

verbos típicos de las figuras, especialmente a la luz de la última reforma legal al artículo 258 bis. En efecto, parece la aplicación de la multa limitada únicamente a las hipótesis de ofrecimiento y entrega de dinero, dádiva, beneficios indebidos o ventajas pecuniarias, pues no han sido incluidos aquellos que hayan sido "prometidos". Quizás pueda pensarse que en tal supuesto no se aplica la multa, puesto que todavía el dinero, dádiva o beneficio no ha sido entregado efectivamente, mas a poco de reparar que sí se ha incluido la hipótesis de "ofrecimiento" donde tampoco existe un desplazamiento del objeto, aquel razonamiento donde rece de sentido. Tampoco se incluye el caso de quien "solicita" el dinero, la dádiva o la promesa (como por ejemplo en el art. 256 bis), lo que puede generar algunas dudas en cuanto a la aplicación efectiva de la multa en estos casos.

Si el propósito del legislador hubiese sido imponer una pena de multa para todos los casos delictivos previstos en este Capítulo, debió haberse utilizado una expresión omnicomprendensiva de todos los supuestos allí contenidos.

Por lo demás el artículo 22 bis del Código Penal faculta al juez o tribunal a aplicar una pena de multa aun cuando no esté especialmente prevista en el tipo penal respectivo, cuando el hecho haya sido cometido con ánimo de lucro por parte del autor, aunque —ciertamente— el monto pueda resultar exiguo por la limitación cuantitativa allí contenida, que data del año 1993 y que ha quedado desactualizada frente a los niveles inflacionarios propios de este país, pero ello no es un problema que pueda resolverse en el ámbito de la Parte especial, sino más bien ajustando las cláusulas generales.

CAPÍTULO VII

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

I. Malversación de caudales dolosa

La disposición referente al delito de malversación de caudales públicos establece expresamente:

Art. 260 **Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.**

Esta ilicitud es conocida con el nombre de malversación de caudales públicos. Veamos sus particularidades.

a) Características. Bien jurídico tutelado

Comete el delito previsto en el artículo 260 del Código Penal el funcionario público que administra caudales o efectos, recibe dinero para efectuar los pagos establecidos en las diferentes partidas del presupuesto, y les da una aplicación distinta o diferente. En ese caso comete malversación, pues el bien jurídico especialmente tutelado es la regular inversión y aplicación de los bienes públicos dentro de la misma órbita de la administración, o sea, se protege el ordenamiento patrimonial de la administración pública.

Pero –como bien dice Soler¹–, por lo mismo que sólo se trata de un cambio de destino, debe descartarse toda idea de lucro o de inversión en provecho personal, ya que el delito consiste en el solo hecho de dar a los fondos una aplicación diferente.

En esta clase de delitos el bien jurídico tutelado sigue siendo la administración pública, aunque específicamente se intenta tutelar con la sanción de estas conductas la intangibilidad del patrimonio público, en razón de constituir el sustrato esencial de los servicios públicos y la potencialidad de la administración para cumplir los fines que le son propios², pudiendo afirmarse entonces que se trata de tutelar el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado³.

b) Sujeto activo del delito

El sujeto activo está bien especificado por el artículo, debiendo ser un funcionario público que tenga las atribuciones necesarias para disponer de los caudales o efectos confiados a su administración.

En consecuencia, sujeto activo del delito no será cualquier funcionario. Sólo puede ser un funcionario público a quien se le ha confiado la administración, percepción y custodia de caudales o efectos, ya sea por disposición legal o reglamentaria, por la naturaleza propia de su función, o por un acto cualquiera de autoridad.

c) Conducta típica

La acción sancionada por este artículo consiste en “dar una aplicación diferente” a los caudales o efectos para los cuales estaban destinados.

¹ Ob. cit., t. V, p. 178.

² Cfr. DE LA MATA, Norberto y ETXEBARRÍA, Xavier, *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación por funcionario de caudales públicos*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 55, cit. por NAVAS RIAL, Claudio y ALVERO, Marcelo, *Malversación de caudales públicos y peculado*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2004-1, *Delitos contra la Administración Pública – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 225 y nota 4.

³ Ver NAVAS RIAL y ALVERO, ob. cit., p. 225, nota 5, con cita de MORA ALARCÓN, José Antonio, *Suma de Derecho Penal. Parte general y especial*, Edisofer Libros Jurídicos, Madrid, 1996, p. 605.

En esto consiste el delito de malversar, que etimológicamente significa invertir mal o hacer una mala inversión⁴.

En esta figura el autor dispone de bienes que tenían una asignación específica, destinada a un propósito particular y concreto, para utilizarlos de otro modo y para otras finalidades que no eran las previstas por la disposición legal que así lo establecía.

Los caudales o efectos no salen de la esfera de la administración. Simplemente el autor les da un destino diferente al previamente asignado. Se diferencia así del peculado, delito en el cual los efectos son sustraídos y quitados del ámbito de la administración pública. En la malversación los fondos no han salido de la órbita administrativa; lo que se ha hecho es trastocar su destino y finalidad, pero siempre dentro del terreno de la administración pública.

d) La calidad de los bienes

La ley penal se refiere a caudales o efectos, que no son otra cosa que toda clase de bienes en el sentido de los artículos 227 y siguientes del Código Civil y Comercial. Queda comprendido el dinero y todos aquellos objetos que ostentan un valor de tinte económico, incluyendo los documentos o títulos de crédito de carácter público⁵.

Pero los mencionados bienes han de ser “públicos”, los cuales son los del fisco nacional, provincial o municipal en cuanto no estén afectados a empresas de tipo comercial, como ocurre con ciertas instituciones o entidades autárquicas. El dinero del fisco no corre riesgos. Su único riesgo es el de la inconducta del funcionario que lo custodia, y ésa es la razón de la gravedad de la pena⁶.

Esta doctrina romana del riesgo –sostenida entre nosotros por Soler– es indudablemente la más adecuada para establecer cuándo los fondos malversados son “públicos”⁷. Esta teoría del riesgo, que Sebastián Soler

⁴ Cfr. DONNA, ob. cit., p. 297.

⁵ En igual sentido ver CREUS, ob. cit., p. 321.

⁶ L. L. 30-813; SOLER, ob. cit., t. V, p. 172; FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal* cit., t. VII, p. 312.

⁷ Expresa el autor citado: “Cuando el Estado invierte en entidades autárquicas de carácter comercial; cuando el dinero sale de las arcas para confundirse con el patrimonio de alguien; cuando los fondos del fisco se comprometen en empresas de ese carácter,

siempre sostuvo desde su voto en el caso "Borella"⁸, también provocó que otros tribunales se pronunciaran en sentido semejante, entre otros, la Cámara Federal de Resistencia, con respecto a fondos del Banco de la Nación⁹.

En este contexto se ha sostenido que forman parte del erario público los fondos pertenecientes a una persona jurídica pública estatal, como lo es la Comisión Mixta Río Paraná¹⁰, pues los fondos de las personas jurídicas públicas y estatales son así considerados.

Sin embargo otros autores no hacen semejante distingo, y consideran caudales o efectos de carácter público a todos los bienes que pertenecen al Estado (teoría de la pertenencia), dado que aquí lo que se tutela es la seguridad de las finalidades administrativas y no la propiedad¹¹.

El delito consiste en darle una "aplicación diferente" a estos fondos (efectos o caudales) públicos, es decir, distinta a la que estaban afectados.

Es por ello que, como condición previa de aplicabilidad de esta figura penal, se requiere una previa determinación de esos fondos, siendo indiferente la naturaleza del acto que fija tal destino, pudiendo emanar de una ley, decreto u orden (aun cuando esta última debe emanar de autoridad competente).

Si los fondos no tienen un destino determinado¹², o las partidas presupuestarias que se administran no contenían ninguna predeterminación asignada, no puede darse el delito de malversación de caudales públicos,

corren los mismos que los de un particular, resultando absurdo suponer que el Estado disponga a un tiempo de las ventajas de libre acción comercial y de las garantías propias de los actos de autoridad. No basta, por lo tanto, que el Estado tenga interés o lucro en determinada operación, para que los fondos de ésta se transformen en fondos públicos. Cuando los fondos del fisco han salido a afrontar los riesgos del comercio, han dejado, en general, de ser fondos públicos; gozan de la protección común, levemente reforzada por el artículo 174, inciso 5º, pero no la extraordinaria del peculado". Cfr. SOLER, ob. cit., t. V, ps. 173 y ss.

⁸ Cuando integraba como vocal la Cámara en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Rosario, ver L. L. 30-808.

⁹ Ver además, L. L. 100-332 y 100-299; la CFed. de Tucumán en relación con fondos del Banco de la Nación en L. L. 102-671; L. L. 112-171.

¹⁰ Cfr. CNFed.CCcorr., sala II, "Martínez Adalid", del 8-2-2000, J. P. B. A. 111-42.

¹¹ Es la opinión de DONNA, ob. cit., p. 301, con cita de CREUS, ob. cit., p. 321.

¹² Ver CNCCorr., sala I, "O., A.", del 18-6-2002, Bol. Jurisp. N° 2/2002, p. 100.

La conducta punible es la de dar a los caudales o efectos administrados por el autor una aplicación distinta de aquella a la que estaban destinados.

La malversación de fondos o caudales públicos consiste en darle a aquéllos una aplicación diferente a la que estaban destinados, sin que sea necesaria la existencia de lucro o fin de lucro alguno por parte del autor del ilícito¹³. Se configura cuando sin existir imputación previa alguna, se cambia simplemente en forma ilegítima el destino de las partidas administradas¹⁴.

Lo característico de este delito está configurado por el uso arbitrario de fondos públicos¹⁵, o sea, no darle a los mismos el destino que había sido estipulado para ellos.

Es un delito de acción que no puede ser cometido omitiendo hacer. La omisión de dar a los bienes públicos el destino que se les había otorgado no puede ser configurativa de este delito¹⁶.

Normalmente el destino de los fondos lo determinan las llamadas leyes de presupuesto (art. 75, inc. 8º, CN)¹⁷.

No obsta a la configuración de este ilícito que se trate de fondos "reservados", pues cuando los mismos tienen una asignación propia y específica, aquella calidad no autoriza a disponerlos en otro destino no fijado¹⁸.

¹³ Cfr. CNCas.Pen., sala IV, "Cerisola", del 26-8-2002, c. 2907.

¹⁴ Ver TOCr. N° 4 de Morón, "Rousselot", del 20-9-2000, L. L. B. A. 2001-689.

¹⁵ Cfr. TOCr. N° 4 de Morón, "Rousselot", ya citado.

¹⁶ Ver CNFed.CCcorr., sala II, "Gereones", del 10-4-2007, elDial - AA3E68, considerando el hecho imputativo en no haberse ejecutado las obras a cargo del municipio sobre un terreno previamente cedido.

¹⁷ La técnica presupuestaria que era seguida en nuestro país consistía en fijar y determinar las diferentes partidas a los fines del gasto público. La minuciosa especificación de las mismas, la alteración de ellas o la aplicación diferente de los fondos asignados a dichas partidas daba lugar -con gran facilidad- a la consumación de la incriminación contenida en el artículo 260. Pero actualmente (a partir del año 1970 aproximadamente) se sigue para confeccionar el presupuesto una técnica distinta; es el denominado presupuesto por programas, donde no existe una imputación específica de partidas, figurando solamente los más importantes fines de la administración nacional, con lo cual es mucho más difícil que pueda cometerse el delito previsto en el artículo 260 del Código Penal.

¹⁸ Ver CNFed.CCcorr., sala I, "P., M. G.", del 19-9-2006, J. P. B. A. 133-71, con relación al pago de "sobresueldos".

e) *Tipo subjetivo*

Desde el punto de vista subjetivo se trata de un delito doloso, que requiere el conocimiento del destino de los fondos y la voluntad de disponer de ellos para una aplicación diferente.

En algunos casos el hecho podrá ser justificado, como por ejemplo, en el supuesto de una partida que ha de invertirse en la compra de libros para una escuela, y un temporal destroza el techo de esta última. En tal caso, el director del establecimiento educacional decide el arreglo de aquél con el fin de que la escuela pueda seguir funcionando. Tal hecho no será antijurídico.

Habida cuenta del conocimiento del destino específico de la partida o los fondos involucrados y la voluntad de aplicarlos o darle un tratamiento diferente al establecido legal o reglamentariamente, el delito no sólo podrá ser cometido con dolo directo sino también con el llamado dolo eventual.

f) *Malversación agravada*

La modalidad agravada de la segunda parte del artículo 260 del texto punitivo se consume al causarse daño o entorpecimiento del servicio al cual los fondos están destinados.

Daño es cualquier efecto perjudicial para el servicio, puede ser de carácter económico, aunque no implique una lesión patrimonial; a su vez, entorpecimiento es cualquier inconveniente en la prestación del servicio, según los programas establecidos¹⁹.

Deberá establecerse en cada caso particular por el magistrado o tribunal actuante si se ha producido efectivamente el entorpecimiento o el daño que el tipo penal reclama.

Lógicamente será exigible una relación de causalidad entre la acción malversadora y el resultado daño o entorpecimiento al servicio público.

II. El delito de peculado

Íntimamente vinculado con la disposición anterior, el delito de pe-

¹⁹ CREUS y BUOMPADRE, ob. cit., t. II, p. 313.

culado aparece en nuestra legislación a continuación del delito de malversación de caudales públicos.

Expresa el artículo 261 del texto punitivo lo siguiente:

Art. 261 **Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.**

Hemos desarrollado ya toda la temática que se refiere al sujeto activo y a la calidad de los bienes, que como hemos dicho deben ser públicos. Así que no volveremos sobre el tema y nos remitimos a lo ya expuesto.

Esta disposición reprime los actos que violan la fidelidad que los funcionarios deben observar en el manejo de los caudales que tienen a su cargo, y dicha represión alcanza no sólo al perjuicio causado a la administración pública sino también, y muy especialmente, a la traición por parte del funcionario a la confianza que en él se ha depositado.

Tiene pues el delito de peculado²⁰ un doble aspecto: importa una infracción del deber de probidad de los funcionarios de los fondos públicos que por razón de su cargo les están confiados, y encierra además una lesión de los intereses patrimoniales del Estado. El término *peculatus* viene de *pecus* (ganado) y se le dio este nombre porque antes de que se difundiera el uso del dinero los animales destinados a los sacrificios constituían los bienes muebles más importantes entre los comunes o públicos.

a) *Tipo objetivo*

La conducta típica es sancionada en la medida en que con su perpetración se hace peligrar la normal y regular marcha de la actividad pa-

²⁰ La etimología de la palabra deriva y se compone del verbo "traer", que aporta la idea de arrastrar o tirar de algo, y del prefijo "sub" cuyo significado es el de "bajo o debajo" de algo, con lo cual se llega a la conclusión de que su significado se relaciona con tirar de algo por debajo, o solapadamente, a escondidas y sin ser observado.

rimonial pública, aunque sea temporalmente o por un breve lapso y aun cuando posteriormente se reintegren los fondos primigeniamente sustraídos²¹.

La acción típica consiste en sustraer caudales públicos, que han sido puestos a cargo de un funcionario público.

No existe una uniformidad de criterios en doctrina y jurisprudencia con respecto al entendimiento que debe otorgarse a la conducta típica apropiación definitiva, con ánimo de no restituir el dinero o efectos que están a cargo del funcionario²².

Esta corriente de opinión es sustentada por quienes consideran que la acción abarca la actitud de quitar la cosa u objeto de un lugar determinado para apoderarse de ella. Se basa principalmente en la postura de Francesco Carrara, quien sostiene que lo que hace el autor de peculado es apropiarse del objeto, distrayéndolo del uso para el cual se destinaba y para el cual le fuera entregado²³. Quienes se remiten a la tradición histórica del delito de peculado y a su consagración en el Derecho italiano identifican la sustracción con el ánimo de apropiación, pudiendo contarse entre sus seguidores a Malagarriga, González Roura y Oderigo, entre otros²⁴.

Otro criterio adscribe a la opinión de que cuando la ley penal se refiere a la sustracción, está señalando con ello que ha habido o se pretende un apoderamiento en el mismo sentido que se consagra en el delito de hurto²⁵. La crítica fundamental se dirigía a señalar la diferencia que existe en tomar o traer para sí algo que no se posee (hurto), mientras que en esta figura los caudales o efectos obran materialmente en poder del autor.

²¹ Cfr. CFed. de San Martín, sala II, "Z. S., M. A.", del 7-5-96, D. J. 1996-302.

²² El reintegro posterior de los caudales o efectos sustraídos no hace desaparecer la culpabilidad del hecho, L. L. 15-622, *in re* "Pelliciarini"; L. L. 1948, fallo 23.832.

²³ Se toma al Derecho italiano —una de las fuentes de nuestro artículo— como punto de partida en estos casos, que de la sustracción a la que hacía referencia el Código de 1889 pasó al verbo apropiar o distraer en el Código de 1930.

²⁴ Cfr. DI GIORGIO, Julio César, *El sentido del verbo sustraer en el delito de peculado*, en *Revista de Derecho Penal*, N° 2004-1, *Delitos contra la Administración Pública - I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 121 y ss., notas 9 a 12.

²⁵ Ver DI GIORGIO, ob. cit., ps. 129-130.

Por último, la última tesis, y a nuestro juicio la correcta, considera que la acción de sustraer equivale a separar o apartar los bienes de la esfera de la actividad patrimonial de la administración pública. Se enrolan en torno a esta idea Laje Anaya, Edgardo Donna y Carlos Creus²⁶, y Daniel Carrera²⁷, al igual que algunos precedentes de la Cámara Nacional de Casación Penal²⁸.

Consideramos pues que el verdadero significado de la acción típica de "sustraer" se conforma con la conducta de apartar o quitar la cosa de la esfera de custodia en que se encuentra sin que sea necesario algún elemento anímico especial como pretender apoderarse o apropiarse de tales objetos. Puede existir peculado aun cuando el autor del hecho no se haya apoderado o apropiado del bien objeto de protección.

En síntesis, participamos de aquella opinión que sostiene que la conducta de sustraer aquí establecida en el tipo penal del peculado no debe identificarse ni con el apoderamiento del hurto, ni con la apropiación²⁹, ostentando una significación propia que se conforma con el hecho de apartar o quitar de la esfera de custodia de la administración aquellos caudales o efectos que se encuentran a su disposición.

Ello tendrá importancia a la hora de establecer la existencia de algún elemento anímico especial o no dentro del tipo subjetivo, e influirá también al tiempo de establecer el momento consumativo de este delito.

²⁶ Ver DI GIORGIO, ob. cit., ps. 130-131.

²⁷ Cfr. CARRERA, Daniel, *Peculado*, Mediterránea, Córdoba, 2005, p. 161.

²⁸ "Sustraer no se equipara al apoderamiento propio de la acción del hurto, ni tampoco puede dársele un significado de apropiación; pues apoderarse implica la voluntad de hacerlo ingresar en la propia y apropiarse implica disponer de la cosa a título de dueño. La conducta propia del peculado es la de apartar, separar o extraer, y se configura con el quebrantamiento de la esfera de custodia en la que se encuentra el bien, determinada por la ley, el reglamento o la orden emanada de autoridad competente, y cuya titularidad corresponde al funcionario autor del ilícito". Ver CNCas.Pen., sala III, "F., M.", del 20-8-97, c. 1147, y mismo tribunal, sala II, "L., H.", del 5-11-99, c. 2256, cit. por DI GIORGIO, ob. cit., p. 131; de igual modo, CFed. de San Martín, sala II, "Z. S., M. A.", del 7-5-96, D. J. 1996-302.

²⁹ En el mismo sentido, ver también NAVAS RIAL y ALVERO, ob. cit., ps. 223 y ss.

Los caudales sustraídos han de ser los puestos a cargo del funcionario que los administra o custodia y de los que dispone por razón de la función pública que ejerce³⁰.

Los objetos de protección están constituidos por los caudales y efectos que son confiados a un funcionario público, y al cual nos hemos referido al tratar la malversación.

La particularidad de esta ilicitud es que esos caudales o efectos necesariamente deben haber sido confiados al funcionario público en razón a la administración, percepción o custodia que le haya sido asignada. Es decir que el delito sólo podrá cometerlo aquel funcionario que administre, perciba o custodie esos caudales o efectos.

La percepción está dada fundamentalmente por la función de recaudación de aquello que debe ingresar en las arcas públicas. La administración en tanto función de gestionar y disponer de los caudales y efectos, y la custodia en la medida que representa el cuidado y vigilancia sobre tales bienes realizada en términos de administración³¹.

El peculado es un delito instantáneo de resultado material que se consuma al causarse el perjuicio, y como expresa Soler "en el caso del peculado, la existencia de una lesión al patrimonio fiscal constituye un elemento del *corpus delicti*"³², cuya tesis compartimos. No obstante reconocemos que hay autores como Buompadre³³ que opinan que se trata de un delito de pura actividad, de mera conducta, que se consuma con prescindencia del daño que se produzca en el movimiento patrimonial de la administración³⁴.

b) *Tipo subjetivo*

El peculado es un delito doloso siendo suficiente el propósito de

³⁰ En este orden de ideas se ha sostenido que comete este delito "el juez que depositó en la cuenta corriente bancaria de su esposa las sumas recibidas en el juzgado para el pago de anticipos de haberes del personal, aunque luego los haya restituido". Cfr. CFed. de San Martín, sala II, "Z. S., M. A.", del 7-5-96, anteriormente citado.

³¹ Cfr. CREUS, ob. cit., p. 325; DONNA, ob. cit., ps. 318 y 319.

³² Ob. cit., t. V, p. 185.

³³ Ob. cit., t. III, p. 259.

³⁴ L. L. 54-402.

apropiarse de los caudales públicos y la conciencia de que actuando como funcionario los bienes están a su cargo.

Es indiferente a los fines de la configuración típica la existencia de una intención de beneficiar o perjudicar. No se requiere en tal sentido el ánimo de defraudar ni propósito adicional alguno³⁵.

III. Peculado de trabajos y servicios

El segundo párrafo del artículo 261 establece la misma pena de la primera parte para "el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública".

Es una forma de cometer el delito de peculado, pero en vez de estar referido a la sustracción de bienes, se refiere a la utilización indebida de trabajos o servicios.

a) *Tipo objetivo*

La acción consiste en emplear en provecho propio o de terceros trabajos o servicios pagados por una administración pública.

Aquí el autor "emplea" trabajos o servicios que paga la administración pública en provecho propio o de un tercero. Vale decir, utiliza en forma indebida la mano de obra que es retribuida por la administración pública, con el fin de obtener una utilidad personal para sí o para un tercero.

No se trata de emplear en provecho propio las sumas destinadas al pago de los trabajos o servicios, supuesto que caería en la previsión original del artículo 261 del Código Penal, sino los trabajos o servicios.

La previsión responde a la experiencia dejada por funcionarios incorrectos enriquecidos con esos procedimientos. Se trata de quienes —por ejemplo— utilizan personal perteneciente a la administración pública para construir una casa o cercar una heredad. Los servicios pueden ofrecer muchos matices, que van desde el doméstico hasta la utilización de profesionales y técnicos. Lo que se sanciona es la desafectación del trabajo o servicio administrativo y su desvío para un destino par-

³⁵ Cfr. CFed. de San Martín, sala II, "Z. S., M. A.", del 7-5-96, ya citado.

particular, extraño a la administración³⁶. Los términos “administración pública” comprenden el Estado nacional, provincial o municipal distintamente, o sus reparticiones y dependencias descentralizadas.

Cuando el tipo penal se refiere al trabajo debe entenderse que incluye a todas aquellas tareas que se emplean para la realización de una función u obra determinada, aun cuando tenga contenido intelectual³⁷. Mientras tanto, por servicio serían todas las tareas de carácter administrativo que sin estar comprendidas en el concepto de trabajo representen un esfuerzo individual en aras del cumplimiento de la función pública. Trabajos y servicios pueden superponerse y tal cosa ocurrirá en la mayoría de las veces.

El aprovechamiento ha de ser indebido, esto es, contrario a lo que normalmente es debido. Este provecho constituye un beneficio para el autor que no se limita a una ventaja de carácter patrimonial. El provecho representa un beneficio de cualquier índole, como sería todo aquello que haya reportado una utilidad de carácter personal para sí o para un tercero.

Los servicios o trabajos pueden ser empleados en provecho propio o de tercero, pero para que se cometa este delito, quien dispone que los trabajos o servicios se realicen tiene que ser un funcionario público, pues sólo él lo hace abusando de su cargo.

Sujeto activo del delito debe ser un funcionario público que es quien puede utilizar los trabajos y servicios públicos en la forma tipificada por la reforma. Por funcionario público se entiende las personas que indica el artículo 77 del Código Penal, y a las que ya nos hemos referido en distintas oportunidades a lo largo de este trabajo.

No obstante ello, el autor de este delito será el funcionario que tenga la facultad de disponer jerárquicamente de esos trabajos o servicios, y la posibilidad de ordenar el cumplimiento de una tarea diferente a la que corresponde en orden a su natural función. De este modo utiliza el trabajo o servicio que es retribuido por el Estado para conseguir un provecho personal propio o de un tercero.

³⁶ Cfr. CREUS, ob. cit., p. 327.

³⁷ Ver en similar sentido DONNA, ob. cit., p. 329, y CREUS, ob. cit., p. 328.

El delito se consuma con el empleo de la fuerza laboral en provecho propio. Estimamos que es posible la tentativa. Tal sería el caso del funcionario que intentara utilizar los trabajos y servicios públicos, y que incluso haya trasladado a los empleados públicos al lugar donde las tareas deberían realizarse, pero luego no logra utilizarlo por cualquier causa ajena a su voluntad³⁸.

b) Tipo subjetivo

El peculado es un delito doloso que requiere el conocimiento de que el trabajo o servicio corresponden a la administración pública y la voluntad de desviarlo en provecho propio o de un tercero. Constituyendo esto último un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, entendemos que sólo es posible su comisión a título de dolo directo.

IV. Malversación culposa

Completa el cuadro punitivo el artículo 262 del Código Penal, contemplado una figura imprudente o culposa.

Expresa el mencionado artículo:

Art. 262 Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor sustraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

Aclaremos que cuando la disposición transcrita alude al artículo anterior se refiere al tipo establecido en el 261, primera parte del Código Penal, pues es la única compatible con esta modalidad.

a) La conducta

Igual a lo que sucede en el supuesto de violación de sellos y do-

³⁸ Admite la tentativa DONNA, ob. cit., p. 332.

cumentos (art. 254), nos encontramos con un tipo legal que tiene una estructura irregular, ya que el actuar culposo del agente no incide en facilitar la conducta dolosa de un tercero³⁹.

En realidad se trata de un hecho de abandono o negligencia del funcionario en referencia a su deber de vigilar los caudales que están a su cargo. Tal actitud no ha de provenir de acuerdo o concierto con aquel que verifica la sustracción, pues entonces sería imputable a título doloso y constituiría el delito previsto en el artículo 261, primera parte del catálogo punitivo⁴⁰.

El tercero que sustrae los caudales o efectos puede ser un particular o un funcionario⁴¹.

La conducta tiene que dar ocasión para que un tercero sustraiga los caudales o efectos que han sido confiados al funcionario en razón de su cargo, en administración o custodia. Y da ocasión, como dicen Creus y Buompadre⁴², quien pone una ocasión que facilita o permite consumir la sustracción, es decir, lo hizo quien creó una "oportunidad posibilitadora" para que el tercero sustrajese los caudales o efectos del modo como lo realizó.

Para establecer la configuración delictiva será en extremo importante analizar el rol o función del funcionario público en conjunción con los deberes que le vienen impuestos en el caso concreto respecto de caudales o efectos públicos, y determinar —a su vez— si tenía obligación de custodia de los mismos.

Es por tanto que esta figura representa una infracción al deber de cuidado, en la medida en que tales obligaciones le fueran impuestas por las leyes o los reglamentos administrativos conforme el cargo que el funcionario desempeña. Debe requerirse además que dicha violación a tales obligaciones implique una infracción al deber de cuidado que le fuese exigible en el caso concreto, y en atención a las modalidades y circunstancias de hecho, de manera tal que

³⁹ CREUS y BUOMPADRE, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. II, p. 319.

⁴⁰ DÍAZ, *El Código Penal para la República Argentina* cit., p. 559; SOLER, *ob. cit.*, t. V, p. 186; J. A. XIII-31.

⁴¹ L. L. 28-651; J. A. 1962-VI-469.

⁴² *Ob. cit.*, t. II, p. 320.

podiera atribuírsele cierto desprecio por los bienes jurídicos ajenos⁴³ que en el supuesto debía custodiar.

De este modo se requiere que el autor haya sido "desaprensivo en la custodia de bienes y valores"⁴⁴, dando lugar —en virtud de ello— a que los mismos fueran sustraídos por un tercero.

Es por ello que debe quedar bien claro que lo que el tipo penal analizado sanciona no es una "sustracción culposa" o negligente, sino —precisamente— haber creado las condiciones posibilitadoras de una sustracción dolosa por parte de un tercero que se aprovecha de la imprudencia o negligencia del funcionario público para realizar una conducta ilícita. Existe en este caso una necesaria relación ocasional entre la infracción al deber de cuidado o custodia de efectos o caudales públicos y la actitud dolosa de un tercero.

Las normas administrativas que regulan el debido cumplimiento de la función pública serán decisivas a la hora de establecer la naturaleza específica de la obligación funcional, el deber de custodia impuesto en el caso concreto, y la eventual violación o incumplimiento de tales deberes⁴⁵.

b) Autor

Solamente puede serlo el funcionario negligente, condición que no alcanza al tercero pues éste actúa dolosamente, y no siendo un funcionario o no estando en relación funcional con los bienes, cometerá un delito contra la propiedad, según el caso.

c) Consumación

El ilícito que estudiamos no se consume con el acto culposo, sino que además requiere la sustracción dolosa por parte del tercero. Debe destacarse la connivencia del funcionario con el sujeto activo de la sustracción pues en tal caso se convierte en autor del delito de peculado

⁴³ Ver CNCas.Pen., sala II, 30-5-97, "B., V.", E. D. 174-590.

⁴⁴ Cfr. CNCCorr., sala V, "Mestre", del 16-4-91, L. L. 1992-C-12.

⁴⁵ Ver CASTEJÓN, Fernando Flavio, *Malversación culposa. Responsabilidad de los secretarios judiciales (disposiciones legales vigentes: distintas interpretaciones)*, en L. L. 1992-C-11 y ss.

o en un partícipe de la sustracción dolosa del tercero⁴⁶. Siendo un delito imprudente, la tentativa es inadmisibles.

V. Bienes sujetos a las disposiciones sobre malversación de caudales públicos

La siguiente disposición se vincula no estrictamente con un tipo penal, sino más bien con los bienes que pueden ser objeto de las maniobras ilícitas previstas anteriormente.

Establece la normativa penal lo siguiente:

Art. 263 **Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.**

La ley penal acuerda una protección a determinados fondos privados, pero de ninguna manera los sujetos enumerados en el artículo 263 del Código adquieren la calidad de funcionarios públicos.

a) *Tipo objetivo*

Las conductas delictivas reseñadas por esta figura corresponden a las de malversación dolosa, peculado y malversación culposa, quedando excluido el peculado de trabajos o servicios, pues no se compadece con la extensión que esta norma otorga a los bienes o caudales públicos.

Lo que hace esta disposición es ampliar el objeto de tutela de las figuras penales anteriores. Es decir que no sólo será malversación o peculado el uso indebido o la sustracción de caudales o efectos públicos, sino también aquellos que pertenecen a instituciones públicas o de beneficencia, como también los bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

⁴⁶ Cfr. CREUS, ob. cit., p. 330.

Algunos autores, como Eusebio Gómez⁴⁷, con el fin de justificar la protección especial que dispensa la ley a los bienes enumerados, manifiesta que los mismos son "semipúblicos"; agregando, por otra parte, que cuando el sujeto activo administra o guarda bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, es un verdadero funcionario público.

Creemos que no puede considerarse funcionario público a quien administra o custodia bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia. En efecto, si se trata de establecimientos de instrucción o beneficencia estatales serían aplicables las figuras de los artículos 260 y 261 del mismo texto. En consecuencia, estaría de más el artículo 263 del Código Penal, siendo innecesaria una disposición como la presente. Entonces llegamos a la conclusión de que se trata de establecimientos privados, y sus administradores o custodios carecen de la calidad de funcionarios públicos⁴⁸.

En lo que se refiere a los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, deben haber sido designados como tales por un acto formalmente válido y legítimo, no quedando incluidos aquellos que derivan de una relación contractual de carácter privado⁴⁹.

Para la existencia del delito es indiferente que los caudales depositados por la autoridad pública pertenezcan al mismo depositario que los malversó.

b) *Tipo subjetivo*

El tipo subjetivo dependerá en cada caso de la modalidad delictiva practicada sobre tales bienes. En efecto, si se trata de malversación de esta clase de bienes o del delito de peculado, su aspecto subjetivo coincidirá con el que hemos tratado al analizar cada uno de dichos delitos. Por su parte, en lo que respecta a la malversación culposa, la

⁴⁷ *Tratado de Derecho Penal* cit., t. IV, p. 548.

⁴⁸ SOLER, ob. cit., t. V, p. 174; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., t. VII, p. 314; CREUS y BUOMPADRE, ob. cit., t. II, p. 321; DONNA, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. III, p. 340; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal. Parte especial* cit., t. II, p. 390.

⁴⁹ Cfr. DONNA, ob. cit., p. 341.

misma se dará en esta hipótesis cuando la imprudencia o negligencia del funcionario permita que un tercero sustraiga los bienes de establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, o aquellos cuyo secuestro, embargo o depósito le fueran confiados por acto de autoridad.

VI. Demora injustificada de pago

Culmina el plexo normativo de este Capítulo del Código Penal con una disposición que se relaciona con maniobras administrativas que implican también una aplicación indebida de los fondos públicos, constituidas en el caso por una retención temporal que no corresponde realizar frente a la existencia de liquidez y disponibilidad inmediata de tales fondos.

El hecho está contemplado por el artículo 264 del texto punitivo que establece:

Art. 264 Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente.

En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

Veamos sus características.

a) Tipo objetivo

Lo que prevé la primera parte de esta disposición es la desobediencia que comete el funcionario público que habiendo recibido fondos para hacer un pago a que estaba obligado por razón de su cargo, deja de realizarlo sin motivos legítimos, sin que por esto haya sido su propósito apoderarse de esos caudales ni disponer de ellos, pues si lo hiciera estaríamos en la órbita del peculado.

Como dicen Creus y Buompadre⁵⁰, el hecho puede perturbar el normal desenvolvimiento de la esfera patrimonial del Estado al impedir que los

⁵⁰ Ob. cit., t. II, p. 323.

fondos cumplan el destino que les está designado. Por eso, desde el punto de vista del bien jurídico "participa de la esencia de la malversación".

La conducta típica está configurada por el hecho de demorar un pago. Demora el pago quien no lo hace en el tiempo debido, conforme a la ley, decreto o un reglamento.

Es una forma omisiva, ya que la demora importa una inacción. Está relacionada con el normal desenvolvimiento de la función pública y de la correcta aplicación de los fondos públicos a los gastos derivados de ella.

El tipo penal hace referencia a los pagos ordinarios o los decretados por autoridad competente. Los primeros son, por ejemplo, sueldos, jubilaciones o pensiones; los segundos son los pagos que se realizan a proveedores, etcétera, y que la autoridad competente ordena que se cumpla con tales obligaciones.

Tal demora puede ser justificada en el supuesto de que no estén expeditos los fondos, o sea, que por cualquier circunstancia (demoras burocráticas, etc.) no los haya puesto a disposición del funcionario. En tal caso la conducta deviene atípica.

Reiteramos que la aplicación de esta figura está subordinada al hecho de que no sean aplicables los tipos del peculado o la malversación.

Queda claro entonces que el hecho constitutivo de esta infracción es dejar de hacer el pago con fondos del Estado, que debe ser efectuado en tiempo oportuno, y si no se hace el delito queda consumado, no necesitando ningún tipo de previa interpelación.

b) Tipo subjetivo

Desde el punto de vista subjetivo se trata de un delito doloso, el cual requiere el conocimiento de que se debe efectuar el pago y la voluntad de demorarlo sin causa justificada. Se puede cometer tanto por dolo directo como por dolo eventual. Siendo un delito omisivo, la forma imprudente es inadmisibles⁵¹.

VII. Negativa a la entrega de bienes

La segunda parte del artículo 264 importa meramente una desobe-

⁵¹ Cfr. DONNA, ob. cit., p. 351.

dencia (art. 239), ya que no se pena la apropiación o distracción de las cantidades o efectos depositados o puestos bajo la custodia del funcionario público, lo cual integraría el delito previsto en el artículo 261, primera parte.

a) *Tipo objetivo*

La conducta que se incrimina es rehusar la entrega, y se consuma con la negativa. En este sentido, “rehúsa” el que niega explícita o implícitamente la entrega⁵². Pero la tipicidad exige como presupuesto que una autoridad competente haya requerido la entrega de las cantidades o efectos puestos bajo la custodia o administración del funcionario público⁵³.

En efecto, debe haber existido previamente un requerimiento por parte de la autoridad competente vinculado con “cantidades” o efectos que hayan sido depositados, o puesto bajo su custodia o administración. Si bien la norma no habla de “caudales” —como en los supuestos anteriores—, debemos inferir que se trata de todas aquellas cosas o bienes que puedan ser identificados o determinados por “cantidad”, entre los que queda incluido el dinero. Lo que se excluye son los bienes unitaria o conjuntamente determinables⁵⁴. Dado que nos encontramos en presencia de un tipo penal omisivo, la tentativa es inadmisibles⁵⁵.

El delito se consuma con el acto de rehusar o negarse a entregar las cantidades o efectos que el agente tiene en custodia o administración una vez que ha sido requerido por la autoridad competente, o vencido el plazo otorgado para hacerlo.

b) *Tipo subjetivo*

Desde el punto de vista subjetivo es una figura dolosa que comprende el conocimiento de la obligación de entregar y existe un requerimiento válido de la autoridad que tiene competencia para hacerlo.

En razón a estos condicionamientos típicos, sólo el dolo directo podrá operar a los fines de la configuración de esta ilicitud penal.

⁵² Cfr. CREUS, ob. cit., p. 335.

⁵³ CREUS y BUOMPADRE, ob. cit., t. II, p. 324; DONNA, ob. cit., t. III, p. 308; CUELLO CALÓN, ob. cit., t. II, p. 389.

⁵⁴ Ver en tal sentido CREUS, ob. cit., p. 335, y DONNA, ob. cit., p. 354.

⁵⁵ En iguales términos consultar CREUS, ob. cit., p. 335.

CAPÍTULO VIII NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

El Capítulo VIII del Título XI del Código Penal se compone de un solo artículo.

I. El tipo penal

Expresa el artículo 265 del Código Penal:

Art. 265 Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en miras de un beneficio propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo.

Se aplicará también multa de dos (2) a cinco (5) veces del valor del beneficio indebido pretendido u obtenido.

Esta disposición será aplicable a los árbitros, amigables compondores, peritos, contadores, tutores, curadores, albaceas, síndicos y liquidadores, con respecto a las funciones cumplidas en el carácter de tales (*Artículo sustituido por ley 27.401, B. O. del 1-12-2017*).

Veamos sus características.

a) *Bien jurídico tutelado*

El bien jurídico que se protege en este caso estaría conformado por una especial situación¹, y en tal sentido es “que aquellas personas

¹ Es necesario destacar que el artículo 265 del Código Penal no se refiere al perjuicio que pueda resultar para la administración pública, pues en tal caso la conducta