básicas nos ayudan a cumplir con un fin en orden al cumplimiento de objetivos de la institución. Por lo tanto, en este apartado que tanto el Acuerdo plenario, la sentencia de casación y en mi considerando, los viáticos sí que tienen naturaleza pública. Y si los fines son públicos estos están orientados al bien común por ejemplo si a un profesor del Estado, lo envían a una comisión de servicios a distintas partes del territorio nacional para que recoja información importante para la Institución educativa donde imparte clases, esto quiere decir que esta información impactará en la administración del colegio y por tanto en dar un servicio de educación a los alumnos.

3.1.2 Las implicancias del encargo o comisión de servicio

La Sala argumenta en su fundamento número dos, reafirmando los hechos declarados probados de tal manera que se pueden dividir en cuatro proposiciones fácticas: a) El encausado obtuvo caudales públicos-municipales para realizar una actividad funcional en Lima, sin embargo no realizó la comisión de servicio; b) El encausado solicitó los viáticos sin autorización previa de la autoridad superior y sin que elevara el informe de gestión pertinente; c) El encausado no realizó la comisión del servicio y realizó la rendición de cuentas no compatible con las fechas en el que realizaría la gestión y d) El encausado recibe el monto asignado como viáticos y luego intenta devolverlos.

La sentencia en ese contexto, señala en su fundamento tercero que, no se efectuó las gestiones oficiales que en este caso era realizar una actividad funcional ante Ministerio de Agricultura en la ciudad de Lima en nombre de la entidad municipal, además y esto es un

hecho probado puesto que no existe constancia de reunión en dicho Ministerio, no hubo ningún documento de recepción como por ejemplo un registro donde el haya estado en tal entidad, asimismo tomando en cuenta los días que había solicitado y quedado en la ciudad de Lima, el día 19 y 20 de abril de 2013, uno de ellos, el 20 era día no laborable porque era sábado, es decir que no realizó ninguna actividad funcional ese día y los documentos con los que sustentó los gastos durante esos días fueron del día 21 de abril, día que nos es el que se supone debía estar en la ciudad de Lima más aún cuando también es no laborable, por ende, se trató de rendición de gastos totalmente incompatibles con lo que realmente sucedió en su estancia en Lima, pues se le entregó dinero por dicha comisión que jamás se efectuó en la realidad, en consecuencia existió por parte del encausado una acción de defraudar patrimonialmente a la entidad pública, ósea a la Municipalidad de Ubinas.

Así también se señala que no se trata de un mero injusto administrativo, que solo haya derivado en incumplimiento de normativa administrativa al respecto, recalcando nuevamente que esta acción del funcionario conlleva una sanción no precisamente administrativa, señalando en el fundamento cuarto que no se trata de una ausencia simplemente formal o de autorización legal.

De acuerdo a estos fundamentos, podemos contrastarlos con lo que el Acuerdo plenario nos señala respecto al tema de la no comisión y la rendición de cuentas, que como ya he señalado en el capítulo 2, el acuerdo plenario se contradice en sus argumentos pues por un lado dice que 1) la no comisión y la no rendición de cuentas no genera responsabilidad por peculado, luego dice que 2) si rinde cuentas o sustenta con gastos que jamás se hicieron comete entre otros delitos el de falsificación de documentos pero tampoco dice que se trate del delito de peculado, posteriormente pasa a mencionar que 3) el incumplimiento total o parcial no genera responsabilidad penal sino solo una infracción administrativa o laboral, y finalmente 4) que si se puede imputar la responsabilidad penal por el delito de peculado pero que hay que verificar previamente si cumplió o no con la comisión, y que para ello debe ser —de lo que se infiere o haciendo una interpretación de lo que quiso señalar la corte suprema en el A.P.— en el fundamento 47 que sea una comisión cierta, ósea, que exista.

Es en ese sentido que la sentencia verifica si la comisión se dio lugar, ósea se cumplió o no, y como ya hemos visto de los hechos, se concluye que, no. Ahora bien, además se hizo con documentación que no era compatible con los días en los que iba a quedarse puesto que solicitó los días 19 y 20 de abril de 2013, sin embargo, presenta comprobantes de consumo por alimentación, hospedaje y movilidad del día 21 de abril, la documentación presentada no era la adecuada para sustentar el monto entregado como viáticos, pero y más aún la comisión

de servicio no se cumplió porque nunca existió. Por ende, puedo concluir que la sentencia de casación tampoco en este punto se aparta de lo que el Acuerdo plenario establece, puesto que, al ser un documento del cual conlleva a muchas interpretaciones, sí que se realiza el análisis, respecto a que no se cumplió con la comisión y que sustentó la rendición de cuentas con documentación que no correspondía con el lapso de tiempo en que supuestamente realizaría la comisión de servicio que de lo que hemos podido analizar podemos determinar que nunca existió y aun así presentó la solicitud para que se le devuelvan los viáticos.

Y con el tema que la sentencia nos dice que no es ilícito administrativo, es de menester recalcar que el Acuerdo plenario en todo momento dice que la rendición total o parcial de los viáticos solo debe quedar en esa vía, es decir la administrativa o en todo caso laboral, pero como ya señalamos en dicho caso no se da, por lo tanto, aquí la sentencia tampoco contradice lo afirmado por el A.P.

En mi opinión, acerca de la comisión o no comisión del servicio y la rendición de cuentas, encuentro algunas anotaciones que nos pueden ayudar a resolver el problema, para ello citaré algunos casos de la jurisprudencia en cuanto a la rendición de cuentas, en donde la Corte sostuvo que, la no rendición de cuentas constituía una circunstancia que ameritaba condenar a los encausados por el delito de peculado, de manera que, por un lado, nos podemos encontrar con el Recurso de Nulidad N. 1938-2004-AMAZONAS, mediante el cual se advierte que el sujeto en su calidad de Gerente Departamental sin observar las normas vigentes y en perjuicio económico, no cumplió con rendir cuentas de los fondos recibidos a título de viáticos, luego en el R.N. N.º 4788-2006-APURIMAC, se señaló que se había sustentado con documentos los gastos correspondiente a los viáticos sin cumplir con los requisitos sustentatorios para su pago y luego nos podemos encontrar con el Recurso de Nulidad N.º 4414-2005-MADRE DE DIOS, la Corte sostuvo que el sujeto en su condición de Director Regional de Trabajo y Promoción de empleo de Madre de Dios, viajó a diferentes lugares dentro y fuera de la región de manera injustificada y lo hizo pasar como comisión de servicios, incumpliendo, además, con efectuar el rendimiento de cuentas correspondiente para justificar los montos de viáticos, otorgados mediante el cual la Corte sostuvo que la no rendición de cuentas constituía una circunstancia que ameritaba condenar a los encausados por el delito de peculado.

Como puede observarse la Corte, en estos casos, solo describe la falta de rendición de cuentas adecuada por parte de los acusados, sin determinar si esto es parte del injusto, pero eso no es suficiente para imputar el delito de peculado por apropiación, sobre todo porque no se explica cuál es esa conducta, típica, antijurídica y culpable, en la que uno de los elementos

para que se configure el delito sea la rendición de cuentas, es por ello que la falta de rendición de cuentas total o parcial solo sería un indicio del delito, no un elemento esencial del mismo, esto es que no es un elemento integrante del injusto penal¹³⁴. Y si bien este indicio, ósea, aquel dato cierto, concreto, indubitadamente probado, inequívoco e indivisible de la posible comisión junto con otros indicios, puede llegar a formar una prueba (prueba indiciaria) que se cometió el delito de peculado, no es suficiente para demostrar el delito, de ello, que sea completamente válido apreciar un peculado sobre viáticos sin valorar la correcta rendición o no de cuentas pues el tema está en el bien jurídico que se afecta y la conducta orientada a tal resultado (como se verá en punto número 3. En mi opinión, es verdad que la verificación o no de cuentas, es un tema que debe tratarse primero en la vía administrativa, que puede llegar a ser como un indicio para hacer más gravosa la conducta del sujeto público, sí es verdad, pero de ningún motivo es algo esencial para determinar la comisión de este delito de peculado.

Por otra parte, es interesante analizar que Salinas Siccha establece que se pueden dar diversas formas en las que un funcionario recibe los viáticos y lo vincula tanto con la comisión, como con la no rendición de cuentas, así pues, tenemos: a) funcionario sin relación funcional recibe viáticos, realiza el servicio, pero no rinde cuentas o lo hace con documentos falsos, aquí no se configura peculado pues se requiere separación intencional de fondos públicos para que se configure el delito. La entrega de viáticos no implica apropiación, ya que el funcionario no separa el dinero de la esfera pública. b) funcionario sin relación funcional recibe viáticos, no realiza el servicio y rinde cuentas con documentos falsos, aquí sí configura el delito de peculado ya que, el objetivo era apropiarse del dinero público, c) funcionario con relación funcional toma el dinero para viáticos y no rinde cuentas tras realizar el servicio, aquí no se verifica peculado, pues no se cumple con los elementos objetivos del peculado. d) funcionario con relación funcional toma el dinero para viáticos y no realiza el servicio, rindiendo cuentas con documentos falsos, aquí sí se configura el delito de peculado ya que el objetivo es apropiarse del dinero público y e) funcionario, con o sin relación funcional, simula un viaje y rinde cuentas falsas para obtener reembolso también realiza el delito de peculado: Si un funcionario simula una comisión para obtener reembolso de viáticos con documentos falsos, se configura peculado al apropiarse del dinero público con engaño¹³⁵.

Al observar esta clasificación se tiene que tanto en el segundo, cuarto y quinto supuesto, el agente intencionalmente y con ánimo de lucro se apropia del dinero entregado como viáticos, esto es, si no se realiza la comisión de servicio, cualquier gasto significa

¹³⁴ CALCINA HANCCO, A. & PAREDES VERA, J., *Delitos contra la administración pública*, cit. pp. 448-449.

¹³⁵ SALINAS SICCHA, RAMIRO, *Delitos contra la administración de justicia*, cit. pp. 441-442

apropiación de los dineros públicos y, por lo tanto, el peculado se verifica. En estos casos, nunca realizó comisión alguna y más bien el dinero en lugar de devolverlo a las arcas fiscales, lo dispone en su directo beneficio personal, configurándose de ese modo los elementos objetivos y subjetivos del delito de peculado. Que el agente tiene la intención y animus de lucro de sorprender a la administración para que le entregue dinero por concepto de viáticos, para finalmente apropiárselos. Aparece el peculado, pues el agente intencionalmente y sabiendo perfectamente que no puede sustentar el gasto de los viáticos al no haber efectuado alguna comisión de servicios, dolosamente separa el dinero de la administración y lo pasa a su esfera privada personal, perjudicando de ese modo al agraviado que no es otro que el Estado. Asimismo, que si en los tres, adicionalmente presenta documentos falsos para engañar a la administración, además del delito de peculado, también será culpable de un delito contra la fe pública, existiendo un concurso real de delitos¹³⁶

Sobre esta línea, cabe resaltar que para este autor, la forma de entrega que se cumple es la de administración, porque el sujeto público tiene que cumplir con administrar dichos viáticos para un fin que es la comisión de servicios, el acuerdo plenario nos señala en el fundamento 45 que no se trata de una entrega en administración justamente por la naturaleza especial de los viáticos y por ello respecto a la forma de entrega, el concepto de administrar no se condice con el de disponer, si bien administrar significa que un funcionario público tiene el poder de usar los bienes públicos para lo que la ley permite, incluso si no los tiene en sus manos, como si tuviera una llave para abrir la caja donde están los bienes, no se trata de un arancel, de copias, la naturaleza del viáticos es particular, por eso, la palabra que utiliza la corte es de «transferencia por disposición» porque los viáticos son justamente gastos indispensables de la persona para sobrevivir durante los días que va a cumplir dicha tarea y que por lo tanto tiene que tener disposición de este dinero que ha sido transferido, pero que no necesariamente administra, sino que gasta para alimentarse, hospedarse y trasladarse.

Pero, algo que puedo totalmente rescatar y que se repite en esos tres supuestos es que, para que se pueda dar la comisión por el delito de peculado por apropiación, esta radica, en el no cumplimiento de la comisión de servicios por parte del autor y del dolo de este sujeto, ese ánimo de apropiarse del dinero, engañando a la Administración, por eso no se da un simple injusto administrativo, porque en el dolo penal, se trata de verificar si se ha cumplido o no con elementos que componen el tipo penal, de manera que ello implique conocimiento y voluntad de vulneración de normas penales, en situaciones donde hay mayor peligro para el bien

¹³⁶ Ibídem cit. pp. 443-445

jurídico y de mayor insoportabilidad social. El conocimiento y la voluntad, en tanto componentes de la parte subjetiva del tipo penal, están dirigidos a la realización de los elementos del delito en su plano de tipicidad. Entonces, para que se configure el delito de infracción de deber, el funcionario público debe tener conocimiento de lo que está haciendo y querer hacerlo, es decir que con conocimiento y voluntad se dirige a violar las normas que regulan su deber, las cuales suelen estar basadas en reglas administrativas. Además de la violación de la norma administrativa, el delito de infracción de deber requiere un elemento adicional específico, el plus de tipicidad que contiene todo tipo penal de infracción de deber, como por ejemplo la concertación en el delito de colusión. En definitiva, el dolo en los delitos contra la administración pública acompaña a la verificación de la prohibición punitiva y quiebre del deber administrativo¹³⁷. El dolo debió ser un punto al cual el acuerdo plenario A.P. 07-2019 debió dirigirse y asimismo explicar respecto a que la forma de entrega del viático se trata de una transferencia por disposición, la cual, no calza con ninguna de las formas de entrega que señala el código penal y por lo tanto, muchos abogados pueden alegar que se trata de un supuesto atípico y que no se condice para imputar responsabilidad penal, el acuerdo tenía que delimitar esta transferencia por disposición y enmarcarlo en alguna de las formas de entrega de tal manera que sea acompañado del elemento, al cual le da importancia y es que, para que se configure el delito de peculado, debemos verificar si se cumple o no con la comisión de servicio, pero debió concentrarse también en explicar el porqué es que este comportamiento iba a imputársele responsabilidad penal de manera que, pudo haberse explayado más en el bien jurídico que se protege en el delito de peculado, explicar el tema del dolo del autor y el tema del tipo penal como tal y el cumplimiento de sus elementos.

Asimismo, se señala en los hechos que existe una falta de autorización del Alcalde o de alguna autoridad que conceda tal otorgamiento, sin embargo, no se tiene alguna normativa general para el otorgamiento de viáticos y la respectiva autorización para los viajes en el interior del país, sino solo para cuando son viajes para el exterior como en la ley 27619¹³⁸, encuentro que dependerá de cada entidad pública¹³⁹ señalar si se requiere o no dicha autorización, pero los funcionarios tienen la obligación de presentar un informe después del

¹³⁷ ROJAS VARGAS, F., *Manual operativo de los delitos contra la administración pública (...)*, cit. p. 78-79.

¹³⁸ Publicada el 04 de enero de 2002

¹³⁹ Por ejemplo, he encontrado que tres entidades regulan que exista previa autorización como el Ministerio Público en su Directiva interna que señala las Normas para la Entrega de Fondos por Viáticos y asignaciones para la Realización De Comisiones De Servicios en su Disposición específica N°5.2.1, Osiptel en su Directiva Gestión de Viáticos Nacionales, específicamente en su Disposición específica N°6.1.1. y gobierno regional como el de San Martín en la Disposición general 6.1.2. "Disposiciones y Procedimientos para la Autorización de Viáticos por Comisión de Servicios y Rendición de Cuentas en la Sede Central del Gobierno Regional San Martín.

viaje realizado al cumplir con la comisión y ello no deja de lado que siempre se deba rendir cuentas de lo gastado porque es una obligación legal en el Perú como se encuentra establecido en el Decreto Supremo N°007-2013-EF, de fecha 22 de enero de 2013, en su artículo tercero, que señala precisamente que deberá presentarse la respectiva rendición de cuentas y gastos sustentando con comprobantes de pago¹⁴⁰.

3.1.3 El bien jurídico protegido y la configuración del delito de peculado

La Casación N°952-2019/ Moquegua en cuarto lugar finaliza concluyendo que si hubo apropiación por parte del imputado, pues la forma en que se apropió, utilizando documentos falsos, ocasionó el daño al bien protegido por el delito de peculado, que son los fondos o bienes públicos destinados a servir al bien común, por lo tanto en el caso analizado: 1) El funcionario público se apropia teniendo la responsabilidad de gestionar el dinero para cubrir los gastos necesarios que demanda ese fin; 2) El dinero recibido debe ser administrado de acuerdo a ese fin, de tal manera que el agente oficial tiene una disponibilidad con el caudal público; 3) Su acción fue sacar fondos de la custodia de la administración y causó un daño a la Administración pública al colocarlos en su posesión privada.

Bajo estas tres razones, la Corte declaró infundado el recurso de casación presentado por el encausado Henry Sardón Valdivia. Según estas razones aparentemente la Corte no se aparta de la doctrina jurisprudencial. Ahora bien, ¿son válidas dichas razones? Veremos que en principio sí. Sabemos de acuerdo a lo que hemos revisado del bien jurídico protegido en el delito de peculado que no sólo busca proteger el dinero o los bienes del Estado; sino que también se centra en preservar la confianza en la administración pública al asegurar que los funcionarios cumplan con sus deberes de manera honesta y responsable. Este delito se considera una infracción de deber, ya que implica la violación de los principios y deberes que guían el trabajo de los funcionarios públicos. El peculado es un delito que afecta diversos aspectos, buscando proteger la administración pública y la confianza ciudadana en sus instituciones. Los tribunales han reconocido que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de los servicios públicos, basado en la gestión responsable del patrimonio público y ello también se menciona en el fundamento 19 del A.P. 7-2019, mediante el cual se señala que no sólo se reprime el apoderamiento del dinero estatal sino también la correcta gestión funcional.

¹⁴⁰ También podemos encontrar a la Directiva de Tesorería 001-2007-EF/77.15 (aprobada por resolución directoral N°002-2007-EF 77.15), la cual nos señala la devolución de lo no gastado durante la comisión de servicio.

De ello podemos decir que el encausado se apropió de los caudales del Estado, en este caso de los viáticos, puesto que tuvo la disponibilidad de ese dinero pero para gestionarlo en torno a ese fin específico que era las supuestas gestiones que iba a realizar en el Ministerio de Cultura en Lima, que en la realidad, nunca se llevó a cabo incluso uno de los días era un día no laborable, no obra prueba alguna que afirme la comisión del servicio, incluso de la rendición de los gastos que realizó datan de una fecha que no correspondía con la solicitada, es decir que en todo momento tuvo ese ánimo de lucro de apropiarse del dinero del Estado.

Ahora bien, la Corte menciona que se trata que el funcionario administre dichos viáticos para la finalidad oficial, que nunca existió, la corte afirma que se trata de disposición y lo equipara con la administración, es en ese sentido, parece ser correcto hasta cierto punto si intenta dotar de sentido lo que el A.P. trata de fundamentar para confirmar que se trata de la comisión del delito de peculado por apropiación.

Cuando dice que saca de la custodia de la Administración pública dichos caudales públicos para colocarlos en su posesión privada, tiende a reafirmar la acción dolosa de dicho funcionario público que está vinculado por deberes normativos de protección, cuidado y fomento correspondientes a los valores integrantes de la Administración pública. Tal es así, que el elemento decisivo para activar el mundo de la relevancia punitiva es que dicho sujeto público lesione los deberes que forman parte de sus atribuciones que se hallan delimitadas en el ámbito de sus funciones o competencias. El funcionario público tiene un vínculo especial con la administración pública, basado en deberes de protección, cuidado y fomento de los valores que la rigen. Este vínculo crea un "mundo en común" entre el funcionario y la administración.¹⁴¹

Nadie puede ser autor de un delito si no tiene la capacidad o el deber de proteger el bien jurídico afectado. La base de la teoría de la infracción de deber no es la infracción del deber general, sino los deberes especiales impuestos por la ley penal.

En los delitos contra la administración pública, los sujetos calificados tienen el deber especial de lealtad, honestidad, veracidad, y de proteger el correcto funcionamiento de la administración pública. Además, la persona que incumple deberes funcionales es aquella persona que tiene atribuciones o competencias específicas contenidas en la función o el servicio público a través del cargo o empleo, porque si el imputado careciera de tales atribuciones o funciones, esa obligación de cumplir obviamente que no podría realizar la conducta típica¹⁴².

¹⁴¹ ROJAS VARGAS, F., *Manual operativo de los delitos contra la administración pública (...)*, cit. p. 110-111.

¹⁴² ROJAS VARGAS, F., *Manual operativo de los delitos contra la administración pública (...)*, cit. p. 118.

A mi punto de vista, la infracción del deber por parte de un funcionario deberá, por un lado, dilucidar si se trata del ejercicio de una función pública de acuerdo al deber, pero, además, si se trata del interés del Estado en la imagen de un aparato administrativo adecuado a los principios del Estado de derecho, de las instituciones de la delegación estatal o de los principios de un Estado de derecho en el ejercicio del servicio público¹⁴³. En el caso de Sardón Valdivia, actuó con conocimiento y voluntad, porque él sabía que dicha comisión jamás existió y aun así viajó e hizo pasar el gasto de dicho viaje como si fuera la naturaleza de un viático que justamente se dispone, sí, pero dicha asignación se da al funcionario público para que él puede desarrollar la comisión que le fue encomendada y aunado a ello tiene que rendir cuentas de lo gastado, es decir que ese dinero no se le da al sujeto público como una remuneración, sino que tiene unas condiciones y unos límites legales y regulación correspondiente a los viáticos que como ya hemos señalado se trata de fondos públicos.

Por otra parte, en lo que respecta netamente a la rendición de cuentas, en mi opinión deberá quedar en un tema administrativo, cuando la comisión de servicio, en primer lugar, exista —aquí citando al A.P. que sea cierta— después o en segundo lugar que se haya cumplido, pero —y aquí difiero con el A.P. que— si en caso no se llegara a cumplir, que esta no se sea atribuible al funcionario o servidor público y en tercer lugar que no exceda el monto legalmente permitido por día. Si nos inclinamos a que la vía administrativa solucione dichos casos en los que verdaderamente se trató de una comisión existente, es porque justamente hemos podido analizar, el principio de mínima intervención el cual no debe ser utilizado para mantener un Derecho que solo busca criminalizar todas aquellas conductas que bien podían ser solucionadas por otras ramas del derecho, pues no existe una violación del bien jurídico protegido, no ha existido dolo por parte del autor ni tampoco un ánimo de lucro de apropiarse del patrimonio estatal. Ello quiere decir que como la tipificación y la persecución efectiva de las nuevas formas de delincuencia, incluyendo la «criminalidad de los poderosos», como sucede en los casos de los delitos contra la administración pública, puesto que se trata de poder estatal, deben conducir a obtener un Derecho penal moderno, que siga el principio de mínima intervención, pero que también sea distinto en su enfoque¹⁴⁴ criminalizando las formas más gravosas que lesionan bienes jurídicos protegidos generales y específicos como en el caso del delito de peculado por apropiación.

¹⁴³ Sentencia Exp. N°1531-92-Huancayo, de fecha doce de diciembre de mil novecientos noventa y seis. En: HUGO ALVAREZ, JORGE B., *El delito de peculado*, cit. p. 51.

¹⁴⁴ Zugaldía Espinar en: CABRERA FREYRE, A., *Estudios críticos de derecho penal y política criminal*. cit. pp. 91-92. En definitiva, la teoría del bien jurídico ha sido objeto de una reformulación dogmática y de política criminal, fruto precisamente del fenómeno de la modernización del Derecho penal.

El analista como por ejemplo el juez, deberá observar el quebrantamiento de deberes explica la lógica de los delitos de función y para poder acreditar e incluso para poder observar probatoriamente, el quebrantamiento de deber, es regla de partida que tenga previamente que verificar cuál es la atribución, o deber administrativo propio y que forme parte de su competencia y atribuciones, quebrantó o violó con su comportamiento dicho funcionario o servidor público, no es posible construir la figura del delito de infracción de deber, si no se tiene claro cuál fue ese deber.

Si erróneamente se atribuye un deber normativo no poseído por el funcionario o servidor, se comete un exceso en la imputación y afectar los derechos del funcionario o servidor público. No es certero considerar que se trata de deberes éticos o de deberes generales de no dañar que se encuentran inmersos implícitamente en el marco específico de funcionario o servidor público y desvinculados de los plus descriptivos o normativos exigidos por el tipo penal —que como veremos en los párrafos siguientes sí que es importante lo que exige el tipo penal para no generar atipicidad y por ende absolución de un posible delito de peculado por apropiación— ello implicará considerar al Derecho penal como un derecho que administrativiza relevancias jurídicas y en consecuencia afectando su naturaleza fragmentaria y de ultima ratio. Estas características reflejan la vinculación con el Derecho administrativo y ponen de manifiesto que los delitos funcionariales en el ámbito de la administración pública son una variedad de delitos de infracción de deber que tienen en su base una normativa Administrativa frente a la cual se encuentra vinculado positivamente el funcionario o servidor público. No puede el funcionario o servidor público, desvincularse de ese pilar que le da sentido y de esa manera define su personalidad y su comportamiento funcional. El hecho de cometer el delito en estos casos significa, en su base, que el funcionario ha quebrantado expectativas normativas que, mediatamente la sociedad y directamente la propia Administración pública, tenían puestos en él¹⁴⁵.

Habiendo determinado —analizando cada punto desarrollado por el A.P. y la sentencia— que la Sala no se ha apartado de la doctrina establecida en el A.P. 07-2019, es decir que, no ha habido ni, apartamiento expreso, esto es que el tribunal decide no seguir la jurisprudencia vinculante, justificando explícitamente su decisión y argumentando las razones

¹⁴⁵ ROJAS VARGAS, F., *Manual operativo de los delitos contra la administración pública (...)*, cit. p. 119-120. Para ser autor, el sujeto especial debe estar vinculado con el bien jurídico específico o la institución positiva y por deberes normativos de variada naturaleza jurídica de tal manera que se cumpla con a) Conjunto de actividades que definen la administración pública y su relación con la sociedad.
b) Cumplimiento de deberes por parte de los funcionarios públicos para mantener la confianza ciudadana.
c) Principios y valores que guían la Administración pública, como imparcialidad y transparencia, y que determinan la protección legal en los delitos específicos.

para el apartamiento, en segundo lugar, el tribunal no ignora la jurisprudencia aplicable al caso, ya sea por desconocimiento o deliberadamente, sin mencionarla en su resolución y en tercer lugar tampoco el tribunal aplica la jurisprudencia vinculante, inadecuadamente, afectando la solución del caso¹⁴⁶.

En ese sentido, daré mi punto de vista, respecto a un elemento que faltó fundamentar en el Acuerdo plenario N°07-2019, ya que pienso, el tema de la apropiación por viáticos quedaría zanjado si tenemos en cuenta que es necesario que la acción que vulnera ese deber funcional del que se apropia de los viáticos debe pasar primero por la tipicidad y aunque exista doctrinarios que confirman que se trata de una forma de entrega de los viáticos por administración de los mismos para cumplir con el fin específico, ósea la comisión, el A.P. nos recalca la naturaleza especial de los viáticos que son entregados en calidad de transferencia por disposición, por ende, yo creo a fin de poder obtener menores casos en donde no se pueda determinar si se trató o no de un delito de peculado por apropiación, puede agregarse esta forma de entrega dentro del delito de peculado en su tipo base o en todo caso la palabra correcta sería añadir lo que el acuerdo plenario señala como «disposición» no lo señala en sí el tipo penal.

Esto nos ayudaría a que las conductas que deban ser descritas en la norma penal puedan delimitar con claridad y exactitud el tipo penal significando que se deba retomar los elementos descriptivos del tipo penal, para así establecer qué es lo que se busca proteger y cuál es la acción que se sanciona. Si es que la norma penal resulta comprensible, entonces el juez no se verá en la necesidad de tener que extralimitar su competencia en referencia a la norma y su interpretación podría verse resumida en determinar si es que la conducta acaecida en el plano real guarda relación con la que el legislador ha tipificado y, de ser así, entonces determinar la congruencia entre la realidad y la norma. El juzgador encuentra en la norma un límite para la correcta aplicación del ideal de justicia en el caso concreto¹⁴⁷.

En el caso del recurso de casación, el abogado defensor del funcionario servidor público señaló que se trataba de una conducta atípica, y en la jurisprudencia no quedó zanjado cuando existe peculado y por el otro cuando no existe peculado, la solución más específica está en el artículo de peculado. No obstante y sin contradecir lo que acabe de explicar, se puede presentar el caso en que el juzgador encuentra una conducta que ha puesto en peligro determinados bienes jurídicos —como en el caso de la apropiación de los viáticos donde se

¹⁴⁶ Sentencia 344-20217 Cajamarca, de fecha 04 de diciembre de 2017

¹⁴⁷ VANEGAS FERNANDEZ, H., *Repensando el principio de legalidad penal: Sociedad de riesgo, crisis y relativización*, Revista de la Facultad de Derecho, N°50, pp. 20-21, publicado en 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.22187/rfd2021n50a8>

infringe el deber del funcionario de no lesionar el patrimonio estatal— y que en un primer análisis podría parecer manifiestamente ilícita, sin embargo, esta no se encuentra tipificada correctamente y siguiendo los parámetros estrictos de la legalidad, no quedaría otra alternativa que la de declarar la absolución. Esto nos deja una magna contradicción pues, se absuelve a un individuo que, aunque ha causado un daño, no ha logrado encuadrar el mismo dentro de los parámetros del tipo penal. Para esos casos y como se ha realizado en la sentencia que hemos analizado el juez podría garantizar que la erosión a la norma no se produzca únicamente cuando se encuadra una conducta a un tipo penal innecesario, sino cuando en realidad se produce una afectación social y un verdadero daño lesivo¹⁴⁸. De esta manera podemos encontrar fallos como en el que hemos analizado respecto de la casación N°952-2019/Moquegua, que básicamente fundamentó el porqué es que se imputaría el delito de peculado puesto que centro su atención en lo que protegía en tipo penal de tal manera que se demostró un verdadero daño lesivo a la administración pública y junto a ello también un actuar doloso por parte del autor.



¹⁴⁸ Ibidem, pp. 21-22, publicado en 2021. Disponible en: <https://doi.org/10.22187/rfd2021n50a8>

Conclusiones

Primera. El principio de mínima intervención en el Derecho penal se considera como un símbolo de humanización, ya que en el pasado el poder monárquico utilizaba el Derecho penal como una herramienta de opresión y represión, actualmente la potestad criminalizadora avanzó hacia un sistema democrático donde la respuesta penal debe estar limitada y justificada. Y aunque surge el debate sobre la intervención penal en los delitos contra la administración pública, donde la definición de función pública está en constante evolución. Es fundamental distinguir entre un discurso punitivo sin límites y una reformulación de la política criminal que se ajuste a nuevas realidades donde esta inmerso el Estado, la sociedad y la persona.

Segunda. Los delitos contra la administración pública son delitos de infracción del deber, estos delitos se basan en la violación de un deber específico surgido una relación institucional. La competencia del autor en estos delitos está determinada por fundamentos jurídicos especiales que le otorgan un estatus particular dentro del ámbito jurídico. La responsabilidad penal se establece en función del incumplimiento de deberes institucionales, destacando la importancia de proteger y garantizar la integridad de las instituciones sociales para mantener la confianza pública y el funcionamiento adecuado de la sociedad.

Tercera. El delito de peculado es considerado como un delito especial en la actualidad, restringido a funcionarios o servidores públicos que administran, perciben o custodian bienes públicos por razón de su cargo y se diferencia de los delitos comunes al requerir que el autor tenga características específicas relacionadas con posición dentro de la institución pública, por eso es visto como un delito de infracción de deber, donde la responsabilidad penal se basa en la violación de un deber específico derivado de su posición en la administración pública. El peculado es considerado como un delito pluriofensivo, que protege los intereses patrimoniales de la administración pública y evita el abuso de poder por parte de los funcionarios públicos.

Cuarta. El análisis de los fundamentos jurídicos en el Acuerdo Plenario 7-2019 sobre el delito de peculado en Perú revela inconsistencias en la determinación de la responsabilidad penal. Aunque se mencionan situaciones donde funcionarios públicos se apropian de viáticos sin cumplir con la comisión o sustentar gastos, se enfatiza que tales acciones podrían constituir otros delitos como falsificación de documentos. El Acuerdo Plenario deja abierta la interpretación sobre cuándo se configura el peculado, mencionando la importancia de cumplir con la comisión, pero sin establecer criterios claros al respecto. En última instancia, la conclusión es que el Acuerdo Plenario no brinda una orientación precisa sobre cuándo se

estaría frente al delito de peculado, generando más interrogantes que respuestas en su aplicación práctica.

Quinta. La Casación N°952-2019/ Moquegua no se aparta del acuerdo plenario y confirma que la conducta del acusado fue dolosa y con ánimo de lucro, vulnerando los deberes funcionales y poniendo en peligro el patrimonio estatal. La decisión de la Corte de declarar infundado el recurso de casación se basa en la protección de los bienes públicos y la integridad de la administración pública, asegurando que los funcionarios cumplan con sus obligaciones de manera ética y responsable. Se consideró factores como la importancia del interés social en juego, la conducta prohibida, la gravedad de la acción, la existencia de un interés colectivo, y la carga moral asociada a la sanción penal para determinar la necesidad de una respuesta penal.



Lista de abreviaturas

art.	Artículo
A.P	Acuerdo Plenario
cit.	citado
Coord.	Coordinador(es)
CP	Código Penal
Dir.	Director (es)
Exp.	Expediente
ss.	siguientes



Referencias

- CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Estudios críticos de derecho penal y política criminal. A partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*. Primera edición. Lima: Ideas Solución editorial S.A.C. 2013.
- CALCINA HANCCO, Aldo, y José Antonio PAREDES VERA. *Delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el Estado, Bases dogmáticas y jurisprudencia, Parte general*. Lima: Grijley. 2020.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. «Derecho Penal como última ratio. Hacia una Política criminal racional.» *Revista Ius et Praxis* 14 (1) 2008: pp. 13-48. doi:<https://doi.org/10.4067/S0718-00122008000100002>.
- FIGUEROA CAJAMARCA, Francisco Lorenzo. «Perú Sub módulos viáticos – Luis Lucano Lara – Implantación y capacitación. Ley N° 28693 - Ley General del Sistema Nacional de Tesorería.» *Ministerio de Economía y Finanzas*. 2017. https://www.mef.gob.pe/contenidos/ogie/capacitacion/sub_modulo_viaticos_SIGA_23_062017.pdf.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. «Sobre el ius puniendi, su fundamento, sus manifestaciones y sus límites.» *Revista Documentación administrativa*. 2008. pp. 280-281. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4240503>.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal. Parte general*. Segunda edición. Lima: Jurista editores. 2012.
- HUGO ÁLVAREZ, Jorge B. *El delito de peculado*. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2006.
- KINDHAÜSER, URS, Miguel POLAINO-ORTS, y Fernando CORCIÓN BARRUETA. *Imputación objetiva e imputación subjetiva en el Derecho Penal*. Trujillo: Grijley. 2009.
- Ley N°28411. «Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.» *Diario El Peruano*. 30 de diciembre 2012. http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_0_31.pdf.
- Ley N°28693. *Ley General del Sistema Nacional de Tesorería*. 28 de febrero 2006. https://www.mef.gob.pe/contenidos/ogie/capacitacion/sub_modulo_viaticos_SIGA_23_062017.pdf.
- MAMANI GUTIÉRREZ, Elani Yahaira. *Ley N° 31953 Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2024*. 6 de diciembre 2023. <https://lpderecho.pe/ley-31953-ley-presupuesto-sector-publico-ano-fiscal-2024/>.

- Ministerio de Economía y Finanzas. *Decreto Supremo N° 007-2013-EF*. 22 de enero 2013.
<https://www.gob.pe/institucion/mef/normas-legales/227728-007-2013-ef>.
- Directiva N°002-2024-EF/43.06*. 5 de abril 2024.
https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6266507/5467354-directiva002_2024ef4306.pdf?v=1714436172#:~:text=Establecer%20disposiciones%20y%20procedimientos%20para,y%20racionalidad%20del%20gasto%20p%C3%ABlico.
- Municipalidad Provincial de Moyobamba. *Directiva de Tesorería N° 001-2007-EF/77.15*. 24 de enero 2007. <https://www.gob.pe/institucion/munimoyobamba/informes-publicaciones/4973622-directiva-de-tesoreria-n-001-2007-ef-77-15>.
- Real Academia Española. «Viático.» *Diccionario del estudiante*. s.f.
<https://www.rae.es/diccionario-estudiante/vi%C3%A1tico>.
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista Editores. 2015.
- ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Grijley. 2020.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración de justicia*. Lima: Editorial Iustita. 2023.
- VANEGAS FERNÁNDEZ, Héctor Gabriel. «Repensando el principio de legalidad penal: Sociedad de riesgo, crisis y relativización.» *Revista de la Facultad de Derecho* (50) 2021: pp 20-21. doi:<https://doi.org/10.22187/rfd2021n50a8>.
- VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, Ronald. *Delitos contra la administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Primera edición. Lima: Editores del centro. 2021.

Lista de Jurisprudencia

Acuerdo plenario N°07-2019/CIJA-116, publicado el 10 de septiembre de 2019

Código Penal Peruano, artículos: 20, 387, 427, 438.

Fundamento Jurídico 42

Recurso casación N°952-2019/Moquegua-Corte suprema de justicia de la república-Sala permanente, de fecha 11 de abril de 2022.

Recurso de nulidad N°4564-2007-Piura, de fecha 26 de marzo de 2008, fundamento jurídico N°03.

Recurso de nulidad N°5434-2008-Junín, de fecha 26 de agosto de 2009, considerando N°04

Recurso de nulidad 615-2915-Lima, de fecha 16 de agosto de 2016.

Recurso de nulidad 862-2011-Lima, de fecha 03 de noviembre de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional: EXP. 5057-2013-PA/TC-JUNÍN-Rosalía Beatriz Huatuco Huato, de fecha 16 de abril de 2015

