

CAPÍTULO VII

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

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.

I. INTRODUCCIÓN

Como surge con claridad de la redacción del tipo, la norma pone el acento en la faz patrimonial de la función pública, tanto en lo que respecta a los bienes públicos como a los bienes privados que el Estado retiene o custodia en el ejercicio de sus actividades cotidianas. Por ello, el objeto de protección de la norma no es la propiedad de dichos bienes, sino su incolumidad, esto es, la seguridad o la preservación de ellos, para que puedan cumplir con los fines a los que están destinados. Los delitos que aquí se tratan poseen, entonces una característica en común: el manejo irregular de esos bienes⁽¹⁾. Las figuras delineadas en el capítulo se bifurcan en una doble dimensión: por una parte, constituyen una infracción del deber de probidad de los funcionarios en el manejo de los fondos públicos, que por razón de sus cargos le están confiados y por otra, implican una lesión de los intereses patrimoniales del estado⁽²⁾.

I.1. Antecedentes

El tipo legal aparece regulado por la ley 49 promulgada el 14 de setiembre de 1863, en su art. 84 que castigaba con la pérdida de empleo e inhabilitación por cuatro años para obtener otro, el uso indebido de fondos sin daño ni entorpecimiento del servicio público. En la nota del Proyecto Tejedor, se afirmaba que la norma provenía del Código de Perú y remitía al art. 320 del español. Este proyecto definía la malversación del siguiente modo: el empleado público que

(1) AMANS - NAGER, *Manual...*, cit., p. 495.

(2) BUOMPADRE, ob. cit., p. 245, con cita de CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte Especial*, t. II, p. 395.

En tanto que la otra —tesis de la pertenencia— sostiene que son públicos todos los bienes pertenecientes al estado y de los que puede disponer para el cumplimiento de sus servicios o fines públicos (Creus, Donna), estando solo excluidos aquellos en los que el Estado asume funciones de guardador, pero de los que no puede disponer para el logro de sus fines⁽¹¹⁾.

En cuanto a los modos comisivos. Consiste en destinar los caudales o efectos a un fin distinto del indicado, aunque siempre sin extraerlos del ámbito de la Administración Pública⁽¹²⁾, es decir, cambiar el destino determinado de los bienes⁽¹³⁾, a uno que impone arbitrariamente el funcionario⁽¹⁴⁾; una aplicación pública diferente de aquella a la que estuvieran destinados⁽¹⁵⁾.

Comete el delito de malversación de caudales públicos (art. 263, Cód. Penal) quien omite poner a disposición del tribunal los bienes embargados de los cuales había sido nombrado depositario, realizando sobre ellos los actos *animus domini* (CPenal San Martín, sala II, 24/2/1983, "B., J. C.", MJ-REP-M-37834-AR, REP37834). No se configura el delito de malversación de caudales públicos (art. 263, Cód. Penal), si, no obstante hallarse acreditado que el inculpaado dispuso de los bienes embargados respecto de los cuales se lo había constituido depositario judicial, la venta de los bienes habría sido autorizada por quien solicitará la medida cautelar a los efectos de destinar su producto al pago de la deuda que motivó el juicio (CNCrim. y Correc., sala III, 23/12/1982, "R., S.", MJ-REP-M-37224-AR, REP37224).

1.3.2. Sujetos del delito

Es un delito especial propio, donde solamente puede ser autor el funcionario público que administra los bienes en cuestión, es decir, quien está facultado administrativamente para aplicarlos a los distintos legalmente determinados, sin ser necesario que sea quien los tiene materialmente en su poder⁽¹⁶⁾. Debe haber identidad entre quien administra y quien produzca el cambio de destino (CNFed. Crim. y Correc., sala I, 14/4/1987, "Noailles, Luis"). Con esta observación, las demás reglas generales de la participación son aplicables, a la figura en examen.

1.4. Tipo subjetivo

El tipo subjetivo requiere dolo directo. El agente debe conocer el destino que tenían los bienes y el cambio que se hace de ese destino (Donna). No parece posible el dolo eventual (de otra opinión Creus-Buompadre, p. 312). En el marco

(11) GONZÁLEZ, ob. cit., ps. 237-238.

(12) TERRAGNI, ob. cit., p. 220.

(13) BUOMPADRE, ob. cit., p. 239.

(14) DONNA, ob. cit., p. 297.

(15) RIVAROLA, ob. cit., p. 202.

(16) CREUS, ob. cit., ps. 294-5.

de la antijuridicidad es perfectamente concebible la aplicación del estado de necesidad justificante para la conducta del funcionario público que desvió los caudales o efectos públicos a fin de atender una emergencia social o disminuir los efectos devastadores de un cataclismo natural. Si el funcionario público desvía fondos públicos o bienes destinados a una tarea específica determinada por ley para ayudar a las víctimas de una inundación, terremoto o incendio, su conducta estará justificada⁽¹⁷⁾.

"...2. El dolo que reclama la figura de malversación de caudales públicos requiere el conocimiento, por parte del agente, del carácter de los bienes y de la relación funcional que lo une a ellos y la voluntad de separarlos de la administración —en el caso, se rechazó el recurso de casación del condenado— (del voto de la mayoría, Dr. González Palazzo). 3. Procede el recurso de casación deducido por la defensa del condenado por el delito de malversación de caudales públicos por equiparación (arts. 261 y 263 del Cód. Penal) —en el caso, fue designado depositario judicial de diversos bienes embargados en el marco de un juicio laboral, no pudiendo darse con los mismos al tiempo de ordenarse su incautación—, pues la omisión del encartado de anotar a la jurisdicción su cambio de domicilio de la firma en la que se encontraban los bienes, así como el que había constituido a los fines de las notificaciones pertinentes comportó el quebrantamiento de las obligaciones inherentes al rol asumido y, consecuentemente, la creación de un riesgo de exclusión del juzgador del control de los efectos objeto de depósito. Sin embargo, para que dicho riesgo adquiera relevancia típica en los términos del art. 263 del Cód. Penal, es necesaria la intimación previa que establece el art. 217 del Cód. Proc. Civ. y Com. Nac., pues recién a partir de esa intimación nace la obligación del depositario de presentar los bienes ante el juzgador, cuyo incumplimiento es, precisamente, el extremo constitutivo de la modalidad típica endilgada en el pronunciamiento impugnado; intimación que no puede tenerse por suplida con el mandamiento de secuestro practicado infructuosamente en el domicilio de la firma que se había mudado (del voto en disidencia del Dr. Diez Ojeda)". CFed. Casación Penal, sala IV, 26/4/2010, "Brusco, Alberto Marcelo s/ recurso de casación". MJ-JU-M-58880-AR, MJJ58880.

1.5. Consumación y tentativa

El delito se consuma con la nueva aplicación de los fondos o caudales y no con la simple imputación⁽¹⁸⁾, aunque no se requiere necesariamente la concreción de la inversión, bastando con su uso o utilización⁽¹⁹⁾, es decir, cuando son quitados de la custodia que legalmente corresponde⁽²⁰⁾. Se trata de un tipo de pura actividad que no requiere la producción del daño en la administración,

(17) ABOSO, *Código...*, cit., p. 1257.

(18) SOLER, ob. cit., p. 200.

(19) BUOMPADRE, ob. cit., p. 247.

(20) TERRAGNI, ob. cit., p. 229.

castigándose el peligro que trae aparejado el desorden de las inversiones⁽²¹⁾. Se admite la tentativa cuando el autor comience a realizar actos ejecutivos para cambiar el destino de los bienes y no pueda hacerlo por circunstancias ajenas a su voluntad⁽²²⁾ (Ghersí, p. 1229).

1.6. Agravantes

El delito se agrava si como resultado de él se produjera un daño o entorpecimiento de un servicio, debiendo entenderse por daño "todo efecto perjudicial para el servicio, sea de carácter económico, sea en orden a su prestación, aunque no implique una lesión patrimonial" (Creus). Entorpecimiento es el inconveniente en la prestación según los programas estipulados. Para que se aplique la agravante, el daño o entorpecimiento debe ser consecuencia de la malversación atribuible al funcionario. El daño y el entorpecimiento derivado del desvío ajeno de los caudales o efectos públicos no necesitan estar abarcados por el dolo del autor.

1.7. Otras cuestiones

1.7.1. Efectos de la sentencia absolutoria en sede penal

"1. Corresponde confirmar la resolución del Tribunal de Cuentas que declaró patrimonialmente responsable a la actora —jefa del Departamento de Tesorería— por ciertas irregularidades en el manejo de órdenes de pago, y en consecuencia le formuló un cargo pecuniario, pues la propia actora ha reconocido no haber dado estricto cumplimiento a las normativas legales que regían su conducta administrativa. De igual manera, no ha sido probado por ella que su accionar respondiera a una orden —expresa o implícita— por parte de sus superiores jerárquicos, como unilateralmente afirma en su pretensión, más allá de que, llegado el caso, una orden de ese tenor no puede reputársele válida. 2. La sentencia absolutoria dictada en sede penal por el delito de malversación de caudales públicos —aun cuando tenga por demostrado el hecho que dio motivo a la sanción disciplinaria— no resulta vinculante para la Administración, pues la diferencia de naturaleza entre la sanción penal y la administrativa determina lógicamente que numerosas conductas puedan constituir faltas disciplinarias sin ser delitos. 3. La Administración ha fundado adecuadamente la sanción pecuniaria de acuerdo con la falta cometida, sin que —en adición— la accionante haya discutido la magnitud o características del cargo pecuniario decidido en su contra, y ha subsumido los hechos en la normativa aplicable a un sumario, como corolario de un procedimiento regular, en el que la Administración reunió pruebas suficientes a tal fin, las que no fueron desvirtuadas por el agente tal como se ha señalado precedentemente. 4. La inexistencia de sumario administrativo en punto a desentrañar la responsabilidad administrativa de un funcionario público, no impide al Tribunal de Cuentas formular cargos u observaciones, puesto que las órbitas de competencia y los fines que persiguen uno u

(21) SOLER, ob. cit., p. 200.

(22) DONNA, ob. cit., p. 305.

otro procedimiento, son distintos: responsabilidad disciplinaria y pecuniaria. 5. La responsabilidad administrativa —como género— posee varias subespecies, dos de las cuales son precisamente la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad pecuniaria. En el *sub examine*, la primera se ha extinguido naturalmente por la desafectación voluntaria del agente de la planta de la Administración. La segunda —por el contrario— se encontraba plenamente activa y ha sido legítimamente ejercida por la Contaduría provincial —primero— y por el Tribunal de Cuentas —luego—, en un todo de acuerdo con lo dispuesto por la normativa vigente. 6. El Tribunal de Cuentas tiene la atribución de pronunciar el fallo definitivo y, obviamente, determinar el monto del perjuicio, pues de otro modo no se comprende cuál sería el alcance de este fallo ni cuál sería la interacción de aquel organismo en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Tal conclusión, además, halla sustento en la señalada atribución del Tribunal de Cuentas referente al examen de las cuentas de percepción e inversión de las rentas públicas y en la determinación de los funcionarios responsables". de las rentas públicas y en la determinación de los funcionarios responsables". de las rentas públicas, "E. L. C. c. Provincia de Buenos Aires (Tribunal de Cuentas) s/ SCBA, 23/7/2008, "E. L. C. c. Provincia de Buenos Aires (Tribunal de Cuentas) s/ demanda contencioso administrativa", MJ-JU-M-37778-AR, MJJ37778.

1.7.2. Sobre si debe existir o no previo pronunciamiento de la Contaduría general de la Nación

Se discute, en la jurisprudencia, señalan, Breglia Arias-Gauna⁽²³⁾, si puede existir este delito sin previo pronunciamiento de la Contaduría general de la Nación que declare que los caudales han sido empleados fuera de su destino, a pesar de que este requisito, no surge de la ley ni implícita ni explícitamente⁽²⁴⁾.

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.

1. INTRODUCCIÓN

En esta norma se encuentra regulado el denominado delito de peculado. Esta preceptiva posee una mayor especificidad que la comprendida en el art. 260, pues también supone actos de administración efectuados indebidamente por un funcionario público. Sin embargo, en este caso en particular, la conducta típica se centra en el verbo sustraer, entendido como apartar, separar, quitar. Dado que el tipo penal no alude específicamente a un desapoderamiento (ob-

(23) Código..., cit., p. 658.

(24) CREUS, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 322.

sérvase la diferencia con la redacción del art. 162, que alude específicamente a la apropiación). Amans-Nager⁽²⁵⁾ entienden que para la configuración del delito bastaría con que los bienes o caudales fueran removidos de la esfera de custodia de la Administración Pública, aunque el agente no pretenda apropiarse de los bienes en cuestión.

1.1. Antecedentes

El delito de peculado estuvo reprimido desde la primera ley en materia penal, o sea la ley 49 de 1863. La redacción actual del artículo referida al peculado de bienes (párrafo 1º), sin embargo, proviene del Proyecto de 1891 el cual introdujo modificaciones significativas al texto legal vigente en proyectos anteriores, particularmente en lo referente a las acciones alternativas de sustraer o consentir en que otro sustraiga, formas comisivas materiales arraigadas en la legislación española desde entonces y que se mantienen aún en la actualidad. El texto en vigencia contiene un segundo párrafo que fue agregado por la ley 16.648 de 1964, incorporando el delito de peculado de trabajos y servicios, cuyo antecedente directo es el proyecto Soler de 1960.

1.2. Bien jurídico protegido

La persecución del peculado busca proteger dos bienes jurídicos distintos. Primeramente al igual que en el artículo anterior, se resguarda el orden en el desenvolvimiento patrimonial de la administración. Pero, además de ello, se cuida también la propiedad de los bienes del estado, dado que, en este caso, las cosas son extraídas del patrimonio estatal, poniendo en riesgo el cumplimiento de sus fines y perjudicando el erario público⁽²⁶⁾.

2. PECULADO EN GENERAL

2.1. Tipo objetivo

2.1.1. Acción típica

La acción típica es la de sustraer los caudales o efectos confiados, es decir, quitarlos o extraerlos de la esfera de la tenencia administrativa⁽²⁷⁾ "siendo suficiente la violación de la custodia" (CNCrim. y Correc., sala I, 19/5/2004, "Souto, Oscar"). Sustraer significa extraer o quitar los bienes de la tenencia —efectiva o simbólica— con que en el ámbito administrativo han sido colocados por leyes, reglamentos u órdenes, lo cual, se entiende, no exige la apropiación (Creus, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981, ps. 325-326). Cabe señalar al respecto que, según lo expuesto en relación con los bienes de dominio público, el Estado no puede disponer de ellos, sino que solo los ad-

(25) *Manual...*, cit., ps. 496-497.

(26) GHERSI, ob. cit., p. 1231.

(27) TERRAGNI, ob. cit., p. 233.

ministra. Debe tratarse necesariamente de un bien que se encuentre dentro de la esfera de custodia o administración del funcionario. En cuanto al objeto material de la figura, se ha entendido que el art. 261 Cód. Penal incluye, bajo la expresión "caudales" o "efectos", toda clase de bienes en el sentido del art. 2312 del Cód. Civil (cfr. Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tea, 4ª edición, parte especial, 1987, t. 5, p. 224, quien realiza una interpretación contextual en función de lo estipulado por el art. 263 Cód. Penal). La administración se da cuando el funcionario público administrativamente puede disponer de los bienes para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas (Creus), aún sin que los tenga materialmente en su poder. Por percepción debe entenderse la facultad en virtud de la cual se reciben bienes para la Administración Pública (ejemplo el cobro de tributos e impuestos). La custodia implica el resguardo y vigilancia de los bienes confiados al funcionario debido a su cargo. "1 - En el caso hay que analizar si el obrar del imputado se adecua al tipo penal del art. 261 Cód. Penal, el que reprime al funcionario administrador, precepto o custodia que sustraer los caudales o efectos que le han sido confiados en razón de su cargo. La doctrina se ha detenido en la cuestión vinculada al ámbito de custodia de la administración, sosteniéndose que para la consumación del delito es necesario poder afirmar que ese vínculo en algún momento ha sido quebrado. Siendo así las cosas, la razón le asiste a la defensa, en lo que a la utilización de la batería por parte del encartado se refiere, pues si bien es cierto que el vehículo no estuvo en todo momento en la Alcaldía, también es verdad que no existe prueba alguna que permita afirmar que el imputado utilizara el bien para una finalidad distinta a la de función de policía de seguridad debiéndose aquí recordar que incluso el aprovechamiento abusivo de las cosas sin sustracción del ámbito de tenencia efectiva o simbólica de la Administración Pública no constituye delito. En suma, se concluye entonces, en que la batería jamás salió de la esfera del Poder Público, por lo que la actividad del imputado en este tramo, resulta atípica (Voto por mayoría de los Sres. Vocales Dres. Miguel Ángel Funes y José E. Pueyrredón). 2 - Distinta es, sin embargo, la condición en lo que a las tareas antirobo se refiere; y aquí, coincidiendo con el Juez, se afirma que el accionar del prevenido configura el ilícito de Peculado. En base a la prueba ha de aceptarse nomás que el encartado sustrajo dichos bienes. El término sustraer que emplea la ley no tiene aquí otro significado que el que tiene en ciertos delitos, v.gr., en la quiebra del art. 176. Sustrae entonces, quien con su acción separa o aparta sacando el caudal... del ámbito de tenencia de la Administración Pública; una forma de hacer eso es no reingresar a su debido tiempo". En definitiva, el comisario imputado se apropió de tales caudales, y al hacerlo consumó el delito, pues los sacó del ámbito de tenencia de la Administración Pública, resultando irrelevante sus manifestaciones en el sentido de que devolvió el vehículo en igual estado al que la sacó, pues tal como se desprende de los dichos de los testigos, las tuercas no se encontraban colocadas en el automóvil retirado por el imputado, sino en otro, de donde fueron sacadas y posteriormente llevadas por el nombrado. Por todo lo expuesto, el procesamiento del imputado por el delito de Peculado, debe ser confirmado (Voto por mayoría de los Sres. Vocales Dres. Miguel Ángel Funes y José E. Pueyrredón). 3 - En razón de sus funciones, el comisario imputado era el tenedor, el custodio de esos efectos que, aunque los llevara, los sacara o los trasladara de lugar, aún para usarlos en su beneficio,

seguía siendo igualmente el tenedor, el custodio o el guardián de los mismos. No obstante, ese hecho, que no es otra cosa que un peculado de uso, no cae dentro del art. 261 del C. Penal, porque el delito no consiste en usar lo que se tiene, guarda o custodia, sino en sustraer que, como conducta, implica una actitud subjetiva trascendente al simple hecho de disponer, porque en todo caso el funcionario sigue reconociendo a la Administración Pública y, por lo tanto, su relación vincular. Dos son pues los requisitos del tipo penal: uno material u objetivo, subjetivo el restante. No parece que de los dichos de los testigos sea posible afirmar la existencia del delito, por el contrario, indican que le venían bien para usarlas, ya que las iba a tener con él y, por el sentido de los dichos de uno de los testigos, puede inferirse que las tendría hasta el eventual reclamo. De todo esto resulta por un lado que seguía siendo guardián, abusivo sí por el uso, pero no autor del delito en cuestión porque no surge que haya intervenido el título y actuado *animus domine* (Voto en disidencia del Sr. Vocal Dr. Justo Laje Anaya)". N.R.: Fuente de información: <http://www.justiciacordoba.gov.ar>. 23/4/1991, "Hierling, Ricardo Luis c. s/ p.s.a. de malversación de caudales públicos". MJ-JU-M-47943-AR, MJJ47943.

"1. Corresponde dictar auto de procesamiento en los términos del art. 261 del Cód. Penal en calidad de autor, respecto de un ex Presidente de la Nación, a quien se le atribuyó la ideación, desarrollo e instauración de un sistema ilegítimo de distribución mensual de fondos públicos entre altos funcionarios de su gobierno, sumas que debían ser asignadas por la Ley de Presupuesto a la atención de gastos de inteligencia y seguridad del Estado (fondos reservados), las que se distribuían en efectivo, de manera discrecional, arbitraria e informal, sin control alguno acerca de su origen y destino. 2. Deben considerarse incurso en calidad de coautores en el delito previsto por el art. 261 del Cód. Penal, los ex Ministros de Economía y Justicia en relación con el sistema ilegítimo de distribución mensual de fondos públicos entre altos funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional que se implementó y desarrolló durante dos recientes períodos presidenciales, vinculándose las actividades desplegadas con la determinación técnica de la modalidad en que se implementaría y la suscripción de la normativa que posibilitó la obtención de fondos para alimentar el circuito; atribución delictiva extensible a los ex titulares de los restantes Ministerios y Secretarías de Estado, quienes también recibían fondos públicos para su irregular distribución interna. 3. El respeto por la división de poderes de Estado de ningún modo puede impedir que el Poder Judicial revise los actos del Poder Ejecutivo cuando exista la presunción de que estos ingresaron en la órbita delictiva; más aún, está obligado a cumplir este rol de contralor recíproco (en el caso, se dictó procesamiento de un ex Presidente de la Nación por considerarlo incurso en el delito de peculado —art. 261 del Cód. Penal—). 4. Existe coautoría cuando se acredite la existencia de un acuerdo entre las partes, esto es la distribución de funciones que consistan en un aporte objetivo y que ese aporte atribuya el codominio del hecho (en el caso, se dictó procesamiento en calidad de coautores a ex Ministros y Secretarios de la Presidencia por considerarlos incurso en el delito de peculado —art. 261 del Cód. Penal—). 5. En materia penal rige el principio de la libertad probatoria, en el marco del cual el hecho investigado puede ser acreditado por cualquier medio de prueba —en el caso,

actos de corrupción estatal en el que encumbrados funcionarios de gobierno cobraban sobresueldos mediante un complejo esquema de gobierno de fondos públicos—, debiendo otorgarse especial relevancia a la prueba testimonial, máxime si resulta coincidente, pese a provenir de funcionarios y empleados de organismos públicos diversos". JNFed. Crim. y Corr., sala 2ª, 29/5/2009, "Granillo Ocampo, Raúl y otros s/ malversación de caudales públicos", MJ-JU-M-44172-AR, MJJ44172⁽²⁸⁾.

2.1.2. Sujetos del delito

Se trata de un delito especial propio, en el cual puede ser autor solamente el funcionario público que administra, percibe o custodia los bienes en cuestión que le fueran confiados debido a su cargo, es decir que, además de la calidad de autor, requiere la relación funcional del sujeto activo con los bienes⁽²⁹⁾. Admite las formas genéricas de la participación. "1. Corresponde confirmar el auto del Cód. Penal, pues el accionar comprobado implicó las descargas irregulares de combustible de dos embarcaciones de la fuerza naval aprovechándose de sus cargos y poder de disposición que tenían respecto del material del que eran custodias, utilizando los medios a su alcance para lograr la sustracción, perjudicando los intereses que les fueran confiados; ocultando ello a través de la confección de actas y asientos anómalos y/o de la destrucción de algunos o enmiendas de otros. 2. *El peculado, no obstante ser un delito especial en que el sujeto activo debe reunir determinadas calidades sin las cuales el delito no es posible, no excluye los principios de cooperación delictuosa, pudiendo ser partícipe primario quien no reúna en sí la calidad de funcionario público con manejo de bienes requerida para el autor, si se acepta que la complicidad primaria abarca toda intervención necesaria en el delito por la que se pone una condición de resultado, sin cumplir la acción típica reservada al autor y coautor, y teniendo en cuenta que las calidades personales típicas se comunican a los efectos de la agravación de la penalidad, si son conocidas por el partícipe*". CNFed. Crim. y Corrección, sala II, 13/4/2011, "Segovia, Ramón y otros s/ procesamiento y embargo". MJ-JU-M-64416-AR, MJJ64416.

2.2. Tipo subjetivo

El delito es doloso. Exige dolo directo, el que debe comprender el conocimiento del carácter de los bienes y la relación que los vincula con el autor, además de la intención de sustraerlos de la esfera de la administración (Terragni, Donna). Este sustraer tiene un sentido subjetivo específico. Es un tipo de ten-

(28) Un juez federal dictó el procesamiento en orden al delito de peculado (art. 261 del Cód. Penal) de un ex presidente de la Nación, ex ministros y secretarios de Estado que percibieron ilegítima y mensualmente sobresueldos, merced un complejo diagrama de desvío de fondos públicos, en forma sostenida en el tiempo.

(29) BUOMPADRE, ob. cit., p. 255.

3.3. Tipo subjetivo

El delito es doloso. El funcionario debe conocer el carácter del trabajo o servicio, y debe tener la voluntad de desvirtuarlo en beneficio del tercero. Este especial elemento subjetivo hace que el único dolo posible sea el dolo directo (Donna). En contra Núñez.

3.4. Consumación y tentativa

El delito se consuma con el desvío de los trabajos o los servicios a la esfera particular. Pero no basta con la sola separación de la administración. No basta la efectiva utilización por parte del funcionario o del tercero. La tentativa es admisible.

Para Buompadre, se trata de un delito de pura actividad⁽³⁴⁾ que se consuma con el empleo de los trabajos o servicios en beneficio del autor o de un tercero. La doctrina, con razón afirma que el tipo se perfecciona en la medida en que los trabajos hayan sido efectivamente utilizados en provecho del funcionario o del tercero (Núñez, Creus, Fontán Balestra), pero, a Buompadre, le parece que la aplicación efectiva de los trabajos o servicios a la esfera particular no modifica el carácter del delito. La utilización práctica de tales actividades no constituye un "resultado material" (en sentido estricto) de la conducta, sino que es la "conducta misma" la que produce un resultado en sentido jurídico que supone la lesión del bien jurídico protegido. Esta afectación del bien jurídico es suficiente para perfeccionar el tipo, con independencia de que se logre o no el provecho perseguido o de que se produzca un perjuicio patrimonial a la administración⁽³⁵⁾. El peculado de trabajos o servicios es un delito de intención, que se concreta con prescindencia del logro del provecho perseguido.

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 efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

I. INTRODUCCIÓN

Quizá la nota más distintiva de la malversación culposa es la circunstancia de que, a diferencia de otros delitos, en los que siempre la conducta culposa es la productora del resultado, en este caso, la arquitectura del tipo es radicalmente diferente. La imitación no se asienta sobre la provocación culposa del resultado, sino sobre el favorecimiento que la conducta imprudente o negligente

(34) En contra, pero sin dar razones, Donna, para quien se trata de un delito de resultado.

(35) CARRERA, *Peculado*, cit., p. 192.

rento ha supuesto para que un tercero proceda a la comisión dolosa del delito. Por eso a los efectos de la configuración del tipo penal no basta con acreditar la existencia de una conducta imprudente o negligente y de una malversación paralela, es necesario que la primera dé ocasión a la segunda, por lo que entre ambas debe mediar una relación de determinación, es decir, que la malversación dolosa provocada por el tercero debe tener su causa productora decisiva o determinante en el accionar culposo del agente⁽³⁶⁾.

1.1. Antecedentes

La figura proviene del Proyecto de 1891, en el que se cita como concordancia el art. 406 del Cód. Penal español de 1870.

1.2. Bien jurídico protegido

Busca resguardar el mismo bien jurídico que la previsión general de la malversación del art. 260 de este Código, esto es, el orden en el desenvolvimiento patrimonial del Estado⁽³⁷⁾ en busca de resguardar la concreción de los intereses de la administración.

2. TIPO OBJETIVO

2.1. Acción típica

Estamos en presencia de una figura culposa de estructura irregular (Creus), o de un tipo culposo impropio (Baleatce). Es decir, que la actuación culposa del agente no es la que se traduce en el resultado dañoso, sino que su conducta solo infringe el deber de cuidado que está llamado a atender debido a la confianza depositada en él para la administración, custodia o percepción de caudales o efectos, y es esto lo que posibilita la acción dolosa de aquel que efectivamente los sustrae. Y da ocasión aquel funcionario que otorga una oportunidad posibilitadora, aun cuando ella no sea causa exclusiva ni preponderante (Núñez), quedando comprendidas aquí todas las sustracciones dolosas —hurto, estafas— y no solo el peculado. Se exige entonces el respeto de todos los extremos del delito culposo, y el resultado, que tiene que consistir en la consumación del delito doloso del tercero, separando de la administración los bienes o caudales confiados⁽³⁸⁾. Para configurarse el delito de malversación culposa (art. 262, Cód. Penal) es preciso que, como consecuencia de la negligencia del agente se produzca la sustracción de caudales o efectos por acto doloso de otra persona. Y para el caso de no comprobarse el hecho del tercero, desaparece la figura culposa atribuible al funcionario, por falta de dicha condición (CFed. Resistencia, 9/4/1981, "P. R. M. y otros"). Cita: MJ RFP M 22374 AR, RFP 22374.

(36) AMANS NAGER, *Manual*, cit., ps. 498-499.

(37) TORRAGNÀ, ob. cit., p. 217.

(38) GONZÁLEZ, ob. cit., p. 240.

2.2. Sujetos del delito

Sujeto activo es el funcionario público que tenga relación funcional con los bienes, es decir, solo aquel que los administra o custodia. Presupone la existencia de otro sujeto, autor de alguna figura contra la propiedad que contemple la sustracción como acción típica, quien aprovechará la conducta del funcionario, aunque no será sujeto de imputación del presente delito⁽³⁹⁾. Obviamente que no debe existir connivencia entre el funcionario y el autor de la sustracción⁽⁴⁰⁾.

2.3. Tipo subjetivo

Deben darse los requisitos de previsibilidad y reconocibilidad individual de todos los elementos del tipo objetivo⁽⁴¹⁾.

El procesado conocía perfectamente su condición de depositario judicial y no surge la existencia de un error de hecho excusable, la entrega no dolosa de un automóvil a un tercero, aun cuando el creyera que era propietario del mismo constituye una conducta negligente en el desempeño de sus funciones, aprehendida por las normas del art. 262 del Cód. Penal (CNCrim. y Correc., 10/11/1939, LL 16-1010).

2.4. Consumación y tentativa

Por tratarse de un tipo imprudente requiere de la ocurrencia del resultado, en este caso, la sustracción de los caudales o efectos por parte del tercero, o sea con la separación de los bienes⁽⁴²⁾.

La consumación se produce al momento de la consumación del delito doloso. No es admisible la tentativa.

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.

I. INTRODUCCIÓN

La ley alude aquí a especiales categorías de bienes: los que pertenecen a establecimientos educativos público (de cualquier nivel) o a instituciones de beneficencia (privadas, dado que las de carácter público, ya se encuentran com-

(39) SOLER, ob. cit., p. 209.

(40) GHERSI, ob. cit., p. 1240.

(41) DONNA, ob. cit., p. 337.

(42) *Ídem*.

prendidas en el tipo de base) y los caudales embargados (es decir, sujetos a una medida judicial de indisponibilidad temporal), secuestrados (incautados en procedimientos judiciales o administrativos) o depositados por orden o disposición de las autoridades competentes (judiciales o administrativas), sean públicos o pertenecientes a particulares (sin perjuicio de que los bienes públicos del estado nacional son inembargables). Los actos de malversación propios del tipo genérico (distracción, sustracción) se penalizan en la medida en que sean realizados por los administradores o depositarios, es decir, las personas que tienen la obligación de gestionarlos, de mantenerlos o de custodiarlos. Nuevamente no basta, a los efectos del tipo, la creación de un poder de administración o de un contrato de depósito a título meramente privado: dado que el bien jurídico protegido por este título es la Administración pública, los actos de constitución de la administración o el depósito deben haberse efectuado en el ámbito del derecho público. Tal y como sucede con la figura básica, tampoco en este caso es requisito concreto: la conducta se consuma con el solo desvío de los bienes o caudales, puesto que la conducta impide su ubicación, identificación o utilización en tiempo oportuno por la administración⁽⁴³⁾.

1.1. Antecedentes

La fórmula de este artículo se encontraba prevista en el proyecto Tejedor, y en el Cód. Penal de 1887, aunque el texto vigente proviene del Proyecto de 1891.

1.2. Bien jurídico protegido

Se trata en este caso de proteger el correcto funcionamiento de la Administración Pública (CNCrim. y Correc., sala IV, 12/10/2005, "Guezikaraian, Jorge"), así como también el de otras instituciones como son los establecimientos de instrucción y beneficencia teniendo en cuenta la importancia de la función que ocupan en la sociedad⁽⁴⁴⁾.

2. TIPO OBJETIVO

El artículo, como señala Creus, contiene una doble equiparación: por un lado, se equipara al autor del delito con el funcionario público que tiene a su cargo la administración o custodia de bienes; por el otro, se equiparan los bienes privados los públicos⁽⁴⁵⁾. No obstante, también se ha puesto de relieve que no es del todo exacto afirmar que los sujetos enumerados adquieren el carácter de funcionarios públicos. La protección extraordinaria que la ley le quiere acordar a ciertos fondos privados lleva a tratar a quien los administra como si fuera un funcionario que maneja fondos públicos, aunque ni lo uno ni lo otro sea

(43) AMANS - NAGER, *Manual...*, cit., p. 499.

(44) GHERSI, ob. cit., p. 1241.

(45) CREUS, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 353.

real. El poder agravante proviene de la calidad de los fondos o de la situación de estos⁽⁴⁶⁾. Buompadre opina que el precepto distingue sendas partes bien diferenciadas, que tienen en común la extensión de los tipos penales recogidos en los artículos anteriores. En la primera parte se realiza una ampliación de los sujetos por razón de los bienes afectados; la remisión que hace el art. 263 implica una equiparación entre ciertos bienes del Estado (caudales o efectos públicos) y otros que se estiman merecedores de igual protección. En la segunda, se equipara a sujetos particulares con el funcionario público, que son los titulares de la administración y depósito de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente. En esta línea de razonamiento se ha señalado que la persona que administra o custodia estos bienes (sea particular, empleado o funcionario público) reviste la calidad de funcionario público transitoriamente, porque la autoridad competente le ha delegado los deberes y facultades propios del cargo de depositario de tales bienes (solo respecto a ellos)⁽⁴⁷⁾.

2.1. Acciones típicas

Con arreglo al texto legal, expresa Buompadre⁽⁴⁸⁾, las acciones típicas son las previstas en los arts. 260, 261, párr. 1º y 262. No queda comprendida en la disposición legal la malversación de trabajos o servicios pagados por una Administración Pública (art. 261, párr. 2º), por cuanto la descripción típica se refiere a "bienes y caudales", conceptos que no contienen el de trabajos y servicios⁽⁴⁹⁾. Los objetos materiales del delito se encuentran expresamente delimitados en el precepto: son los bienes pertenecientes tanto a establecimientos de instrucción pública como a establecimientos de beneficencia y caudales embargados, secuestrados o depositados. El embargo, es una medida cautelar que afecta a bienes determinados de un presunto deudor, para asegurar su eventual ejecución futura, limitando las facultades de disposición y de goce de ellos. El secuestro es también una medida cautelar, en virtud de la cual se desapodera a una persona de un objeto o bien de su propiedad. El depósito, conforme el art. 1356 del *Cód. Civ. y Com.* se define así: Hay contrato de depósito cuando una parte se obliga a recibir de otra una cosa con la obligación de custodiarla y restituirla con sus frutos.

Los establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, a que se refiere el texto legal son los establecimientos de carácter privado. Se trata de personas jurídicas de derecho privado, cuya organización y actividades se rigen por normas de tal categoría. Si se tratara de establecimientos públicos, el hecho sería peculado y no por equiparación (Soler, Fontán Balestra, Creus). Un establecimiento es de instrucción pública cuando tiene por finalidad impartir o enseñar conocimientos relativos a un saber determinado, y es de beneficencia

(46) SOLER, *Derecho penal argentino*, t. 5, p. 174.

(47) VILLADA, *Delitos contra la función pública*, cit., p. 441.

(48) BUOMPADRE, ob. cit., ps. 279-280.

(49) CREUS, *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 353.

cuando tiene por objetivos atender diferentes necesidades de las personas (Laje Anaya, *Comentarios*, vol. III, p. 127). Los bienes protegidos deben pertenecer a estas entidades, a cualquier título, ya sea en carácter de propiedad o en virtud de cualquier otro derecho real (ejemplo, comodato, locación) (Núñez, Laje Anaya).

El concepto de "caudales" comprende todo tipo de bienes, incluidos los efectos (y el dinero), pudiendo tratarse de bienes públicos o privados. Los bienes de particulares, dice Núñez, pueden ser objeto de malversación (260) o peculado (261), sin otra condición que la de pertenecer a establecimientos privados de instrucción pública o de beneficencia o de que hayan sido puestos bajo administración o depósito por una autoridad pública. Según la ley, los caudales deben haber sido embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente. La fijación de estas medidas así como la designación del administrador y depositario, tienen que ser realizadas por autoridad competente y de acuerdo con las formalidades legales. La autoridad competente puede ser judicial o administrativa. "La entrega de fondos por parte de los donantes, y con destino a obras de beneficencia que realizaría la entidad destinada a la solidaridad social —cruzada de solidaridad— determina el nacimiento de las consiguientes obligaciones en el o los administradores de los fondos aportados en tales condiciones (art. 263, *Cód. Penal*)" (CNCrim. y Correc. Fed., sala II, 2/7/1981). ED, 94-704. "La violación de las obligaciones inherentes al cargo de depositario judicial de bienes embargados en juicio a su ofrecimiento, y respecto de los cuales aceptara en legal forma dicho cargo, torna al autor responsable del delito de malversación de caudales públicos, art. 263 en función del 261 del *Cód. Penal* y no en la que describe el art. 173, inc. 2º del *Cód. Penal*" (CFed. Resistencia, 6/11/1980, "Thiers, Ernesto"). Cita: MJ-REP-M-18330-AR, REP18330.

2.2. Sujetos del delito

Sujeto activo solo puede ser el que administra o custodia bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, o los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrado o depositados por autoridad nacional, provincial o municipal, aunque pertenezcan a particulares, con las consideraciones que en cuanto a la designación se hicieran. La hipótesis delictiva del art. 263 del *Cód. Penal* puede ser cometida por los administradores o custodios de bienes pertenecientes a establecimientos de beneficencia y tal condición —administrador o custodio— no puede provenir de una pura situación de hecho sino de una clara atribución legal o estatutaria; lo contrario importaría una aplicación extensiva del tipo violatoria del principio de legalidad (CNCrim. y Correc., sala VII, 30/9/1983). ED, 108-306. La participación criminal se rige por las reglas comunes, con la particularidad propia de cada delito a los que remite el art. 263.

3. TIPO SUBJETIVO

Es doloso. Requiere el conocimiento del carácter de los objetos y su situación, así como también la voluntad de disponer arbitrariamente de ellos. El del

art. 262 del Cód. Penal, en cambio, es culposo. Es suficiente con la no atención de las normas de cuidado correspondientes para la preservación de los bienes⁽⁵⁰⁾.

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

La consumación se produce en idéntico momento en que ocurre en los delitos analizados precedentemente (Terragni). En cuanto a la tentativa, en la modalidad del art. 260 y 261, primer párrafo es admisible, no así el supuesto del art. 262. No obstante, al igual que en dichas figuras, la consumación del delito no requiere daño patrimonial alguno, ni de ninguna otra naturaleza, ni queda excluido el delito por la celebración de acuerdos entre las partes o por la compensación del perjuicio.

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.

1. INTRODUCCIÓN

La figura delictiva contiene dos conductas típicas, la llamada demora injustificada de pago y la negativa de entrega de bienes. El fundamento de la persecución de la conducta no radica en el "desvío" de los fondos, sino en el entorpecimiento del desarrollo de la actividad patrimonial del Estado y en los perjuicios que ello podría conllevar a la administración⁽⁵¹⁾.

2. DEMORA INJUSTIFICADA DE PAGO

2.1. Introducción y antecedentes

El origen de la fórmula se remonta al Código español de 1870, de donde pasó al Proyecto Tejedor, al Cód. Penal de 1887 y al Proyecto de 1891. Desde antiguo se venía cuestionando en la doctrina el fundamento de este delito. Para Grollard, el Cód. Penal castigaba una especial desobediencia del funcionario que debiendo hacer un pago por razón de su cargo, dejaba de efectuarlo sin motivos legítimos. En la doctrina argentina, agrega Buompadre⁽⁵²⁾, se ha suscitado, también un debate al respecto. Para Fontán Balestra, los hechos descriptos en el art. 264 no constituyen más que una desobediencia, opinión compartida por

(50) GONZÁLEZ, ob. cit., p. 241.

(51) AMANS - NAGER, *Manual...*, cit., p. 501.

(52) *Tratado...*, cit., t. 3, ps. 284-285.

Soler. Otros autores, en cambio, si bien entienden que estos delitos presentan todas las características de la una desobediencia a la autoridad, participan de la esencia de una malversación, ya sea porque perturban la normal realización del destino asignado legalmente a los fondos públicos, ya porque implican un entorpecimiento administrativo, consistente en la negativa de un funcionario público a satisfacer el destino asignado al bien que custodia o administra (Núñez, Creus, Breglia Arias-Gauna, Laje Anaya).

2.2. Tipo objetivo

2.2.1. Acciones típicas

La acción típica tiene que ver con demorar injustificadamente un pago. No se trata de omitir un pago, sino de no pagar en tiempo oportuno sin ninguna causa que lo justifique⁽⁵³⁾. Puede consistir entonces en no dar la orden de pagar o en no efectuar el pago ordenado⁽⁵⁴⁾, en el tiempo debido, de acuerdo con la ley, el reglamento, la costumbre administrativa⁽⁵⁵⁾, la resolución o disposición de autoridad competente⁽⁵⁶⁾. Como presupuesto para la comisión del delito se requiere que los fondos se encuentren expeditos, es decir, a disposición del funcionario en tiempo, cantidad y forma suficiente para efectuar el pago. Si esto no da la demora deviene atípica⁽⁵⁷⁾. El tipo incluye como elemento normativo la inexistencia de cualquier justificación en la demora, puniendo de esta forma la arbitrariedad en la conducta del funcionario⁽⁵⁸⁾. Por ello, la existencia de alguna de las causas previstas por el art. 34 de este Código, conduce también a la atipicidad de la conducta⁽⁵⁹⁾. Se trata de los pagos ordinarios y decretados. Los primeros son los efectuados periódicamente que tienen términos fijados con anterioridad, por lo que no requieren una decisión particular en cada caso; mientras que los decretados son los dispuestos por especial decisión de la autoridad en relaciones jurídicas específicas (Terragni, p. 262)⁽⁶⁰⁾.

2.2.2. Sujetos del delito

Sujeto activo solo puede ser el funcionario que debe efectuar el pago, o dar la orden para que el pago lo efectúe otro funcionario o un tercero. Fuera de la autoría, son admisibles las demás formas generales de participación⁽⁶¹⁾.

(53) BUOMPADRE, ob. cit., p. 281.

(54) SOLER, ob. cit., p. 211.

(55) CREUS, ob. cit., p. 306.

(56) BUOMPADRE, ob. cit., p. 281.

(57) DONNA, ob. cit., ps. 350-351.

(58) DONNA, ob. cit., p. 351.

(59) CREUS, ob. cit., p. 306.

(60) GHERSI, ob. cit., ps. 1246-1247.

(61) GONZÁLEZ, ob. cit., p. 242.

2.3. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso, que requiere el conocimiento de que se tienen fondos expeditos y la obligación de pagar, y la voluntad de demorar el pago. La figura no exige un elemento subjetivo especial distinto del dolo. En general se descarta el dolo eventual. Así Terragni, Creus, solo admiten dolo directo.

2.4. Consumación y tentativa

El delito se consuma simplemente con el no pago en el tiempo debido. La infracción no requiere, a los fines consumativos, de ninguna interpelación previa de quien debía recibir el pago ni de la autoridad que lo dispuso. Se trata de un elemento extratípico, sin ninguna relevancia en la configuración del tipo penal.

No admite tentativa (Villada, Donna, Buompadre).

3. NEGATIVA A ENTREGAR BIENES**3.1. Introducción y antecedentes**

El precepto al igual que el supuesto previsto en el primer párrafo, proviene del Proyecto de 1891. El delito que había sido objeto de amplia resistencia en la doctrina, al punto de entender que debía estar configurado como una infracción administrativa⁽⁶²⁾ fue suprimido del Cód. Penal español por la reforma de 1995⁽⁶³⁾.

3.2. Tipo objetivo**3.2.1. Acciones típicas**

La de este delito consiste en rehusarse o entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo custodia o administración del autor, vale decir, en negarse o no querer entregar la cosa cuando ha sido requerida por la autoridad competente. Se trata de un delito compuesto, que se caracteriza por un comportamiento omisivo que solo es típico en la medida en que constituya una respuesta a un previo requerimiento de la autoridad competente. El requerimiento formalmente realizado configura un presupuesto del delito cuya inexistencia lo excluye. Si bien no precisa de fórmulas sacramentales, aquel debe ser practicado de acuerdo con las formalidades establecidas en la ley y conformar una orden de entregar la cantidad o efecto depositado o puesto bajo la custodia o administración del funcionario. Cualquier requerimiento con otras finalidades distintas a la de entregar la cosa no concretará el tipo delictivo. La expresión "efecto" a que hace referencia el texto legal tiene el mismo significado que el asignado en el art. 261. El término "cantidad" en cambio, ha planteado problemas para

(62) BUSTOS RAMÍREZ, *Manual...*, cit., p. 453.

(63) BUOMPADRE, ob. cit., p. 287.

determinar su alcance. Buompadre entiende que no cualquier especie de bien material queda comprendido en el término, sino solo aquellos bienes que pueden ser determinados por cantidad, no por unidad (ej. una cantidad de dinero o de cereal); por lo tanto, la no entrega de un bien determinado o unitariamente determinable (ej. un automóvil) o un conjunto de bienes determinables (ej. un hato de ganado) no concreta el delito (Creus-Buompadre). Para otros autores, en cambio, es preferible entender que el término se refiere a cantidad de dinero (Breglia Arias-Gauna).

3.2.2. Sujetos del delito

Sujeto activo solo puede ser el funcionario que tiene bajo su custodia y administración, en razón de su cargo, los bienes o efectos.

3.3. Tipo subjetivo

Es un delito que solo admite dolo directo (Creus, Donna, Terragni). El agente debe conocer el requerimiento que se le formula, su obligación de entregar, y a pesar de ello, negarse a hacerlo.

3.4. Consumación y tentativa

Ocurre con el rehusamiento formal y material, esto significa que la negativa debe ser corroborada por la no entrega, sin que sea necesario perjuicio alguno (Creus). Por su estructura es un delito de mera actividad que no admite la tentativa (Buompadre, p. 283).