



TALLER DE DERECHO PENAL



ITA IUS ESTO

BOLETIN ESPECIAL

En colaboración con el taller de Derecho Penal

Aspectos dogmáticos sobre el delito de peculado en la modalidad de utilización de la mano de obra

Por: Hugo Mendoza Malpartida

Autor

Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Máster en Derecho Constitucional por Universidad de Castilla La Mancha (UCLM)(Toledo, España). Máster en Cumplimiento Normativo en Material Penal por la UCLM. Especialista en Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Compliance y Ciberseguridad por la Universitat Internacional de Catalunya (Barcelona). CEO de la firma legal Mendoza Malpartida & Asociados.

Sumario

INTRODUCCIÓN, II. COMPONENTES TÍPICOS, III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL, IV. CONCLUSIÓN, BIBLIOGRAFIA

Sumilla

El presente artículo tiene como objetivo demostrar que el problema que ha generado la figura del peculado por utilización de mano de obra hasta el momento no se ha superado de manera satisfactoria. En ese sentido, podemos decir que los diversos esfuerzos tanto de autores nacionales como extranjeros no han sido de mucha utilidad, pues, se han visto enfrascados más en problemas gramaticales que sustantivos. Por ello, es preciso la exigencia de *lege ferenda* o, en su defecto, asumir que esta figura típica solo sea tratada en un proceso administrativo sancionador, con lo cual se estaría haciendo efectiva el principio de mínima intervención del derecho penal.

Abstract

The objective of this article is to demonstrate that the problem generated by the figure of embezzlement due to the use of labor has not been satisfactorily overcome to date. In that sense, we can say that the various efforts of both national and foreign authors have not been very useful, since they have been mired more in grammatical than substantive problems. For this reason, it is necessary to require *lege ferenda* or, failing that, assume that this typical figure is only treated in an administrative sanctioning process, which would make the principle of minimum intervention of criminal law effective.

Palabras claves

Mano de obra – peculado – caudal

Keywords

Labor – embezzlement – wealth

I. INTRODUCCIÓN

Desde los inicios del derecho romano, el término peculado — derivado de “*peculatus*”¹ — ha estado asociado tanto con aspectos sagrados como con el manejo de fondos públicos, siendo considerado generalmente como un acto de hurto que perjudicaba al Estado. Sin embargo, no existe un concepto que se mantenga inmutable a lo largo del tiempo y la historia. Por esta razón, ante las diversas modificaciones que ha experimentado el delito de peculado en el ordenamiento jurídico, ha surgido la problemática relacionada con la definición de “caudales” y el juicio de subsunción que amerita en relación a la mano de obra, punto neurálgico que arrastra una tradición interpretativa de largos años que, en nuestro ordenamiento jurídico peruano, volvió a ser eco a efectos del Acuerdo Plenario N°4-2005.

Siendo así, que mediante el Acuerdo Plenario N°4-2005, se conceptualizó a los caudales como *bienes en general de contenido económico, incluido el dinero*. A efecto de ello, la diversidad de interpretaciones que se han venido esbozando conforme al término bienes, darían por sentado, bajo una óptica simplista, que la discusión ha quedado zanjada, pues, gramaticalmente los términos bienes y servicios públicos (mano de obra) serían términos excluyentes.

Ante este panorama, es preciso mencionar que la historia del Perú ha experimentado una crisis institucional continua, ya que, los protagonistas, en su mayoría funcionarios y servidores públicos, han utilizado los recursos públicos para satisfacer sus intereses privados y su bienestar personal. Ahora, frente a los nuevos marcos integrativos de globalización y transnacionalidad, nuestra época ha sido calificada, como señala Prado citando la apreciación de Gayraud, como un mundo criminalizado:

“(…) la presencia discreta pero activa y expansiva de la criminalidad organizada se constituye en un rasgo característico de las ideologías, los estilos de gobierno y los paradigmas psicosociales vigentes. En efecto, la realidad actual hace evidente que “el crimen organizado ha abandonado la marginalidad y se ha instalado en el corazón de nuestros sistemas políticos y económicos”. (Prado, 2016, p.29)

En definitiva, a razón Acuerdo Plenario N°4-2005, surge el problema de interpretación²

¹ El *peculatus* es definido por Labeón como *pecuniae publicae aut sacrae furtum*, por lo que la *Ad legem Iuliam peculatus et de sacrilegis et de residuis* prohíbe que nadie se lleve dinero de un templo, dinero sepulcral o público, ni lo sustraiga, ni lo use para su propio provecho, ni haga que otro lo sustraiga, si no está facultado por la ley; pero a pesar de definirlo como un *furtum*, el robo de dinero cometido en perjuicio del Estado, de un templo o un sepulcro no es un simple delito, a diferencia del robo cometido en perjuicio de un particular, sino un crimen regulado por la *Lex Iulia*. (Botella, 2005, p.149)

² Es de precisar que “el problema se presenta cuando se quiere diferenciar la analogía de la interpretación extensiva ya que a menudo se confunden cuando son casos diferentes. La interpretación extensiva no

que se ha generado en relación al término caudal y su debida subsunción ante el hecho delictivo o no de la utilización de la mano de obra, abriendo así, un abanico interminable de cuestiones que, muchas veces, no tienen en cuenta la favorabilidad del imputado o bien extienden forzosamente el sentido normativo. Ante esto, se tratará de cuestionar el margen interpretativo del peculado por utilización de la mano de obra, estableciendo ciertos criterios interpretativos concatenados a los principios del derecho penal (lesividad, legalidad y de mínima intervención). Todo ello bajo un predominante aceleramiento del accionar delictivo que enfrenta a un código penal en proceso de adaptación como tal, para finalmente llegar a determinar si el desvalor de la acción necesariamente debe generar una respuesta penal, administrativa o simplemente se estaría desarrollando una conducta carente de cualquier respuesta estatal.

II. COMPONENTES TÍPICOS

El legislador ha establecido en el artículo 387 del Código Penal el delito de peculado, tanto en su modalidad dolosa como culposa, definiéndolo como la acción de apropiarse o utilizar caudales o efectos pertenecientes al Estado. Por lo tanto, este ilícito se distingue por el apoderamiento o la utilización indebida de bienes públicos confiados al funcionario o servidor público en razón de su cargo, ya sea en beneficio propio o en beneficio de terceros. Siendo así, posee la particularidad de poder configurarse un peculado culposo debido al descuido generado por parte del funcionario competente en relación a los bienes públicos. Esto ocurre cuando el agente, por su negligencia, permite que otra persona efectúe la sustracción de caudales o efectos.

Ante ello, es significativo la interpretación que posee el objeto material del delito caudales y efectos-, pues, de ello dependerá la realización del juicio de subsunción típica. Así, según el Acuerdo Plenario N°4-2005, se define como caudales a todos los bienes de contenido económico, incluyendo el dinero. Por otro lado, los efectos comprenden todos aquellos objetos, cosas o bienes que representen un valor patrimonial público, abarcando también los títulos valores negociables.

Por esta razón, dicho ilícito posee la caracterización de ser pluriofensivo, es decir, engloba una protección diversa de bienes jurídicos, donde se busca garantizar la no lesividad del interés patrimonial de la administración pública y evitar el abuso del poder de los funcionarios o servidores, los cuales, están sujetos a deberes funcionales de lealtad y probidad.

tiene por objeto llenar una laguna en el derecho, sino rectificar una expresión impropia por medio del verdadero pensamiento de la ley, mientras que, por el contrario, en el método opuesto suponemos la ausencia de toda disposición legislativa, que es precisamente lo que nos proponemos suplir en virtud de una unidad orgánica del derecho”. (De Vicente, 2004, p.61)

Por consiguiente, al constituirse como un delito de infracción del deber, el círculo de autores estará circunscrito únicamente al funcionario público competente, encargado este de la protección de los caudales y efectos estatales. Sin embargo, esta competencia no debe ser entendida desde un plano fáctico, sino más bien, normativo, es decir, el funcionario público debe contar con la disponibilidad jurídica de dichos bienes, en razón a su competencia dentro del órgano estatal. De esta manera, no se debe entender el concepto de competencia de forma extendida, pues, cualquier funcionario público no puede ser autor de peculado; únicamente aquellos que poseen las características específicas en relación al bien adquirido en razón de su cargo. Entonces, en base a ello, aquel extraño en relación al deber de custodia con los bienes públicos no podrá constituirse como autor del delito de peculado, por más detentador del dominio del hecho que tenga.

En razón de ello, el sujeto pasivo será la administración pública, la cual, en un primer momento, es titular de los bienes estatales. Esta titularidad se ve afectada por los comportamientos típicos de apropiación y utilización, los cuales configuran los ilícitos de peculado por apropiación y peculado por utilización. El primero está sustentado en la acción del agente de hacer suyos los caudales o efectos, existiendo una negativa a devolverlos a la esfera pública. El segundo refleja el aprovechamiento de los caudales o efectos sin tener el propósito de apoderarse de los mismos, es decir, se evidencia la actitud de servirse del bien sin buscar su incorporación a su esfera de dominio y la posterior no devolución.

III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El problema de la conceptualización de caudales ha generado en la doctrina nacional y comparada una diversidad de posiciones nada pacíficas. Ante este escenario, los esfuerzos del Acuerdo Plenario N°4-2005, al sentar las bases de la doctrina legal vinculante, acordaron establecer que *los caudales son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero*. Por lo tanto, una sólida línea jurisprudencial ha optado uniformemente por considerar como adecuada la interpretación asumida por el operador judicial, excluyendo así la posibilidad de subsumir típicamente la mano de obra (servicios) bajo la categoría de caudales. Es decir, se reconoce que la conceptualización de servicios difiere de la de caudales.

Sin embargo, en menor medida doctrinaria, y tomando como referencia el derecho comparado español, surgen posiciones que consideran la mano de obra como parte de los caudales, sustentando dicha valoración en la representatividad económica que sugiere la prestación de servicios. En esa línea, se sostiene que el funcionario o servidor público que se desvía de sus competencias haciendo uso del tiempo por el cual fue contratado, genera un perjuicio al Estado, ya que, durante ese lapso de tiempo el Estado no estaría recibiendo el servicio contratado. Ante ello, en la STS, 20 de Marzo de 1992 (ponente

José Augusto de Vega Ruiz) se acepta la posibilidad de cometer malversación³ de la mano de obra al considerarla como caudal, en la cual un alcalde utilizó la mano de obra proveniente del Plan de Empleo Comunitario para la construcción de una pared privada:

Que durante los meses de noviembre-diciembre de 1983. Jesús María, mayor de edad y sin antecedentes penales, a la sazón Alcalde de la localidad de Palomas, dispuso, en cumplimiento de un acuerdo, que como particular, había suscrito con la Cámara Agraria Local la construcción de una pared divisoria entre un solar de su propiedad, sito en calle Corredera, y otro de la mencionada Cámara. El acuerdo aludido que fue plasmado en un acta de la Cámara Agraria de 17 de diciembre de 1983, contemplaba la permuta de parte de los respectivos terrenos colindantes y reflejaba el compromiso que adquiriría Jesús María de pagar la totalidad de los costes de la pared medianera; compromiso que fue incumplido por Jesús María, *pues la mano de obra, que se empleó procedía toda del Plan de Empleo Comunitario, con cuyos fondos se pagaron los jornales empleados en la construcción. El importe de los jornales satisfechos, provenientes de dichos fondos públicos ascienden a 72.600 pesetas.* (ref. al antecedente primero)

Ante ello, hay posturas que respaldan las características del caudal público: ser corpóreo, aprehensible y tener valor económico. Roca Agapito⁴ (1995) es partidario de estas características como fundamentales para la identificación de un caudal público. Frente a esta problemática, el Código Penal español ha sustituido el concepto de “caudales y efectos” por el de “patrimonio público”, entendiéndose como un concepto amplio que lograría incluir a la utilización de la mano de obra estatal.

Por otra parte, en el ámbito nacional, a pesar de los esfuerzos generados por la doctrina para lograr un consenso de acuerdo a lo que podría significar caudales, existen interpretaciones que señalan que son “todos los bienes muebles e inmuebles que son susceptibles de valoración económica, incluido el dinero” (Salinas, 2019, p.423) o, según afirma Fidel Rojas⁵ (2007), “en una conceptualización amplia, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero y los valores de crédito negociable, como los cheques y bonos, de exigencia actual o futura. En una acepción estricta, lo son solo los bienes fiscalizados y aprehensibles con valor económico propio (mercancías, vehículos, insumos, etc.) y el dinero”⁶ (p.497). A pesar de ello, no existe un mandato de certeza que imponga el intérprete de la legislación, reflejo de ello es la Resolución N.º 26-2015

³ De precisar es que el delito de peculado en el ordenamiento jurídico peruano es muy afín al delito de malversación en el código penal español. Sin embargo, los verbos rectores varían, pero el sentido se mantiene. Ante ello, la doctrina extranjera ha identificado gramaticalmente peculado con el término de malversación.

⁴ Bajo este supuesto, aquellos bienes intangibles de orden estatal no podrían ser calificados como caudales públicos, pues, pese a ser pertenecientes al orden estatal y poseer un valor económico, no adquieren la caracterización de corporeidad y aprehensibilidad.

⁵ “En resumen, aceptando vía de consenso una noción amplia de caudal y superando las definiciones españolas algo confusas sobre este tema solo será tal el dinero y los bienes materiales fiscalizados, aprehensibles, o reconducibles, como también los inmuebles, de forma tal que exista un peculado por apropiación de bienes inmuebles, además un peculado por utilización de inmuebles”. (Rojas, 2007, p.600)

⁶ De acuerdo con esta última interpretación, se despliega caracterizaciones que deben hacerse a efectos de evaluar si estamos ante un “caudal público”, estos son, la aprehensibilidad, corporeidad y valor económico que representa.

emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú:

Se le atribuye a Belaunde Lossio haber contribuido — en calidad de cómplice secundario — a la apropiación y uso de recursos y bienes públicos por parte de funcionarios públicos (...) valiéndose para tal efecto de dinero, así como de bienes y servicios y recursos humanos del Gobierno Regional de Ancash (...). El aporte de Martín Belaunde consiste en haber recibido a estas personas para que trabajaran en dicho establecimiento organizado y dirigido por él, y administrado por Jorge Burgos Guanilo, mientras seguían teniendo la condición de trabajadores públicos. (F.j. décimo sexto)

Aquí, la Corte Suprema⁷, en contraposición al Acuerdo Plenario N°4-2005, estableció la posibilidad de cometer peculado por la utilización de la mano de obra estatal, fundamentando su razonamiento en la representatividad económica que implica dicho servicio. De esta manera, el razonamiento de la Corte no se sustenta en la cosificación del servidor, sino más bien, en el servicio brindado por este. En contraposición, existen críticas⁸ que sostienen que la mano de obra no puede ser interpretada como un caudal público, ya que, con ello se estaría degradando la condición del ser humano al ser objeto-vista de un carácter económico pasivo de apoderamiento, perdiendo su condición de sujeto de derechos.

Por lo tanto, ante estos desaciertos, surge la posibilidad de generar una interpretación en relación con el bien jurídico de dicho ilícito. Como es sabido, el delito de peculado es un delito pluriofensivo que busca garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales y evitar el abuso del poder por parte de los funcionarios o servidores públicos. Ante esta situación, la posible extensión que abarcaría los términos “intereses patrimoniales”, entendiendo por este último como el conjunto de bienes, derechos y recursos de los que el Estado es propietario, podría incluirse la conducta de mal uso de la mano de obra en el ilícito de peculado, aunque, si bien es cierto, de manera forzosa. En virtud de ello, este abuso de poder no debería suponer fácilmente la utilización de la mano de obra como si se tratara de bienes materiales, ya que, al tratarse de personas y no de objetos, su uso quedaría completamente fuera de lugar debido a la inadecuación típica que ello supondría.

⁷ En el ámbito nacional, ha sido de recibimiento la utilización de la mano de obra como caudal público por el profesor Manuel Abanto V., donde señala la posibilidad de subsunción típica del servicio estatal

⁸ En dicho sentido, se destaca la posición de Morales García (1998), quien en su tesis de *Los delitos de malversación de caudales públicos*, señala que la mano de obra no puede ser nunca considerada objeto material a los efectos de los delitos de malversación, por el argumento definitivo de su cualidad de sujetos de Derecho y no objetos de Derecho.

IV. CONCLUSIÓN

Pareciese que el término “caudales” ha caído en una indefinición al no existir un concepto unívoco dentro de la doctrina y jurisprudencia. Es decir, la generación de una interpretación extensiva poco o nada ayuda al sostenimiento de la taxatividad normativa penal, sin caer en vagas definiciones confusas, donde se toma como ejemplo interpretaciones de diversos ámbitos legislativos ajenos al nuestro. Según Cancino Moreno (como se cita en García, 2022), el objeto material con la frase “caudales o efectos” responde a una pretendida técnica legislativa comprensiva o genérica que, en su momento, buscó superar el casuismo legislativo de las primeras fórmulas del peculado en el afán de recurrir a la enumeración cerrada de los bienes del Estado y evitar cualquier impunidad sobre las apropiaciones de valores no previstos legalmente.

A pesar de eso, diera la impresión que la doctrina mayoritaria se olvida que la intervención penal se sustenta en la representativa *dañosidad social*⁹ que genera la conducta, siendo así, a pesar de la existencia de la impropiedad terminológica — caudales— y los diversos intentos por salvaguardar la pluriofensividad jurídica, el derecho penal no puede fungir como la primera opción ante los diversos actos que se cometen y generan un perjuicio estatal. Para ello, existen ordenamientos extrapenales donde se puede sancionar el mismo hecho bajo análisis, por ejemplo, el ámbito sancionador administrativo.

Finalmente, y de darse el caso en que el funcionario público utiliza la mano de obra del servidor público en horario estatal, debe abordarse desde el derecho administrativo sancionador¹⁰, tomando como base sí hubo o no afectación de los bienes jurídicos. En tal sentido, y como se ha venido demostrando, la intervención de un precepto penal debe sustentarse no únicamente en su carácter formal, sino también en su efectividad social dentro de un marco jurídico de interrelaciones. Es de recibo que, bajo un criterio interpretativo histórico, el delito de peculado no ha adherido la subsunción típica de la mano de obra como caudales públicos, sustentándose únicamente en su valor de representatividad económica por dicho servicio.

⁹ “El concepto de bien jurídico como fundamentador de la intervención penal incide en la dañosidad social, esto es, en los comportamientos intolerables para la convivencia en busca de la paz social, esto es, en los valores de convivencia democrática, no en la obediencia a la autoridad”. (Zuñiga, 2009, p.14

¹⁰ R.N 2090-2005 “(...) el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa”. (F.j cuarto)

BIBLIOGRAFIA

- Álvarez García, F. J., Álvarez García, F. J., Manjón-Cabeza Olmeda, A., Manjon Cabeza Olmeda, A., Ventura Püschel, A., & Ventura Puschel, A. (2013). Tratado de Derecho penal español parte especial III. Tirant Lo Blanch.
- García Navarro, E. (2022). Delitos contra la Administración Pública Cometidos por Funcionarios y Servidores Públicos. En Derecho Penal Parte Especial Tomo II. Iustitia.
- López Barja de Quiroga, J. (1997). Código penal - doctrina y jurisprudencia. En VVAA, Dirigido por C. Conde-Pumpido Ferreiro, t. III (págs. 4062-4129). Madrid: Trivium.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2016). Criminalidad organizada. Instituto Pacífico.
- Rojas Vargas, F. (2007). Delitos Contra La Administración Pública. Grijley.
- Salinas Siccha, R. (2023). Delitos contra la Administración Pública. Iustitia
- Zúñiga Rodríguez, L. (2009). Criminalidad organizada y sistema de derecho penal.