



**EL DEPOSITARIO JUDICIAL EN LOS DELITOS DE APROPIACIÓN ILÍCITA Y PECULADO POR EXTENSIÓN
COMENTARIO AL PRECEDENTE VINCULANTE DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA***

Eduardo Oré Sosa¹

Resumen

La Ejecutoria Suprema aprecia un conflicto de leyes entre los artículos 190 y 392 del Código Penal, pues ambos hacen referencia a la apropiación en condición de depositario. La resolución establece que debe de aplicarse la norma más favorable; en este caso, el delito de apropiación ilícita.

El autor considera que a pesar de la similitud entre ambas disposiciones, estas no han sido igualmente valoradas por el legislador. Postula que cuando la realización de la conducta, por parte de un depositario designado por autoridad competente, importe una agresión a un interés patrimonial de la Administración, estaremos ante un delito contra la Administración Pública. Y se configurará una apropiación ilícita en su forma agravada, cuando a un depositario judicial solo se le impute la afectación al patrimonio de un particular.

Palabras Clave

Peculado. Apropiación ilícita. Principio de favorabilidad. Concurso de leyes.

Sumario

I. El precedente vinculante. II. Hechos. III. Comentarios. 1. Principio de favorabilidad. 2. Concurso de leyes. 3. Postura personal. IV. Conclusiones

✉* Publicado en: *Revista de Derecho*. Universidad de Piura, vol. 13 (2012).

1 Abogado (PUCP). Doctor por la Universidad de Salamanca. Magíster en Derecho (UNMSM). Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Piura. Miembro del Estudio Oré Guardia. core@oreguardia.com.pe



I. El precedente vinculante

La sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de fecha 21 de febrero de 2012, recaída en el Recurso de Nulidad N.º 3396-2010-Arequipa, dispuso que lo anotado en el cuarto considerando de dicha Ejecutoria Suprema constituya precedente vinculante normativo. El referido considerando señala lo siguiente:

“Cuarto: Que estando a lo expuesto, es de indicar que se debe tener en cuenta para esta clase de casos, donde se genera cierto nivel de dificultad para la interpretación jurídico-penal de las normas en cuestión, ya que la mención “depositario” –*condición imputada al encausado*- se encuentra tanto prevista en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, referido al delito de apropiación ilícita, como en el artículo trescientos noventa y dos del Código acotado respecto al delito de peculado por extensión, que también hace referencia a la apropiación en condición de depositario. Por ende, al apreciarse en este caso un conflicto de aplicación de leyes penales, que pone en discusión la situación jurídica del recurrente –en cuanto a la condena y pena a imponerse-, se considera que debe de aplicarse la norma más favorable a éste, conforme lo prevé el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, que concuerda con el artículo seis del Código Penal, que establece: “la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales –como es el presente caso–”; por tanto, este Supremo Tribunal considera que si bien la imputación fáctica efectuada por el señor Fiscal contra el encausado Héctor..., se enmarca en estos dos dispositivos legales antes mencionados; sin embargo, es de considerarse que al existir una dualidad de preceptos legales aplicables al caso concreto, corresponde aplicar la más favorable, que viene a ser el tipo penal contra el Patrimonio en su modalidad de apropiación ilícita en forma agravada –regulada en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal–; porque resulta beneficioso en cuanto a las penas previstas”.

II. Hechos

Del segundo considerando de la propia resolución se desprende que el representante de la empresa “Aleman” –dedicada al rubro de grifos– interpuso demanda de obligación de dar suma de dinero contra la empresa “Expreso Sud Americano” por la suma de cinco mil quinientos nuevos soles, proceso que se tramitó ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Arequipa. Dicho juzgado dispuso, a pedido de parte, el embargo sobre un ómnibus de propiedad de la empresa demandada, el mismo que fue internado en el depósito oficial de vehículos. En estas circunstancias, según la sentencia, se hizo presente el encausado Héctor, quien afirmó ser



apoderado de la empresa “Expreso Sud Americano” y logró convencer al representante de la empresa “Alemán” para que celebraran una transacción judicial mediante la cual reconoció la deuda y el compromiso de cancelarla, y fraccionando un calendario de pago. Asimismo, se varió la medida cautelar, haciéndose nombrar –Héctor– depositario judicial del vehículo embargado por ante el Primer Juzgado de Paz Letrado, mediante acta de entrega donde, además, fue debidamente instruido sobre sus obligaciones en su condición de Órgano de Auxilio Judicial. Posteriormente, Héctor se mostró renuente a entregar el vehículo, pues aun cuando fue notificado y requerido con las formalidades de ley, bajo apercibimiento de ser denunciado penalmente, sostuvo haberlo entregado a la empresa “Expreso Sud Americano”; agregó que la transacción en la que había intervenido carecía de validez, pues jamás fue apoderado de la referida empresa. La misma resolución de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema estima que Héctor habría actuado en connivencia con los gerentes de Expreso Sud Americano.

III. Comentarios

1. Principio de favorabilidad

Un primer aspecto a comentar es el de la aplicación del principio de favorabilidad. La resolución de la Corte Suprema invoca para ello tanto el art. 139 inc. 11 de la Constitución, como el art. 6 del Código Penal. En cuanto a esta última disposición, es de tener en cuenta que la misma regula el principio de favorabilidad “en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales”. Por algo el artículo 6 del Código punitivo se ubica en un capítulo denominado *Aplicación Temporal*. Sin embargo, en el caso bajo estudio, no parecemos estar ante un conflicto de leyes en el tiempo, toda vez que la misma Sala centra el problema en la *interpretación* jurídico-penal de dos normas (artículos 392 y 190 del Código Penal) que hacen mención al acto de apropiación en condición de *depositario*. Por lo demás, la mención que se hace tanto al depositario judicial (art. 190 CP) como al depositario por orden de autoridad competente (art. 392 CP) se encuentra tal cual desde el texto original del Código Penal de 1991.

En cuanto a la norma constitucional (art. 139 inc. 11), cierto es que en ella puede encontrar fundamento la aplicación de la ley más favorable. Según RUBIO CORREA, “en la interpretación de la ley, cuando no hay claridad, se aplica el criterio teleológico de interpretar restrictivamente lo perjudicial y favorablemente lo beneficioso”.² En la misma línea, GARCÍA TOMA considera que “la duda nos acerca al campo de la incertidumbre y de lo incierto; por ello, la doctrina

2 RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. T. 5. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1999, p. 113.



aconseja en materia penal la utilización del *principio pro reo*.³ No obstante, coincidimos con GARCÍA CAVERO⁴ cuando rechaza el carácter absoluto del principio *in dubio pro reo*. Por lo demás, existen finalidades preventivas que podrían quedar resentidas, como ha tenido oportunidad de señalar el Tribunal Constitucional:

“ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer “a toda costa” la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material”. [Exp. N° 0019-2005-PI/TC F. J. 42].

Ahora bien, más que un problema de duda o escasa claridad en cuanto al contenido de la norma [dentro de lo que se puede esperar, ambas disposiciones –artículos 190 y 392 CP– son razonablemente claras con respecto a la conducta típica], pareceríamos estar, como señala un sector de la doctrina, ante un supuesto de concurso de leyes. Veamos esto con más detenimiento.

2. Concurso de leyes

Suele suceder que una conducta criminal pareciera admitir la calificación de más de un tipo o disposición penal; no obstante, una adecuada labor de interpretación podría llegar a determinar la existencia de una única disposición aplicable. De ahí que a este instituto también se le denomine concurso aparente. Las reglas para determinar la norma prevalente son las siguientes:

- a) Especialidad: la *ley especial* desplaza a la *ley general*. Se ha de elegir aquella norma que contiene todos los elementos de la norma general, más algún elemento específico. Ejm. Cuando se mata al padre, el parricidio desplaza al homicidio.
- b) Subsidiariedad: la *norma preferente* desplaza a la *norma subsidiaria*. A veces el mismo legislador señala de manera *expresa* cuál es la figura preferente. Cuando ello no es así (subsidiariedad *tácita*), deberá determinarse la norma preferente a través de la

3 GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima, Lima, 1998, p. 482. Recuerda el aforisma de que es mejor absolver un culpable que condenar un inocente.

4 GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. Jurista Editores, Lima, 2012, 2° ed., p. 306: “Si la racionalidad del sistema penal lleva a la interpretación más extensiva de la punibilidad, entonces el juez penal tendrá que asumir este sentido de la interpretación, por ser esta racionalidad el presupuesto de su labor de interpretación. Por lo tanto, si el legislador penal busca mediante determinados elementos normativos del tipo dar un mejor instrumento de lucha contra determinada forma de criminalidad (en los delitos económicos o patrimoniales, por ejemplo), resulta lógico que se asuma una interpretación extensiva acorde con los objetivos político-criminales del legislador”.



- interpretación. Ejm. La falsificación de documento público desplaza a la falsedad genérica; las formas consumadas absorben las intentadas.
- c) Consunción: la disposición más amplia o compleja absorbe la que reprime la infracción que se consume en aquella. Ejm: el robo en casa habitada (art. 189 inc. 1 CP) consume el delito de violación de domicilio (art. 159 CP), pues aquel ya comprende el injusto de este.
 - d) Alternatividad: cuando ninguna de las reglas anteriores sirva para determinar la norma aplicable, se opta por el precepto que establece la pena más grave.

De este breve recuento, parece claro que el precedente vinculante no ha seguido las reglas de determinación del concurso de leyes para considerar aplicable la figura de apropiación ilícita en su forma agravada. Al menos no lo menciona expresamente; opta, más bien, como ya ha sido mencionado, por la aplicación del principio de favorabilidad (“porque resulta beneficioso en cuanto a las penas previstas”).

SALINAS SICCHA llega a esta misma solución (apropiación ilícita en su forma agravada), pero aplicando las reglas del concurso de leyes. Según él, teniendo en cuenta el principio de especialidad, ante un aparente conflicto de normas penales aplicables a un caso concreto, se aplicará la norma que prevé en forma más específica y precisa el supuesto de hecho, dejándose de lado las demás (*lex specialis derogat lex generalis*); considera, así, que los depositarios judiciales –al ser referidos específicamente por el artículo 190 CP– solo son pasibles de cometer el delito de apropiación ilícita.⁵

Aplicando también el principio de especialidad, pero arribando a un resultado opuesto, GALVEZ VILLEGAS y DELGADO TOVAR consideran aplicable el peculado por extensión, toda vez que de los artículos 425 y 392 del Código Penal se desprende que a los depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, “se los considera como funcionarios o servidores públicos para efectos penales”, convirtiéndolos así en “sujetos portadores de deberes especiales”; con lo cual, dichos artículos “constituyen respuestas para sujetos especiales infractores de un deber vinculado a la Administración Pública, en cambio, en el artículo 190° se comprende a todo sujeto en general”.⁶

5 SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra el patrimonio*. Grijley - Iustitia, Lima, 2010, 4° ed., pp. 224-225. Agrega que “el artículo 392 se refiere a depositarios designados por autoridad competente; esto es, la norma es más general. De modo que el artículo 392 está reservado para aquellos depositarios no judiciales designados por autoridad competente facultada para designar depositarios o custodios como, por ejemplo, los intendentes de aduanas, Sunat, la autoridad municipal, etc.”

6 GALVEZ VILLEGAS, Tomás y DELGADO TOVAR, Walther. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II*. Jurista Editores, Lima, 2011, pp. 882-884, agregan que “la apropiación de los caudales depositados, por los propios depositarios, además de defraudar la expectativa particular de los propietarios de los bienes (cuando se trata de particulares), defrauda la confianza de la ciudadanía en la Administración Pública, especialmente en la Administración de Justicia, si se trata de depositarios judiciales”.



El problema de esta última afirmación es que este artículo no alude a cualquier depositario en general, sino, justamente, al *depositario judicial*. De esta suerte, se produciría, más bien, una modificación virtual del segundo párrafo del artículo 190: eliminación de la agravante consistente en la actuación en calidad de depositario judicial. Lo que parece exceder la labor del intérprete. Como sostiene GARCÍA AMADO, “tal reemplazo de la norma previa aplicable por otra de la mera cosecha del juez plantea un grave problema de legitimidad, sean cuales sean las razones con que se justifique, y más en democracia, pues supone la suplantación del legislador democrático, representante de la soberanía popular, por otro poder, el judicial, que carece de tal legitimación para la creación de normas opuestas a las del Poder Legislativo”.⁷

3. Postura personal

La aplicación de una norma a un caso concreto no constituye una actividad mecánica e irreflexiva, sino que exige tanto una adecuada comprensión de los hechos, como un cabal entendimiento de la disposición penal aplicable. De este modo, para aplicar una norma penal a un caso concreto se necesita determinar el sentido o significado de una disposición penal (interpretar), y analizar su correspondencia con el hecho incriminado (juicio de subsunción o adecuación típica).

La interpretación de la norma, a primera vista, no parecería representar problema alguno, al menos para el entendido en la lengua castellana: bastaría con una lectura atenta para comprender el sentido del precepto normativo. Veamos un ejemplo. Si el artículo 106 del Código Penal sanciona con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años a aquel que *mata a otro*, habrá que entender que se reprime justamente eso, matar a otro; a otra persona, si se quiere superar un tanto la parquedad del legislador. Muy pronto, sin embargo, esto se nos muestra insuficiente. Si el agente quita la vida a quien está por nacer: ¿cometerá homicidio o aborto? Vaya que la distinción es importante, pues el aborto no consentido se reprime con una pena sensiblemente menor al homicidio: pena privativa de libertad entre tres y cinco años. A pesar de esto, la diferencia entre un delito y otro no se desprende de la letra de la ley; por tanto, debe ser interpretado. A esto se destinan los métodos de interpretación.

Sin desmerecer la importancia de los métodos literal, histórico y sistemático, destacamos el papel del método teleológico en la interpretación de la norma. Las normas penales no se crean porque sí, están para satisfacer una determinada necesidad político-criminal, llámese esta la protección de un determinado bien jurídico o la garantía sobre una expectativa social. Las

⁷ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Interpretar, argumentar, decidir”, en AA. VV., *Interpretación y aplicación de la ley penal. Anuario de Derecho Penal 2005*, HURTADO POZO, José (dir.), PUCP-Universidad de Friburgo, Lima, 2006, p. 40.



normas tienen, pues, una orientación, cumplen una finalidad; con lo cual, parece una obviedad que para la interpretación se tenga que tener en cuenta el fin (*telos*) de la norma. Estos fines no pueden identificarse con la voluntad del legislador (criterio subjetivo al que apunta el método histórico), pues de lo que se trata es de determinar, de manera objetiva, cuál es el sentido y finalidad de la norma actualmente. Como estas finalidades se basan, como señala LUZÓN PEÑA⁸, en valoraciones (positivas o negativas) de hechos o situaciones, este método interpretativo también es conocido como valorativo o axiológico.

Pues bien, el peculado extensivo –donde se produce una equiparación, por un lado, entre particulares, y funcionarios o servidores públicos, y, por otro, entre dinero o bienes públicos, y los pertenecientes a particulares– se reprime bajo los marcos punitivos de los delitos de peculado y malversación, que son mayores al previsto para el delito de apropiación en su forma agravada. Pero de ello no ha de colegirse tan rápidamente la aplicación de la norma más favorable, como apunta el precedente vinculante, pues cabe interpretar que esa diferencia del marco penal se corresponde con una distinta valoración en cuanto al contenido de injusto de cada delito. Así, la afectación, directa o indirecta, de un interés económico de la Administración⁹ –a los ojos del legislador– podría verse como más disvaliosa que la afectación de un interés patrimonial privado, con lo cual, una agresión a un interés patrimonial de la Administración podría exigir la aplicación del delito contra la Administración Pública, en tanto el predominio de un interés privado se correspondería con el marco penal previsto para el delito de apropiación ilícita en su forma agravada.

De similar opinión es ROJAS VARGAS, quien sostiene que “no cabe concluir que existe realmente una duplicación de normas o concurso, ya que en el caso de dicho depositario su intervención como autor del delito patrimonial común [art. 190 CP] se da en un ámbito de externalidad para con los caudales o bienes del patrimonio público, debiendo tratarse necesariamente de bienes de particulares sin conexión por destino con fines públicos, lo que no ocurre en el peculado extensivo, en el cual tiene que existir obligadamente una vinculación del dinero o caudales embargados o depositados con los fines de la administración pública”.¹⁰

8 LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Universitas, Madrid 2002, p. 169. Este mismo autor señala: “El criterio teleológico y valorativo atiende a la finalidad de la norma (fundamentalmente la ley), a su voluntad «objetiva» en su configuración actual y a las valoraciones implícitas o explícitas de la misma; y en el caso de las leyes penales, a los objetivos de política criminal que el sistema penal ha plasmado en un precepto o grupo de preceptos a través de un determinado tenor literal, con sus valoraciones y fines que se desprenden no sólo de la redacción de los hechos típicos y de la mayor o menor gravedad de su sanción, sino también de su puesta en relación con los principios y límites del *ius puniendi* y con la orientación del conjunto de las restantes normas penales (necesidad de combinar el método teleológico-valorativo con el sistemático).

9 Sin entrar al debate sobre la *lealtad* del funcionario en el manejo de los recursos del Estado como objeto de protección de los delitos de peculado y malversación, entendemos que estos delitos, indudablemente, se caracterizan por suponer una afectación a los intereses patrimoniales de la Administración Pública.

10 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Grijley, Lima, 2007, 4º ed., p. 587.



En este sentido, no será lo mismo que el depósito asegure, por ejemplo, el pago de una deuda tributaria, a que garantice el pago de una obligación de dar suma de dinero entre particulares. Más allá de que pongamos en tela de juicio que un interés económico de la Administración debe prevalecer necesariamente sobre un interés patrimonial privado –¿el pago de una multa de tránsito tiene mayor importancia que el pago de una deuda alimenticia?–, el legislador penal suele valorar como más disvaliosa cualquier afectación a los fines e intereses de la Administración.

En cualquier caso, el legislador ha configurado la agravante por la condición de *depositario judicial* en el contexto del delito de apropiación ilícita, estimando así que, en estos casos, a la afectación del patrimonio del sujeto pasivo –no de la Administración– se suma el disvalor de la infracción de un deber especial; sin que esto último, dada la desconexión entre el bien afectado en depósito y un fin de la Administración Pública, reconduzca la figura a un delito contra la Administración, es decir, de peculado por extensión.

IV. Conclusiones

1. La invocación al art. 6 CP para la aplicación del principio de favorabilidad, en el presente caso, no parece oportuna, pues dicha disposición regula el principio de favorabilidad en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales.
2. La aplicación del art. 139 inc. 11 de la Constitución, de la que se deriva el principio *in dubio pro reo*, no tiene carácter absoluto, pues debe guardar correspondencia con las finalidades preventivas del Derecho Penal.
3. A pesar de la similitud normativa entre lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 190 y el artículo 392 del Código Penal, con respecto a la conducta del depositario judicial o por orden de autoridad competente, cabe interpretar que ambas figuras penales no han merecido la misma valoración por parte del legislador, lo que explica un distinto tratamiento y marco punitivo.
4. De esta suerte, cuando la realización de la conducta típica, por parte de un depositario designado por autoridad competente –dentro del que cabe incluir al depositario judicial–, importe una agresión a un interés patrimonial de la Administración, estaremos ante un delito contra la Administración Pública (peculado por extensión). Por el contrario, se configurará una apropiación ilícita en su forma agravada cuando al depositario judicial solo se le impute la afectación al patrimonio de un particular, mas no a un interés económico de la Administración.