

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

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

ACUERDO PLENARIO N° 07-2019/CIJ-116

Fundamento: Artículo 116 TUO LOPJ

Asunto: Viáticos y delito de peculado

Lima, diez de setiembre de dos mil diecinueve

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

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

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

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

3.º El 25 de abril último se publicaron en la página web del Poder Judicial los temas seleccionados para el debate identificándose ocho mociones: **a.** Pena efectiva: principio de oportunidad y acuerdo reparatorio. **b.** Diferencias hermenéuticas y técnicas especiales de investigación en los delitos de organización criminal y banda criminal. **c.** Impedimento de salida del país y diligencias preliminares. **d.** Absolución, sobreseimiento y reparación civil, así como prescripción y caducidad en ejecución de sentencia en el proceso penal. **e.** Prisión preventiva: presupuestos, así como vigilancia electrónica personal. **f.** Problemas concursales en los delitos de trata de personas y explotación sexual. **g.** Viáticos y delito de peculado. **h.** Actuación policial y exención de responsabilidad penal.

∞ En la sesión del 28 de mayo de 2019, se seleccionaron a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en Audiencia Pública.

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

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

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

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

7.º Ha sido ponente el señor SALAS ARENAS.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. MARCO PRELIMINAR

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

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

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

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

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

2.1. DERECHO PENAL

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

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

más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho².

5.° Mientras que MIR PUIG señala que “para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a éste, en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, es decir, una última ratio. Por lo que, primero deberá preferirse la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada Política social, luego seguirán las sanciones no penales: así, como civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad” En cuanto al carácter fragmentario del derecho penal, considera que “el derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como el apoderamiento subrepticio, violento o fraudulento”³.

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

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

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

2.2. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR⁹

9.° CEREZO MIR estima que entre lo ilícito disciplinario (entiéndase administrativo) y lo ilícito penal no hay sino una diferencia de grado; aunándose al parecer de ANTÓN ONECA, BAUMANN y MAURACH, expresa que “el legislador extiende la amenaza de la pena a las formas más graves de lo ilícito disciplinario”. Por tanto, “la sanción disciplinaria ha de ser también justa, adecuada a la gravedad de la infracción, y necesaria, esto es, dentro del límite máximo

marcado por la justicia”. Tendrá que tenerse en cuenta “no sólo los fines de la prevención general y la prevención especial, sino también las exigencias del prestigio y el buen funcionamiento de la Administración”. Por ello “las sanciones penales y las sanciones disciplinarias son independientes”. Precisa que “la menor gravedad de lo ilícito disciplinario frente a lo ilícito penal explica que en el Derecho disciplinario las conductas prohibidas no estén definidas de un modo exhaustivo en la Ley, ni vienen vinculadas expresamente a ellas una sanción determinada”¹⁰.

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

11.° RANDO CASERMEIRO indica que para resolver el problema de distinguir el Derecho penal del administrativo sancionador, primero debe ubicarse en los diferentes niveles de racionalidad (ético, teleológico, pragmático y jurídico formal), luego en la eficiencia de la toma de decisiones (que se configura como una dimensión transversal). A nivel ético se distinguen la reacción frente a los ataques a las bases de la convivencia arraigada en las convicciones más indiscutidas (Ejemplo, delitos contra la vida, o la libertad sexual, etcétera); a nivel teleológico, el derecho administrativo sancionador tiene que perseguir preferentemente la protección de sectores relacionados con la actividad administrativa (lo que no supone prescindir de la idea de que protejamos bienes jurídicos, de la misma forma que lo hace el derecho penal); a nivel pragmático,

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ CEREZO MIR, JOSÉ. Recuperado de: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1975_20015900175_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_L%C3%ADmite_m%C3%ADximo_el_Derecho_penal_y_el_Derecho_administrativo

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

¹² Ib, p. 182.



por su mayor agilidad se dará prioridad al procedimiento administrativo sancionador (más efectivo); a nivel jurídico-formal, refiere que las relaciones entre ambos deberá ser coordinada para así establecerse controles de racionalidad legislativa que eviten los peligros de exposición al *bis in idem* y a la activación de mecanismos de conflicto entre instancia sancionadoras, como la prejudicialidad penal¹³.

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

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

§ 3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN

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

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

16.° En este sentido, REÁTEGUI SÁNCHEZ aduce que el elemento *“apropiación”*¹⁸ descrito por la conducta típica del delito de peculado, constituye un estadio posterior a un supuesto de apoderamiento, pues implica que el funcionario o servidor público dispone de la cosa como si fuera el dueño (usa o vende, por ejemplo)¹⁹.

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

Por tanto, la apropiación se verificará en la medida que el sujeto activo del delito se comporte como legítimo

propietario de ellos y disponga de los bienes como si formaran parte de su patrimonio personal o privado apoderándose de ellos, este supuesto se perfecciona cuando el funcionario o servidor público usa los bienes que le han sido confiados por el Estado como si fueran propios²².

§ 4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PECULADO

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

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

§ 5. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LOS VIÁTICOS

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

∞ ROJAS VARGAS describe las características esenciales de los viáticos; considera que su entrega es un acto de disposición interna, de contenido patrimonial, que hace la administración pública, con la finalidad de facilitar el

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²² Ib. p. 519.

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

cumplimiento de determinados actos de función o de servicio. Por tanto, tienen las siguientes características: a) Poseer contenido patrimonial (en dinero). b) Tener cualidad de eventual (no puede haber viáticos permanentes, pues se desnaturalizaría la calidad administrativa de estos). c) Tener un revestimiento de legalidad (es decir, tienen que estar previsto en las normas internas de la administración, puesto que salen de una partida presupuestal). d) Poseer un carácter fungible²⁴.

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

NORMA	FECHA	CONTENIDO
Ley N.º 27619	05/01/02	Los funcionarios tienen la obligación de presentar informe dentro de los quince días calendario siguientes a la fecha de realización del viaje (artículo 5); y que el incumplimiento acarrearía la sanción administrativa del infractor, además de la devolución del íntegro del monto recibido, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales a que hubiere lugar (artículo 6).
Directiva de Tesorería 001-2007-EF/77.15 (aprobada por Resol. Directoral N.º 002-2007-EF-77.15)	24/01/07	Inmediatamente después de detectarse que no se ha cumplido con la devolución oportuna de los viáticos no utilizados se procederá a formular el respectivo requerimiento para su devolución, a partir de tal fecha se comenzará a computar los intereses legales que correspondan; por lo que, ante el incumplimiento de la devolución de viáticos no utilizados se podría realizar las retenciones correspondientes en la planilla única de pago, esto sólo si el empleado autorizó dicha restricción previamente.
Dec. Sup. N.º 007-2013-EF Decreto que regula el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión de servicios en el territorio nacional	22/01/13	Artículo 1.º.- Montos para el Otorgamiento de Viáticos: Los viáticos por viajes a nivel nacional en comisión de servicios para los funcionarios y empleados públicos, independientemente del vínculo que tengan con el Estado; incluyendo aquellos que brinden servicios de consultoría que, por la necesidad o naturaleza del servicio, la entidad requiera realizar viajes al interior del país, de Trescientos Veinte y 00/100 Nuevos Soles (S/. 320,00) por día. En el caso de los Ministros de Estado, Viceministros, Jefes de Organismos Constitucionalmente Autónomos, Presidente del Poder Judicial, Jueces Supremos, Fiscales Supremos y Presidentes Regionales, Secretarios Generales, Jefes de Organismos Públicos, Presidentes de Cortes Superiores, Jueces Superiores, Fiscales Superiores y Alcaldes, les corresponderá Trescientos Ochenta y 00/100 Nuevos Soles (S/. 380,00) de viáticos por día. Artículo 2.º.- Duración de la Comisión de Servicios Para el otorgamiento de viáticos, se considerará como un día a las comisiones cuya duración sea mayor a cuatro (04) horas y menor o igual a veinticuatro (24) horas. En caso sea menor a dicho período, el monto del viático será otorgado de manera proporcional a las horas de la comisión. Los viáticos comprenden los gastos por concepto de alimentación, hospedaje y movilidad (hacia y desde el lugar de embarque), así como la utilizada para el desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión de servicios. Artículo 3, regula el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión de servicios en el territorio nacional precisando que deberá presentarse la respectiva rendición de cuenta y gastos de viaje debidamente sustentada con los comprobantes de pago por los servicios de movilidad, alimentación y hospedaje obtenidos hasta por un porcentaje no menor al setenta por ciento (70%) del monto otorgado. El saldo resultante, no mayor al treinta por ciento (30%) podrá sustentarse mediante declaración jurada, siempre que no sea posible obtener comprobantes de pago reconocidos y emitidos de conformidad con lo establecido por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria – SUNAT. La rendición de cuentas deberá presentarse dentro de los diez (10) días hábiles contados desde la culminación de la comisión de servicios.

∞ La asignación que se otorga por viáticos tiene como finalidad cubrir (cancelar o pagar) los gastos personales que el trabajador realice durante su estadía en el interior o exterior del país, gastos que están restringidos exclusivamente

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

22.º Panorama comparativo sobre el tratamiento administrativo en Latinoamérica.

∞ En Latinoamérica existen disposiciones que reglamentan la materia:

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

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

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

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

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

Manual de trámite de viáticos y gastos de desplazamiento de 19/03/19 expedido por el Departamento Nacional de Planeación (Colombia) ²⁸	Los viáticos y gastos de desplazamiento pagados y no utilizados deberán reembolsarse, en forma inmediata, al responsable de la caja menor en el grupo central de cuentas o de la Tesorería del Departamento Nacional de Planeación si el trámite se realizó por cadena presupuestal (art. 7). Y, para legalizar la comisión de servicios y gastos de desplazamiento, deberán adjuntar la documentación sustentatoria (art. 8).
---	--

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

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

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

§ 6. POSICIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES DISCREPANTES SOBRE LA MATERIA

6.1 EN LA DOCTRINA

24.° Dentro de los que consideran posible imputar el delito de peculado por apropiación (viáticos no rendidos o justificados), está REYNA ALFARO, para quien cabe aceptar que los viáticos son dineros públicos asignados al funcionario o servidor estatal con fines de administración en torno a una circunstancia concreta (por ejemplo, la necesidad de viajar para desempeñar las específicas funciones públicas que le han sido encomendadas). Por tanto, que el poder de manejo que el funcionario ostentar sobre dicha asignación está asociada a ese propósito. Por lo que estima posible sostener la existencia de una relación funcional específica entre caudal y la función pública que permitiría reconocer uno de los elementos centrales del sistema de imputación penal “la infracción del deber”³⁰; admitiendo así su condición de objeto material del delito de peculado.

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

26.° ÁVALOS RODRÍGUEZ considera que a primera vista se podría advertir que la ejecución de los gastos realizados con el dinero de los viáticos tienen la calidad de personales (por estar destinado a la alimentación, hospedaje y movilidad), lo cual podría inducir a error si se considera que por su condición de “personales” tales gastos no tienen ninguna finalidad pública, sino netamente personal

o privada. Sin embargo, no se debe analizar aisladamente dicha circunstancia, pues los gastos personales si pueden tener fines públicos cuando se destinan a facilitar el trabajo del sujeto público para que logre los objetivos institucionales ligados a su comisión de servicios³³.

∞ Empero, no comparte la tendencia de un sector de la jurisprudencia y doctrina nacionales de identificar la comisión del delito de peculado por apropiación de viáticos con el simple hecho de no rendir cuentas del dinero recibido o hacerlo de modo deficiente. A su entender (que se suma a la postura de Barrios Alvarado) la no rendición de cuentas puede constituir un importante indicio de la apropiación del dinero recibido en calidad de viáticos; pero no más que ello; y debe usarse y valorarse en conjunción con otros indicios o elementos de convicción para determinar si realmente el funcionario o servidor se ha apropiado o no del dinero materia de cuestionamiento²⁷.

∞ Por último, advierte que la efectiva rendición de cuentas tampoco asegura que no se haya cometido un delito de peculado; puesto que puede ocurrir que los comprobantes de pago que se acompañen a la rendición hayan sido dados de favor o a cambio de un pago porque el funcionario o servidor en lugar de aplicar el dinero recibido a la comisión de servicios encomendada decidió apropiarse del mismo³⁵.

27.° LINARES REBAZA refiere que no es correcto afirmar que, a través de los viáticos, se autorizan gastos que repercuten exclusivamente en beneficio personal del agente público, y no en beneficio del Estado. A su entender, los gastos personales que se hacen con el dinero de los viáticos siempre tienen un fin público: facilitar la realización de la comisión de servicios, pues dicho fin es una característica más que confirma su naturaleza de caudales, que pueden ser susceptibles de apropiación, como por ejemplo: i) Cuando el agente los invierte en gastos personales eminentemente privados (cenar románticas, compra de ropa, viajes turísticos, etc.); o ii) Cuando el agente no realiza la comisión de servicios y toma

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

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

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

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

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

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

³⁴ BARRIOS ALVARADO, ELVIA: El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público, p. 177, refiere que: “Ni aun a nivel probatorio, está sola infracción puede constituir un indicio de apropiación o desviación privada típica del delito de peculado, cuando la comisión encomendada puede ser acreditada por otros medios (informes de la comisión, actos de asistencia, certificaciones públicas, boletas de traslado, entre otros)”.

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

directamente el dinero de los viáticos para incrementar su patrimonio. En este último caso, no sólo se configura el delito de peculado por apropiación, sino también el delito de falsedad documental si el sujeto público rinde cuentas con documentos falsos³⁶.

∞ Ahora, que de la investigación que se realice podría resultar que aunque el imputado no rindió cuentas en la oportunidad debida ni después —por no contar con los comprobantes correspondientes— en la institución a la que fue comisionado para realizar gestiones oficiales fuera de la ciudad se registra su visita; los funcionarios con quienes tenía que interactuar para las gestiones encomendadas reconocen dicha interacción; en el hotel y restaurante donde indicó haber pagado por hospedaje y alimentación figuran los comprobantes de pago a nombre de la institución pública que lo comisionó (incluso podría ser a nombre del propio servidor). Todos estos elementos de convicción están en capacidad de generar certeza de que si bien no se efectuó la rendición de cuentas no por ello se puede afirmar que necesariamente el imputado se apropió del dinero que le fue entregado en concepto de viáticos³⁷.

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

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

30.º Para SALINAS SICCHA, *“al recibir los viáticos, el agente público los ingresa a su esfera privada personal de vigilancia y administración. Gasta los viáticos como si fuera su dinero hasta el punto que puede disponerlos en su totalidad y como mejor le parezca en su alimentación, hospedaje y movilidad en el cumplimiento del servicio encomendado”*⁴¹; en razón de que su utilización está limitada normativamente en el tiempo, espacio y modo. Aunque para CHANJAN DOCUMET el funcionario que usa los viáticos para fines privados y no para cumplir los fines propios de la comisión de servicios, se apropia indebidamente de los caudales del Estado lesionando el patrimonio público en sentido funcional; la rendición de cuentas defectuosa o extemporánea, o la no rendición de esta solo constituye un indicio de la comisión del delito materia de análisis, más no un elemento integrante del injusto penal, en consecuencia, tales rendiciones valoradas aisladamente, podrán acarrear una sanción administrativa, pero no penal⁴².

31.º Corresponde señalar que la forma como ingresa el dinero del patrimonio estatal (viáticos), a la esfera de custodia del funcionario y/o servidor público, según PEÑA CABRERA FREYRE *“imposibilita que la conducta omisiva, pueda ser reputada como delito de peculado, debido a que el considerado como intraneus carece de la cualidad funcional de custodio, receptor o administrador; por*

*tanto, no ingresa al ámbito de protección del artículo 387 del CP”*⁴³, puesto que los viáticos son asignaciones de dinero entregados por la administración pública al trabajador previamente autorizado, a quien, a su vez, se le encarga la misión de salir de su lugar de trabajo para realizar una actividad relacionada con sus funciones, y de ese modo, lograr que los objetivos o metas de la institución se materialicen. En ese sentido, BARRIOS ALVARADO precisa que en esta especial circunstancia el servidor público detenta los bienes fuera del marco de control de la entidad pública, adquiriendo frente al traslado del bien la obligación de una rendición de cuentas, de ahí que su omisión da lugar a responsabilidades de orden administrativo y civil. En consecuencia, su naturaleza administrativa se consolida con las directivas que regulan el otorgamiento de los viáticos en cada sector de la administración pública⁴⁴.

6.2. EN LA JURISPRUDENCIA

32.º Conforme se señaló en la parte final del fundamento jurídico 23, la jurisprudencia no ha sido ajena a este debate, y en el Pleno Jurisdiccional Penal Especializado en Delitos de Corrupción realizado el 2017⁴⁵, se consideró

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁵ El Pleno adoptó por mayoría que “no configura el delito de peculado debido a que la recepción de viáticos por parte del sujeto público tiene naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia que exige el delito. En consecuencia, la conducta del agente público deberá dilucidarse en el ámbito administrativo”.

que hasta el momento no se ha calificado y encuadrado los hechos correctamente, conforme se aprecia del siguiente cuadro en que se agrupan las decisiones:

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

33.° Finalmente, en los Recursos de Nulidad 889-2007-Lima de 23 de setiembre de 2008 y 2665-2008-Piura de 21 de enero de 2010, se expidieron resoluciones confirmatorias de condena de los acusados por no haber realizado la comisión del servicio encargado, mientras que en el Recurso de Nulidad 3186-2014-Cusco⁴⁶, se estableció que en el caso concreto, ante la cobranza coactiva iniciada por la municipalidad afectada, el procesado devolvió lo apropiado pese a que, nunca acreditó haber efectuado las comisiones por las que le entregaron los viáticos.

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

- A.** El monto por viáticos es entregado al funcionario para su administración en torno a una circunstancia concreta, existiendo relación funcional específica.
- B.** Dicho dinero tiene naturaleza pública debido a que proviene de fondos públicos y el fin está vinculado a la administración pública.
- C.** El dinero entregado por concepto de viático se traslada del ámbito de la administración pública al de

- competencia privada y personal a efectos de usarlo para los fines asignados; ninguno de los elementos normativos del tipo se presenta, por lo que la falta de rendición deberá dilucidarse en el ámbito extrapenal.
- D.** Se configura el delito de peculado dado que los funcionarios disponen de dinero público, y no rinden cuenta o lo hacen tardía o deficientemente.
- E.** La relevancia penal de la conducta está en el hecho de haber presentado documentación falsa para sustentar los gastos.
- F.** Se configura el delito de peculado cuando el funcionario no realiza la función o servicio encomendado y se queda con el dinero recibido.

§ 7. ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA

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

∞ En el Perú se ha establecido en la Ley 27619 (que regula los viajes al exterior de servidores y funcionarios públicos), como en el Decreto Supremo 007-2013-EF, que a su vez regula el otorgamiento de viáticos para viajes de comisión de servicios en el territorio nacional, la obligación de rendir cuentas de su disposición al término de la comisión. La omisión de aquella obligación ha generado posiciones refractarias respecto a la configuración del delito de peculado.

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

37.° Se ha producido una confusión entre la calidad del dinero estatal entregado propiamente para efectuar el encargo (para pagar el valor de bienes y/o servicios que son el objeto de la comisión o son inherentes a ella, como costos, tasas, derechos de trámite, etcétera, en el lugar

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

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

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

de destino) y el dinero (en monto tasado) entregado a quien se desplazará para atender sus necesarios gastos personalísimos en el lugar al que se desplazará (destino provisional).

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

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

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

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

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

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

43.° Cuando la conducta que despliega el agente público consiste en sustentar con comprobantes espurios de manera fraudulenta, gastos que jamás se hicieron, y de ese modo, lograr ilícitamente quedarse con dinero público. En realidad, estaría cometiendo los delitos de falsificación de documentos (primer párrafo del artículo 427 del Código Penal), uso de documentos falsos (segundo párrafo del artículo 427 del Código Penal) o falsedad genérica (artículo

438 del Código Penal), según corresponda y no delito de peculado por apropiación.

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

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

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

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

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

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

46.° A mayor abundamiento, el monto previsto y percibido como viáticos para la subsistencia y bienestar del comisionado conforme a la normativa respectiva, está presupuestado⁵² y por tanto preconcebido y destinado a cubrir los gastos personales del comisionado⁵³ (el comisionado es el que se alimenta, se desplaza, se guarece de la intemperie en particular para dormir). Si la

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

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

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

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

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

asignación económica está prevista implica que el órgano estatal espera razonablemente sea consumida en toda su dimensión durante el tiempo de la comisión (como se ha indicado, en Chile el comisionado ha de justificar que la comisión se efectuó, sin explicar cuanto o cómo realizó el gasto). Es prudente tener en cuenta que la cobertura de las necesidades primarias del comisionado desplazado forma parte del respeto a la dignidad de la persona que debe cumplir la comisión.

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

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

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

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

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

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

III. DECISIÓN

50. En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema

de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ.

ACORDARON:

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

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

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

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

HÁGASE saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

FIGUEROA NAVARRO

BALLADARES APARICIO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CASTAÑEDA ESPINOZA

NUÑEZ JULCA

CASTAÑEDA OTSU

SEQUEIROS VARGAS

PACHECO HUANCAS

GUERRERO LÓPEZ

CHAVEZ MELLA

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

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

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