

UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Ciencias

Jurídicas y Sociales

DEL PECULADO

(Malversación de caudales públicos)

MEMORIA DE PRUEBA PARA
OPTAR AL GRADO DE LICENCIA-
DO EN LEYES EN LA FACULTAD
DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SO-
CIALES.

Alicia Vieira Dolpi

1936

UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales

104. DER
V658 p
1936
C.2

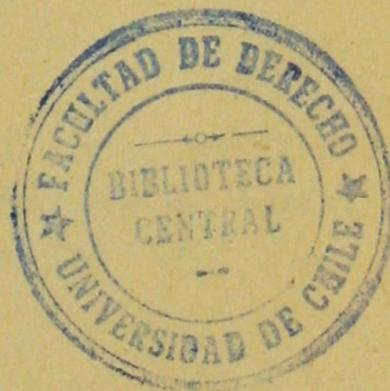
DEL PECULADO

(Malversación de caudales públicos)

MEMORIA DE PRUEBA PARA
OPTAR AL GRADO DE LICENCIA-
DO EN LEYES EN LA FACULTAD
DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SO-
CIALES.

Alicia Vieira Dolpi

1936



Santiago, Septiembre 23 de 1936.

Señor Decano.

Informando la Memoria de Prueba de la señorita Alicia Vieira Volpi, intitulada «Del Peculado» (Malversación de caudales públicos), puedo manifestar a Ud. lo siguiente:

La Memoria de la señorita Vieira contiene un comentario sustancioso de los delitos contemplados en párrafo 5º, Título V, Libro II del Código Penal, escrito a base de la doctrina, de la legislación comparada y de una bien seleccionada jurisprudencia, tanto nacional como extranjera (francesa, española e italiana).

En el curso de su trabajo, la autora no se limita a transcribir más o menos descarnadamente las opiniones vertidas por los tratadistas, los preceptos contenidos en los códigos o las doctrinas sustentadas por la jurisprudencia, sino que hace obra de crítica y no descuida la manifestación de sus opiniones personales. Podrán discutirse algunas de sus afirmaciones que posiblemente resulten aventuradas; pero, en todo caso, es preciso dejar constancia de que revela un sólido conocimiento de la materia, madurez de criterio y una personalidad definida.

La señorita Vieira hace un estudio bastante completo del delito de malversación de caudales públicos. La Memoria está dividida en 11 capítulos. Después de referirse en los tres primeros a la clasificación de los delitos cometidos por los empleados públicos en el desempeño de sus cargos, en diversos códigos penales y en la doctrina; a la historia del peculado en la legislación romana, española, y francesa; y a las definiciones que de él se han dado la autora, por su parte, lo define de acuerdo con los elementos contenidos en el código, entra de lleno, desde el Cap. VI, al análisis sistemático de los preceptos contenidos en los artículos 233 a 238. Es un estudio minucioso, realizado, como lo he dicho, a la luz de la doctrina, de la legislación comparada y de la jurisprudencia, en que la autora, con recto criterio jurídico, aborda y discute metódicamente las dificultades prácticas que se suscitan en la aplicación de la ley. En esta forma realiza una labor de mucha utilidad y hace que la Memoria constituya un guía provechoso para jueces, abogados y estudiantes y que venga a llenar un vacío que se hacía sentir vivamente.

Termina el trabajo con un ligero estudio de las disposiciones orgánicas de la Contraloría General de la República, cuyas funciones fiscalzadoras de las rentas públicas la ligan estrechamente con el delito de malversación de caudales públicos.

El Director que suscribe aprueba la Memoria de la señorita Alicia Vieira Volpi con nota de distinción.

Saluda atentamente al señor Decano.

GUSTAVO LABATUT G
Director del Seminario de Derecho
Penal y Medicina Legal.

Santiago, 3 de Octubre de 1936.

Señor Decano:

Informo a Ud. sobre la memoria titulada «Del Peculado», que ha presentado la señorita Alicia Vieira Volpi, para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

El trabajo se divide en once capítulos.

El Capítulo I, titulado «De los crímenes y simple delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos», se reduce a la clasificación que de dichos delitos hacen, entre las legislaciones, la francesa, la italiana, la mejicana, la argentina, la peruana, la española y la chilena; entre los proyectos de legislación, el suizo y el chileno de 1929; y entre los autores, Garraud y Merkel.

El Capítulo II se refiere a la historia del delito de malversación de caudales públicos, y lo contempla en forma relativamente detallada a través del Derecho Romano, y en forma más reducida en las leyes españolas y francesas. La autora se inspira principalmente en las obras de Mommsen y Pessina.

El Capítulo III puede decirse que sirve de introducción a los capítulos IV y V que tratan de la sustracción de caudales públicos; VI que se refiere a la distracción de fondos; y VII, que estudia el cuasi delito de malversación. Sin duda estos capítulos son los más importantes del trabajo.

Los capítulos VIII X y XI complementan discretamente el conjunto.

El acertado comentario de las disposiciones legales, salvo pequeñas excepciones; los datos de legislación comparada y la jurisprudencia que se cita, sobre todo respecto de la parte más importante de la Memoria, hacen de ésta memoria una obra meritoria que merece indiscutible aprobación.

De Ud. Atto. y S.S.

J. RAIMUNDO DEL RÍO C.
Profesor Informante.

CAPITULO PRIMERO

De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

1— El carácter profesional que tienen los crímenes, y delitos cometidos por lo funcionarios públicos, motiva una clasificación aparte en el conjunto de incriminaciones penales. La calidad especial de ser el autor de ellos un empleado público, revestido, en virtud de su carácter, de una parte de la autoridad administrativa del país, y la circunstancia de lesionarse por ellos la fé pública y la confianza que el Estado deposita en sus representantes, da a estos delitos una importancia particular una especie de verdadera agravación de la infracción.

Por este motivo, la mayor parte de los códigos modernos contienen un título especial para esta clase de delitos. Haré un pequeño resumen de las clasificaciones seguidas por esos Códigos:

Código Penal francés: Coloca los crímenes y delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones entre los crímenes y delitos contra la paz pública. En la exposición de motivos de dicho Código puede verse justificada esta división por M. Berlier, quién dice:

« Entre los crímenes y delitos que comprometen más la paz pública, es imposible no acordar un rango principal a los que cometen los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones; el orden es manifiestamente alterado cuando los mismos individuos que la ley ha designado para mantenerlo son los primeros en infringirlo» (1)

(1) Chaveau y Hélie, «Theorie du Code Penal, Tomo II, N.º 783.

En efecto, la calidad de funcionario, la naturaleza del hecho, que no es sino un abuso de funciones, y los caracteres del perjuicio que producen, imprimen a estos delitos características particulares.

El C. Penal francés dá un nombre especial a estos hechos delictuosos. «Todo crimen, dice en su artículo 166, cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, es un «forfaiture». Este término proviene de «foris factura», que significa acción en contra de las leyes, y es una palabra feudal que expresaba la violación por el vasallo del juramento de fé y homenaje debido a su señor, violación que tenía por sanción casi siempre el comiso, o sea, la confiscación de bienes del infiel.

Esta denominación adquirió en Francia un sentido más moderno desde el Código del III Brumario, donde se la emplea por primera vez con el fin de caracterizar una de las formas de la criminalidad profesional. Pero sólo cometían «forfaiture», de acuerdo con ese Código, los jueces cuando, en los casos precisados por su art. 641, se hacían culpables de algún delito en el ejercicio de sus funciones. Hoy puede ser declarado en «forfaiture», de acuerdo con el actual Código Penal, cualquier funcionario público que infringe las disposiciones de los artículos correspondientes de ese cuerpo de leyes.

El artículo 168 del C. Penal francés agrega, para mayor abundamiento: «Los simples delitos no constituyen a los funcionarios en «forfaiture». Por último el artículo 167 dispone: «Toda forfaiture para la cual la ley no pronuncia penas más graves, es castigada con la degradación civil

Nuestro Código Penal, que no da una denominación especial a los delitos de los empleados públicos, no tiene disposiciones análogas a los artículos 166, 167 y 168 del Código Penal francés, disposiciones, por lo demás, bastanse inútiles, cuya supresión en dicho código no alteraría ninguna de las demás ordenaciones que contiene, de acuerdo con la opinión al respecto de la mayoría de los autores franceses. (2).

Fuera de los artículos contenidos en el capítulo respectivo, llamado «De la forfaiture», se encuentran diseminados en el Código Penal de Francia una serie de disposiciones referente a los delitos y crímenes de los funcionarios públicos, que debían encontrarse dentro de él

El proyecto francés de 1934 agrupa estos hechos bajo el título general de «Crímenes y delitos contra el orden público» Capítulo III, Libro II.

Código Italiano de 1930: El título 2º del Libro II de este Código contiene los delitos contra la Administración Pública, y los divide en dos capítulos: el primero trata de los «Delitos de los oficiales públicos contra la administración pública», y el segundo de los de los particulares contra dicha administración. Clasifica, pues, los delitos referentes a esta materia, tanto desde el punto de vista de las personas que los cometen, como desde el punto de vista de los intereses dañados por ellos.

Sin embargo, lo mismo que el Código francés, no hace de todos los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos una clasificación especial, pues más adelante encontramos, en el Título III titulado «De los delitos contra la administración de justicia» varios otros hechos que, como la prevaricación, nues-

(2) Chaveau y Hélie, «Theorie du Code Penal» Tomo II, N.º 783.

tro Código contempla dentro de una sola agrupación con los cometidos contra la administración y el Erario públicos.

Código Penal de Méjico de 1933: — En el Título X del Libro 2.º trata de los «Delitos cometidos por funcionarios públicos», y contiene: a) ejercicio indebido o abandono de funciones públicas; b) abuso de autoridad; c) coalición de funcionarios; d) Cohecho, y e) Peculado y concusión.

Sin embargo, está muy lejos de tratar dentro de este título todos los delitos que pueden cometer los funcionarios, es decir, todas aquellas infracciones que para ser tales es requisito esencial que las cometan funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.

En efecto, el Título XI de ese mismo Libro, intitulado «Delitos cometido en la administración de justicia» contiene los que pueden cometer los funcionarios, empleados o auxiliares de la administración de justicia, especialmente los delitos de prevaricación, usurpación de atribuciones, abusos contra particulares, etc., todos los cuales hace extensivos al total de funcionarios públicos en el art. 227, que expresa: «Las disposiciones anteriores se aplicarán a todos los funcionarios o empleados de la administración pública cuando en el ejercicio de su encargo ejecuten los hechos o incurran en las omisiones expresadas en los propios artículos». Separa, pues, en dos títulos, delitos que perfectamente pudo el legislador agrupar en una sola clasificación.

Código Penal argentino de 1922: — No contiene este Código un título o clasificación especial que contemple todas las incriminaciones referentes a los funcionarios públicos en su calidad de tales, ni siquiera dedica a dichos delitos una agrupación especial, aunque no completa, como sucede en las legislaciones anteriores. Se puede ver, en efecto, en el Título XI del Libro II de este Código, que contempla los «Delitos contra la administración pública», mezclados delitos cometidos, ya por funcionarios, como ser abusos de autoridad, violación de los deberes de los funcionarios públicos, cohecho, malversación de caudales públicos, etc., ya por simples particulares contra los mismos funcionarios o contra la autoridad pública como son el atentado, resistencia y desacato a la autoridad.

Proyecto suizo de 1918: — Este proyecto agrupa en un sólo capítulo, el XVIII de la parte especial del Libro I, todos los delitos que pueden cometer aquellas personas que tienen un título profesional o ejercen una función pública en violación de los deberes inherentes a esa calidad.

Dicho capítulo, llamado «Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales», comprende tanto el de abuso de autoridad, gestión desleal de los intereses públicos, concusión, etc., como la falsedad intelectual, falso certificado médico, violación de secretos profesionales, etc.

Código Penal Peruano de 1924. — Este Código, que está inspirado enteramente en el proyecto suizo de 1918, recién analizado, sigue la misma clasificación que hemos visto en aquél, con la diferencia, con respecto al delito especial de peculado sobre que versa esta Memoria, que este Código apartándose del modelo aludido, lo ha agregado y le dedica un artículo especial dentro de la agrupación general llamada igualmente «Delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales», Sección XIV.

Proyecto chileno de 1929, de Erazo y Fontecilla: — Igual cosa suceda en este proyecto, que se basó en las dos legislaciones precedentes.

El sistema seguido por los dos proyectos citados y por el Código Penal del Perú, si bien dá a los delitos de los funcionarios su verdadero carácter profesional, tiene el inconveniente de ser confuso y poco ordenado, ya que no tiene el mismo significado ni la misma importancia una agravante establecida en interés general de la administración pública y de la colectividad en general, que la estatuida en provecho de las personas determinadas que solicitan los servicios profesionales de un médico, un abogado, una matrona, etc., y contra las cuales éstos pueden faltar en los deberes de su profesión.

Código Penal Español de 1932: — Sabemos que nuestro Código Penal está casi totalmente inspirado en el Código Penal español de 1870.

La Ley de 27 de Octubre de 1932, que modificó este último, introdujo algunas variaciones en el Título VIII del Libro II, que es el que trata de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Estas modificaciones son las siguientes: agregó los delitos de infidelidad en la custodia de presos, abusos contra la honestidad y negociaciones prohibidas a los empleados, todos delitos que no contempla de una manera especial nuestro Código. Agrupó los delitos de desobediencia y denegación de auxilio en un sólo párrafo y los de anticipación, prolongación y abandono de funciones públicas en otro, y lo mismo los de usurpación de atribuciones y nombramientos ilegales.

Código Penal chileno: — En nuestro Código Penal tenemos el Título V del Libro 2.º llamado «De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos», dentro del cual se contemplan las diferentes clases de infracciones en que pueden incurrir los empleados públicos, a saber:

- 1.º — Anticipación y prolongación indebida de funciones públicas;
- 2.º — Nombramientos ilegales;
- 3.º — Usurpación de atribuciones;
- 4.º — Prevaricación;
- 5.º — Malversación de caudales públicos;
- 6.º — Fraudes y exacciones ilegales;
- 7.º — Infidelidad en la custodia de documentos;
- 8.º — Violación de secretos;
- 9.º — Cohecho;
- 10.º — Resistencia y desobediencia;
- 11.º — Denegación de auxilio y abandono de destino; y
- 12.º — Abusos contra particulares;

El Código Penal español, que ha sido, como dije, algo modificado en este título, y el nuestro, así como todos los que siguen este sistema de agrupación, son los que contemplan, como hemos podido apreciar, en una forma más completa y ordenada la clasificación referente a los delitos de los funcionarios en el desempeño de sus cargos.

2. — *Otras clasificaciones:* Fuera de la enumeración individual de cada uno de los delitos mismos, las infracciones cometidas por los empleados públicos en el desempeño de sus cargos pueden ser clasificados tomando en consideración otros factores que las características particulares de cada delito.

Garraud, por ejemplo, los agrupa en la siguiente forma:

- 2.º — Infracciones contra la cosa pública;
- 1.º — Infracciones contra los particulares; y

3.º - Infracciones contra los bienes. (3)

Está hecha esta clasificación desde el punto de vista de la parte perjudicada con el delito, que puede ser la cosa pública, los particulares, o, en general, los bienes y, si bien desde ese aspecto tiene importancia doctrinaria, no presenta ninguna utilidad práctica. En efecto, es ésta una agrupación poco delimitada, pues la mayoría de los delitos enumerados en el Título V a que aludimos de nuestro Código Penal, participan conjuntamente de los caracteres de una y otra especie. Si se la quisiera seguir en un Código, obligaría al legislador que deseara respetarla, a separar lo que debe ser lógicamente reunido. Así, por ejemplo, un empleado que sustrae dineros de particulares que están en su poder en razón de sus funciones, comete al mismo tiempo un delito contra los bienes, contra un particular y contra la cosa pública.

Otro ejemplo sería el de un magistrado que se deja corromper, y dicta una sentencia contra un acusado: comete un delito contra un particular al mismo tiempo que contra la cosa pública, y, sin embargo, es imposible no reunir en una sola disposición los elementos que comprenden la prevaricación, que es un hecho de corrupción imputado a un magistrado.

Examinando los inconvenientes de esta clasificación, el mismo autor de ella, Garraud, agrega: «No reprocharemos, pues, a los redactores del Código Penal el « no haber ensayado de clasificar en grupos distintos los crímenes y delitos de los « funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones; les reprocharemos sola « mente el no haber tratado bajo el título general de esta sección todos los crí- « menes y delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, y el haber « sido infieles a la idea misma que les inspiró.» (4) Se encuentran, como ya dijimos, distribuídas en otras partes del Código Penal francés, disposiciones que por su naturaleza debían encontrarse, siguiendo un criterio más ordenado, dentro de la sección especial llamada «De la forfaiture», dedicada a dichos delitos.

El penalista alemán Merkel, divide los delitos de los funcionarios públicos en *puros y mixtos*. (5)

a) Los delitos puros de los funcionarios serían aquellos que lesionan los intereses únicamente públicos, es decir, aquellos intereses que ellos mismos administran en virtud de la confianza que el Estado les deposita al darles la calidad de funcionarios. En consecuencia, estos delitos ofenden la dignidad de sus cargos y lesionan los obligaciones inherentes a sus funciones, por lo que están penados por la ley justamente en consideración a la calidad de empleado público de su autor, y no pueden ser cometidos sino por un empleado público.

Otros autores llaman a estos hechos delitos de oficio propiamente dichos, que se refieren a la violación cometida por un funcionario público de las reglas de su profesión. Cabrían en este grupo la prevaricación, anticipación y prolongación indebida de funciones, etc.

b) Los delitos mixtos de los funcionarios, o sea, los cometidos con violación a la vez de las reglas profesionales y de las normas comunes a todo ciudadano, por lo que podrían ser cometidos lo mismo por un particulares que por un emplea-

(3) Garraud, Code Penal, Tomo IV, N.º 1486.

(4) Obra citada, Tomo IV N.º 1484.

(5) Merkel, Derecho Penal, pág. 162.

do público. Merkel cita como ejemplo las lesiones corporales cometidas en el ejercicio de funciones públicas, es decir, de acuerdo con nuestro Código, los abusos contra particulares, fraudes y exacciones ilegales, etc.

También se trata en este caso de una clasificación digna de ser considerada teóricamente, pero evidentemente de poca utilidad práctica, ya que ninguna ventaja reportaría dividir de esta manera hechos que, en el fondo, envuelven todos la misma gravedad y producen la misma alarma pública; todos son cometidos por los funcionarios públicos con abuso de las facultades o facilidades que esa calidad les confiere.

3. — La legislación penal y la legislación disciplinaria podrían encontrarse y mezclarse en lo que respecta a los crímenes y delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Toda violación de un deber de oficina o de servicio por parte de un empleado público puede ser objeto de una medida disciplinaria. Pero la ley penal no interviene sino cuando esas violaciones lesionan o comprometen al mismo tiempo otro interés, sea este individual o colectivo. Una contravención a un deber de oficina puede, de esta manera, llegar a ser un delito penado por el Código penal. En este caso el mismo hecho daría lugar a dos persecuciones y a dos penas, pues la sanción disciplinaria es independiente de la sanción penal, y así lo ha entendido la jurisprudencia.

4. — De entre todos los delitos que pueden cometer los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones, este trabajo se referirá tan solo al de «*Malversación de caudales públicos*» el que aparte de ser uno de los que más interesan a la administración pública, es el que presenta mayor frecuencia en Chile, y, por lo tanto, el de mayor actualidad en nuestro país.

Aunque nuestro Código Penal habla solo de “malversación de caudales públicos” en el párrafo correspondiente, he dado el título de “Peculado” a esta Memoria porque es este el nombre técnico de este delito y el que se está empleando en la mayoría de los Códigos modernos.

He sabido, aún más, que la comisión que estudia la reforma del Código Penal chileno es probable que cambie el título de dicho párrafo y contemple el delito de malversación de caudales públicos bajo el nombre de “Peculado”.

CAPITULO SEGUNDO

Historia del delito de malversación de caudales públicos

5. — El delito de malversación de caudales públicos llamábase en Roma de acuerdo con el Derecho Penal Romano, "Depeculatus" o "Peculatus públicus" y, por lo general, meramente "peculado".

Se le daba este nombre porque antes que se empleara la moneda en Roma los bienes muebles que ocupaban el primer rango entre los comunes o públicos eran los animales destinados al sacrificio, y en ganado, o "pecus", consistía principalmente la fortuna de los romanos. De ahí, entonces, que los romanos dijeran: "Peculatus furtum públicus dici cartus a pecore", llamando de esta manera reos de peculado a los que se apropiaban los bienes públicos.

Hoy día aún el término de "peculado" es la denominación comunmente aceptada para designar este delito, y se lo usa textualmente en los Códigos de Italia, Portugal, Uruguay, Brasil y Venezuela.

El "crimen de peculado" era severamente castigado en el antiguo derecho, derecho que, influenciado por el sentimiento etrusco, dió a los caudales públicos el carácter de cosa sagrada, por lo que al atentarse contra tales bienes, ya sea sustrayéndolos o malversándolos, se atentaba directamente contra las divinidades e indirectamente contra los intereses del Erario.

6. — En los tiempos del Derecho Romano el peculado se presentaba bajo las siguientes formas:

1.º — Sustracción de metales o monedas del Erario de la comunidad romana o de alguna otra caja pública. Esta era la forma mas frecuente y la mas importante de este delito. (A esta forma corresponde el peculado, de acuerdo con nuestra legislación.)

Las autoridades y sus dependientes, o sea, los empleados de la administración pública romana, eran los que con más frecuencia cometían este delito.

2.^o — Sustracción de una cosa mueble de propiedad del Estado, como por ejemplo, el botín de guerra o las cosas de valor depositadas en manos de los empleados fiscales.

3.^o — Cualquiera defraudación cometida contra la caja pública aún cuando no consistiera en tomar dineros del Erario, sino que se lograra por otros medios como ser, falsificando documentos o títulos, era considerada como caso de peculado.

4.^o — El hecho de que las autoridades competentes para percibir el importe de una deuda en favor de la comunidad perdonasen contra derecho esa deuda o también el hecho de que cobrara cualquiera de tales deudas una persona incompetente para ello;

5.^o — La alteración del valor de la moneda hecha en los talleres del Estado aplicándole, por ejemplo, una liga distinta de la establecida por la Ley;

6.^o — El hecho de acuñar más monedas públicas que las autorizadas por parte y en beneficio de los funcionarios que intervenían en ese trabajo;

7.^o — Las manipulaciones ilícitas realizadas en los libros de contabilidad pública, o el hecho de hacerlos desaparecer. Y según un senado consulto de tiempos posteriores, era un caso de peculado hasta permitir que alguien se enterara de esos libros sin que hubiera razón para semejante tolerancia;

8.^o — La pérdida dolosa o simulada de una embarcación en perjuicio del Erario Público;

Estas variadas formas que revestía el peculado en Roma hacían de este delito un concepto demasiado amplio, mirado desde el punto de vista de la acepción que hoy se le da. Cualquier perjuicio sufrido por la Hacienda Pública, siendo de él culpable, ya sea un empleado dependiente de ella, ya cualquier particular, era considerado como un peculado.

7. — *Acciones del peculado*: Existía a favor del Erario público y en contra del reo de este delito la acción de peculado, que tenía un plazo excepcional para prescribir de cinco años.

La regla general, según la cual la acción para perseguir un delito se extinguía con la muerte del culpable, no pudiendo exigirse la pena a los herederos del mismo sino cuando el proceso se hubiera entablado durante la vida de aquel, quedaba abolida con relación al peculado. Se puede citar a este respecto los procesos entablados en forma de *questio* en contra de los herederos de Pompeyo Strabon y contra los del dictador Sila (6).

Y según los testimonios de tiempos posteriores, tales acciones no se ejercitaban exclusivamente para pedir la devolución de las cosas o valores ilegítimamente apropiados por el culpable, o la indemnización por el simple valor de ellos, sino que podían dirigirse contra los herederos del peculador con la misma extensión que hubiera podido ser dirigida contra éste. No es posible encontrar razones teóricas que justificaran este procedimiento excepcional; la única justificación que podría darse sería el interés público y la extrema gravedad que en la mente de los antiguos significaba apoderarse de un bien público.

Distinta en sí misma de la acción propia del peculado, existía también la acción del dinero restante, o "*actio pecuniae residuae*", que podía entablarse contra aquel que hubiere tomado dinero o valores del Erario público para que entregase

(6) Mommsen, Derecho Penal Romano, pág. 169.

lo que le quedara después de haber dado cuenta a la Administración. Esta acción correspondía a cierta forma, por decir así, de peculado denominada “crimen de los residuos”, tratado con este nombre en las antiguas leyes españolas, (7) y aún los modernos autores italianos llaman “delito de residuis” al hecho que se verifica cuando al momento de rendir cuenta el funcionario público no paga exactamente su deuda a la administración, a diferencia del “vuoto di cassa” (vacío de caja) a que dá lugar la falta de una cuenta exacta de la administración del dinero o de las cosas que tenía en su poder en virtud de sus funciones. (8)

La Ley Julia del Peculado reglamentó más tarde esta acción, tratando de atenuar la rigurosidad existente. Según una de sus disposiciones, el importe por el cual hubiera resultado deudor al Erario al rendir cuentas aquel que hubiere manejado dineros de la comunidad, se consideraba dentro de un año a partir la rendición de cuentas, como una simple deuda de cantidad líquida; pero una vez transcurrido ese año, el deudor quedaba sujeto, si no a la acción de peculado, por lo menos a una acción pública y a la pena de multa por vía de adjudicación penal, consistente en una tercera parte de la suma debida.

8. — En los primeros tiempos de Roma no estuvieron incluidos como casos de peculado, al tenor de las leyes latinas, las irregularidades cometidas contra los bienes municipales. Los delitos cometidos contra los intereses municipales, ya consistieran en la sustracción de fondos de los municipios, ya en la falsificación de los libros o documentos municipales, se perseguían y castigaban con arreglo a las disposiciones de los distintos derechos o estatutos locales. Estos estatutos contenían también preceptos acerca del dinero restante, o “actio pecuniae residuae”. Según el derecho malasitano, por ejemplo, el administrador de fondos municipales o sus herederos, tenían que rendir cuentas a la caja municipal y entregar a ésta el dinero que tuvieren perteneciente a ella, dentro de los treinta días posteriores a aquel en que hubiere cesado la administración.

Pero la jurisprudencia de los tiempos posteriores equiparó el peculado municipal al peculado público, y esto tuvo su origen en la evolución del criterio religioso de los romanos.

En efecto, cuando el objeto de la acción criminal se consideró cosa sagrada los que sustraían bienes pertenecientes a los municipios o a las corporaciones, no podían ser alcanzados por las penas correspondientes a los responsables del peculado, y eran condenados como autores de una simple estafa, robo o hurto, según las características de la infracción, pues el carácter de cosa sagrada no alcanzaba a estos bienes, sino que estaba limitado a los fondos custodiados por el Erario público.

Por el contrario, más tarde, cuando las antiguas costumbres religiosas dejaron de influenciar en la legislación romana, y se hizo sentir en el engrandecido Imperio la falta de una organización uniforme y ordenada de la administración pública, se dictó la Ley Julia de Peculado en la cual se incluyeron no solo los bienes del fisco sino también los fondos de las corporaciones, de las provincias y de los muni-

(7) Las Partidas, Ley 14, tít. 14, Part 7. Del “crimen de los residuos” trata Dou en el tomo 7, pág. 281 de su tratado.

(8) Ver Pessina, Enciclopedia Jurídica Italiana, tomo VII, N.º 39.

cipios. Dominó en la dictación de esta ley, un criterio menos metafísico, más práctico que el que había imperado hasta entonces.

Otra innovación que introdujo en la legislación penal romana la Ley Julia de Peculado, y que corrobora la tendencia práctica y de orden que la inspiró fué que limitó a los empleados de la administración pública que manejaban bienes del Estado la posibilidad de incurrir en este delito. Los simples particulares o los empleados públicos que no manejaban fondos del Erario y que cometían sustracciones de ellos, se hacían acreedores a las penas de los delitos comunes de robo, hurto o estafa.

9.— De acuerdo con la Ley Julia de Peculado, los mismos requisitos esenciales que constituían el “furtum” romano, o sea la apropiación en general de una cosa ajena mueble, con el fin de enriquecerse, eran también los que correspondían al peculado, según el primitivo y limitado concepto de dicho delito

Las características principales del furtum eran: contacto o manoseo de la cosa; que la cosa sea mueble; propósito de enriquecerse ilícitamente, y daño causado a un tercero o a la comunidad. A estas habría que agregar, de acuerdo con el concepto que de peculado daba la Ley Julia de Peculado, las siguientes: que se tratara de bienes del Erario, de las municipalidades o de las provincias; y que el delito fuera cometido por un empleado de la administración.

Estos requisitos no eran, sin embargo, aplicables al objeto de la acción de dinero restante, que era considerado como completamente independiente del de la acción principal de peculado, y ni aún a esta acción principal cuando ella era dirigida en contra de los herederos del culpable.

10.— En un principio el delito de peculado estuvo sancionado con igual pena que los delitos contra el Estado, y tal gravedad investía este hecho en el concepto de los romanos que en los primeros tiempos correspondía a los cuestores de parricidio el conocimiento de las irregularidades cometidas en los bienes de la Hacienda Pública. Esto se debía, como lo dije, a que el derecho antiguo romano consideró los bienes comunes o públicos como cosa sagrada. Se castigaba generalmente a los que osaban poner sus manos en las Cajas del pueblo con la pérdida del empleo, de los bienes y de la honra, el destierro, las minas y frecuentemente la muerte.

Apoyándose, sin duda, en este antiguo sistema jurídico, Cicerón, en su constitución ideal e imaginaria, incluye este delito entre los que se sustanciaban por el mismo procedimiento que el homicidio, y la más antigua causa por peculado que se menciona en los anales de Roma fué llevada por los cuestores ante los comicios, procedimiento que estaba reservado a los asuntos de trascendental importancia.

Más tarde, a medida que el concepto religioso fué evolucionando, y dejó de influenciar en los legisladores romanos la idea del atentado a las divinidades que significaba el peculado, el procedimiento anterior fué cambiado por otro en que intervenían los tribunales, los que optaban, en la mayoría de los casos, por imponer penas pecuniarias, pues comprendieron que la comunidad estaba más interesada en que se reparara el mal causado con el peculado, o sea, se repusieran en la Caja pública los fondos indebidamente sustraídos, que en la muerte o degradación del culpable.—

Por este motivo, además del procedimiento, penal público por causa del pe-

culado, se inició el empleo de un procedimiento de restitución ofrecida a la comunidad perjudicada, pues aún en el caso en que la pena aplicada fuese una multa ese castigo tenía sólo el carácter de una expiación, por lo que podía ser considerado jurídicamente como restitución de lo sustraído. Existió, entonces, a este efecto, una forma procesal análoga a la de acción privada por causa de hurto, pero que debía tener su origen en una denuncia promovida unas veces por el magistrado y otras por acción popular. Esta forma procesal se encontraba tratada en las ordenanzas y estatutos municipales con el nombre de "indicius publicus".

La "questio" establecida para el peculado en el siglo último de la República no fué una derivación del procedimiento criminal propiamente dicho que a estos delitos se aplicaba, sino del procedimiento criminal que para los mismos se sustanciaba conforme a las reglas y formas del derecho privado.

Las causas en que se hacía mención también a la indemnización de perjuicios por el culpable, eran sustanciadas con respecto a dicha estimación en forma parecida a la que se empleaba en los procesos por hurto. Por regla general, tanto según el sistema romano, como según los estatutos municipales, se condenaba a indemnizar el cuádruplo del importe del valor de las cosas sustraídas; pero, en los casos leves, solo había que entregar el duplo y también una tercera parte por vía de adjudicación penal.

Más tarde se añadieron penas propiamente tales, distintas de las indemnizaciones, para que pudieran imponerse en la questio relativa a este delito, penas que fueron, v. gr., la de estrañamiento de Italia y la de interdicción, consignadas en la Ley Julia de Peculado, y luego, cuando se transformó el sistema penal la de deportación para las personas de alto rango y la de trabajos forzados para las de rango inferior.

Además de estas penas, continuó subsistiendo la de restitución o indemnización del cuádruplo, por cuanto la interdicción no privaba del patrimonio, y de la deportación no se hacía uso en la práctica sino como pena máxima y para los casos extremos.

11.— *En las leyes españolas:* Revisaremos someramente las antiguas leyes de España para ver como se consideraba este delito en el Fuero Juzgo, en las Partidas y en las demás leyes recopiladas españolas.

El Fuero Juzgo mandaba que "quien furta tesoro del Rey u otra cosa, o le faz daño, entregue en nove dablo quanto tomar". La pena que establecía era, pues, la de devolver el doble de lo sustraído.

En las Partidas se contemplaba este delito como una ofensa a la autoridad real, pues según dichas leyes los malversadores de fondos del Estado cometerían "un gran yerro posponiendo la pro de su señor por la suya misma" (9). Pero, con el fin de aplicar penas con mayor o menor rigurosidad, distinguieron entre el Oficial del Rey, recaudador de sus derechos y rentas, depositario de caudales públicos; y el que, sin tener tal carácter o rango, estaba encargado de aplicar los fondos a determinados fines o realizar con dinero público algún pago. A los primeros, en caso de malversación o sustracción de los dineros que pasaban por sus manos, por su gran deslealtad, se les castigaba con la pena máxima, la pena de muer-

(6)Ley XIV, título XV, Partida VII.

te (10). A los segundos se les aplicaban sólo penas pecuniarias, como ser la restitución de lo sustraído, más un tercio de su monto en calidad de multa. (11)

A los que encubrían o ayudaban a cometer este delito se les aplicaban las mismas penas que a los sujetos mismos o autores principales de la malversación, aunque no fueran funcionarios de la administración pública.

Entre las demás leyes que existieron en España, recopiladas más tarde, podemos anotar varias que contribuían a la defensa del Erario con rigurosísimas penas. Una ley de la Novísima Recopilación castigaba nada menos que con la pena de muerte y confiscación total de bienes al que tomare violentamente para sí y por su propia autoridad las rentas o derechos de que el Rey se hallare en pacífica posesión, o hiciere resistencia pública con violencia para impedir su cobranza, conjuntamente con los que le dieron consejo, favor o ayuda. (12)

El empleado público o arrendador de las rentas o derechos reales que usurpare fraudulentamente los caudales que maneja, o diere auxilio o consejo a otro para hacerlo, era castigado con la pérdida de todos sus bienes y destierro perpetuo del reino; y el empleado que sabiendo o pudiendo probar la usurpación violenta cometida por otro, no la denunciare dentro de dos meses, contados desde que tuvo noticias, pierde la mitad de sus bienes y cualquiera merced u oficio que hubiere recibido del soberano.

En todas estas leyes se daba, como vemos, una importancia enorme al delito de peculado, basada tanto en la traición del empleado a la fé debida al Estado, como en el daño causado con él a la caja pública.

12. — *El peculado en Francia*: — En Francia el crimen de peculado fué en los siglos XVI y XVII una plaga para la administración de las finanzas. Se hizo necesario varias veces crear jurisdicciones extraordinarias y tribunales especiales para combatir esas depravaciones. (13)

La pena ordinaria señalada para este delito era, o las galeras o el presidio perpetuo. Estas penas estaban establecidas en la Ordenanza del 1.º de Marzo de 1545, puesta en vigor por medio de la declaración del 26 de Noviembre de 1633, que decía: «Ordenamos que el crimen de peculado sea castigado con confiscación de cuerpo y bienes para cualquiera persona que lo haya cometido».

La Ordenanza de 14 de Enero de 1627, artículos 390 y 396, declaraba culpable de peculado a todos aquellos que, estando designados para la conservación de los dineros reales, se apoderaban de ellos, o los disipaban, o salían del reino sin rendir la cuenta correspondiente o presentaban en sus cuentas falsos empleos o comisiones, o aparecían deudores de fuertes sumas sin poder justificar la causa de sus pérdidas.

Y más tarde, el artículo 398 de la Ordenanza de 1629, la Declaración de 5 de Mayo de 1690 y la de 3 de Junio de 1701, señalan para estos hechos la pena máxima, la de muerte. Según declaración de 5 de Mayo de 1690, los simples par-

(10) Ley XVIII, título XIV, Partida VII.

(11) Ley XIV, título XIV, Partida VII.

(12) Ley VII, título XV, Lib XII.

(13) Garraud, Tomo IV, N.º 1491. — Muyart de Vouglans, Tratado de Derecho Penal, pág. 190.

ticulares cómplices en la malversación de dineros públicos no eran acreedores sino de una acción civil de restitución de lo sustraído.

Pero, a pesar de todas las ordenanzas dictadas y de las diversas jurisdicciones especiales creadas para reprimir las irregularidades cometidas por los empleados en las cajas públicas, recrudeció hasta tal punto esta plaga de malversaciones que el Rey se vió en la necesidad de crear, en 1716, con el nombre de Cámara de Justicia, un Tribunal particular «para instruir y juzgar en última instancia todos los procesos civiles y criminales y otros diferendos iniciados y por iniciarse en razón de peculado, concusión, exacción, malversación, etc., de las fianzas del Rey.»

A pesar de todo, la severidad de la justicia se vió impotente contra la depravación de las costumbres.

Fueron, por este motivo, retrocediendo las jurisdicciones ante la gravedad y la extensión del mal. Las penas señaladas por el Edicto de Marzo de 1716 fueron moderadas por una declaración posterior, de 18 de Setiembre del mismo año. Y, por último, una amnistía general fué acordada por el Edicto de Marzo de 1717, que suprimió al mismo tiempo la Cámara de Justicia.

Este edicto de 1717 constituye un documento muy interesante en la historia financiera de Francia, y está concebido en los siguientes términos: «El número casi infinito de abusos y malversaciones que han sido cometidas durante veinticinco años de guerra, en la percepción y manejo de nuestros dineros, y la licencia sin límites con que los usureros públicos han abusado de las necesidades del Estado, y de la miseria de nuestros pueblos, nos han obligado a establecer una Sala de Justicia especial, cuya severidad pudiera detener el curso de la depravación y obligar a todos los que han hecho fortunas tan inmensas como rápidas a declarar la mayor parte de las ganancias ilícitas que han ocultado. Las búsquedas que esta sala ha hecho y los estados que una gran parte de esas personas han presentado de sus bienes, nos han hecho reconocer la extensión del mal y la dificultad que existe de remediarlo. Mientras más hemos querido profundizar la causa de esta anomalía y sus progresos, más hemos tenido que reconocer que la corrupción se ha exparcido de tal manera que casi todas las clases sociales han sido infectadas, de suerte que no se puede emplear la severidad necesaria para castigar un tan gran número de culpables sin causar una interrupción peligrosa en el comercio, y una especie de trastorno general en todas las instituciones del Estado.» (14)

De modo que las irregularidades producidas en las finanzas y en la contabilidad de las recaudaciones de impuestos y derechos reales, por su número y por la calidad de los culpables, escaparon a la acción de las leyes, y el legislador mismo, violando la justicia, se vió obligado a decretar la inejecución de las penas.

La antigua monarquía, por lo demás, no conoció el término medio entre castigar a los culpables con penas exageradas, o bien usar, a pesar de sus depravaciones, una indulgencia excesiva e irritante.

El Código Penal francés de 1791 (2.ª parte, tít. 1.º, sección V artículos 11 y 12) castigaba con 15 años de prisión a todo funcionario convicto de haber malversado o sustraído dineros, efectos, piezas o títulos de los caudales de que era depositario en razón de sus funciones. Hacía una distinción entre los contadores de los dineros públicos y los depositarios de títulos y actas, cuyo sentido y objeto

(14) Muyart de Vouglans, Tratado de Derecho Penal, pág. 190.

son fáciles de comprender, pero que ha sido mantenida en el C. Penal de 1810 con ciertas modificaciones y complicaciones que, de acuerdo con los comentaristas de este Código (Chaveau y Hélie, Garraud, Blanche, Garçon, etc.) dejan bastante difíciles la exposición teórica y la aplicación judicial de la ley. Más adelante nos extenderemos sobre dichos comentarios.

13. — *Consideración generales.* — Se puede observar, a través del estudio histórico de esta materia, una dualidad en el criterio clasificador de ella, tanto en la legislación romana como en las demás estructuras jurídicas de los tiempos posteriores, cuyos efectos aún se pueden apreciar en algunos Códigos modernos.

Así vemos que en Roma, en un principio, toda la importancia de este delito residía en la ofensa que con él se infería a las divinidades, y hemos visto cómo, poco a poco, este criterio fué transformándose y haciéndose más práctico, hasta que se implantó como pena general, fuera del resarcimiento del perjuicio, la de multa a favor de la Caja pública, en lugar de las penas de degradaciones, galeras, destierros o de muerte, que en nada beneficiaban al Erario.

Muchas leyes, más tarde, contemplan este delito en un sentido principalmente moral, como una deslealtad, un abuso de confianza, una falta contra la fé pública, mientras que en otras legislaciones se contempla más acentuadamente la materialidad misma del delito, o sea, el perjuicio causado en la propiedad ajena, el robo en sí mismo.

Eso tiene su razón de ser en la índole misma de los elementos que constituyen la naturaleza especial del delito de peculado. Los derechos tutelados por las leyes en esta materia pertenecen a dos órdenes de ideas distintos. El funcionario que sustrae o malversa caudales del Estado no sólo se apodera de valores que no le pertenecen, sino que al mismo tiempo, falta a la confianza que en él ha depositado el dueño de esos bienes, el Estado directamente e, indirectamente, la colectividad entera.

Bajo el primero de estos aspectos, es natural que el peculado sea clasificado entre los delitos contra la propiedad y contrarrestado con las acciones propias de esa clase de infracciones, bajo el segundo, entre los delitos contra la fé pública y los intereses del Estado.

Algunos Códigos, el de Zurich, por ejemplo, siguen el primer criterio, y no contienen un título especial ni un artículo en que se castigue la malversación de caudales públicos, dejando entregada su incriminación al total de los delitos contra la propiedad, correspondiéndole por su naturaleza, ser incluido entre las apropiaciones indebidas. Otros códigos, por el contrario, adoptan un sistema diametralmente opuesto, y contemplan el peculado entre los crímenes y delitos contra la paz y el orden públicos (Código francés, v. gr.), y, los más, siguiendo un criterio intermedio, tratan la malversación de caudales públicos entre los delitos propios y exclusivo de los funcionarios públicos, y dan así el verdadero carácter que debe revestir esta infracción.

Nuestro Código, como la mayor parte de los extranjeros, ha seguido este criterio intermedio, pues castiga tanto la sustracción en sí misma, o sea, el delito desde el punto de vista del atentado a la propiedad ajena, como la deslealtad del empleado público que lo comete. Lo primero, tratando de reparar, por medio del reintegro de lo sustraído y de penas de multas el perjuicio causado a la Hacienda Pública, y lo segundo haciendo de la calidad de funcionario público del culpable, representante en tal carácter de la autoridad administrativa del país, una verdadera circunstancia agravante de la infracción.

CAPITULO TERCERO

Malversación de caudales públicos o peculado

14. - *Definiciones.* - Este delito consiste, de acuerdo con la definición de peculado contenido en el Diccionario de Legislación y Jurisprudencia de Escriche «en la sustracción de caudales del Erario Público hecha por las mismas personas que los manejan».

Carrara define el peculado como «la apropiación de cosa pública cometida «por persona revestida de funciones públicas a la cual, en razón precisamente de «ellos, se les había entregado la cosa apropiada con la obligación de conservarla y «restituirla. (15)

Pero, de acuerdo con el Código Penal chileno, deberemos definir el delito de malversación de caudales públicos, de una manera general, como «la desviación de su objeto o fin que experimentan los fondos o efectos públicos o de particulares por la apropiación, distracción o uso indebido o aplicación pública diferente de ellos efectuadas por el empleado público que los tiene a su cargo, por un tercero con el consentimiento del empleado, o debido a su abandono o negligencia.

De esta manera comprendemos en este delito las tres formas más importantes de llevarse a cabo que puede revestir, como son: la apropiación o sustracción; la distracción o uso indebido y la aplicación pública diferente. - Decimos que estas son las tres formas más importantes, porque no son todas. - En efecto el art. 237 del C. Penal, incisos primero y segundo, señala, como veremos más adelante, otros dos modos de cometer este delito: la negativa de hacer un pago o de entregar una cosa por parte del empleado que la tiene a su cargo Pero estas últimas formas, si bien están comprendidas dentro del párrafo que tratamos, no concuerdan con su título: «Malversación de caudales públicos», ya que aquí no se trata propiamente de una malversación, sino de la negativa de efectuar un pago o

(15) Enciclopedia Jurídica Italiana, Tomo VII, N.º 33.

de entregas una cosa, negativas que están muy lejos de querer decir que la cosa o el dinero se hayan malversado.

El legislador, siguiendo el sistema ordenado que se había impuesto al agrupar en una misma división todos los crímenes y delitos imputados a los empleados públicos, es lógico que juntara, dentro de ella, a su vez todos los hechos delictivos que causasaran daño a la Hacienda Pública, o sea, más propiamente, a los fondos públicos, cometidos por los propios empleados que los manejan

15. — Este delito se encuentra contemplado en casi todas las legislaciones, ya sea entre los "delitos cometidos por los funcionarios públicos" (Código francés, español, mejicano, chileno, etc.), "delitos contra la administración pública" (Código italiano, uruguayo, argentino, etc.) o «delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales» (Código del Perú, proyecto suizo de 1918, proyecto chileno Erazo-Fontecilla), de acuerdo con la clasificación adoptada por cada legislación. Señalaremos, sin embargo, el Código de Zurich como uno de los escasos tipos en que no se contempla este delito en un párrafo, ni siquiera en un artículo especial, sino que debe buscarse su incriminación entre las disposiciones que tratan de la apropiación indebida calificada, o comprenderlo en el delito de violación de los deberes de oficio o empleo de que trata el párrafo 209 de dicho Código, el cual dice: «Es culpable del delito de violación de los deberes de oficio o empleo cualquier oficial o funcionario que contraviniese a los deberes de su oficio o empleo con el fin de procurarse o procurar a otro un provecho injusto o de procurar a alguno un daño". — En realidad, el delito de peculado puede encauzarse perfectamente en el concepto que dá este artículo, pero falta en el Código citado un precepto que estreche los límites de la infracción hasta dejar particularizado y dar una pena especial al delito de malversación de caudales públicos en sí mismo.

16. — En nuestro Código Penal el delito de malversación de caudales públicos está previsto y penado en el Libro II, párrafo 5º, del Título 5º, artículos 233 y siguientes.

De la lectura de los artículos indicados se deduce, como ya lo indicamos, que el peculado puede presentarse en nuestra legislación bajo forma de sustracción definitiva (art. 233), simple uso indebido o distracción de fondos (art. 235) cuasi-delito de malversación de caudales públicos (art. 234) aplicación pública diferente (art. 236) o por último, negativa de efectuar un pago o de entregar una cosa (art. 237).

CAPITULO CUARTO

Sustracción de caudales públicos

Artículo 233 del Código Penal. —

17 — Trataremos, en primer lugar, de la primera forma que puede revestir la malveasación, o sea, de la sustracción o apropiación que contempla el art. 233 de nuestro Código.

Este artículo dice: «El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere o consintiere que otro los sustraiga, será castigado...»

De acuerdo con este artículo, para que exista el delito de peculado, es necesario que concurren las siguientes circunstancias indispensables: a) que el autor del hecho sea un empleado público; b) que tenga a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro; y c) que los sustraiga o consienta que otro los sustraiga

Antes de examinar particularmente cada uno de estos requisitos, veremos en que otra forma han sido agrupado por algunos autores:

Pessina, por ejemplo, opina que los requisitos del peculado se deben encontrar: 1° en la persona del autor del hecho; 2° en la cosa sustraída o distraída; 3° en la entrega de la cosa o en las condiciones de la entrega misma; y 4° en la manera de cumplirse el delito, es decir, mediante sustracción o distracción. (16) Este sistema seguido por Pessina, que reúne en los mismos requisitos la sustracción definitiva de que tratamos en este capítulo, a que se refiere el art. 233 del Código Penal chileno, con la distracción o simple uso indebido de que hablaremos mas adelante, tiene su razón de ser en que el Código Italiano de 1889, ni tampoco el actual Código Penal de Italia, no divide, como el nuestro, en diversos artículos cada una de las formas de cometerse el delito, sino que en su artículo 168 (314 del C. Penal de 1930) dice: «El funcionario público o el encargado de un servicio pú-

(16) Enciclopedia Jurídica Italiana, Tomo VII, pág. 43.

« blico que, teniendo por razón de su oficio o servicio la posesión de dinero o de otra cosa mueble, pertenecientes a la administración pública, se la apropia o lo distrae en provecho propio o de otro, será castigado... », y contempla al mismo tiempo la sustracción y la distracción de las especies que señala. -

Garraud divide los elementos constitutivos del deli o previsto por el art. 169 del C. francés en cuatro: a) la calidad de funcionario público del culpable; b) que haya habido un acto fraudulento de malversación o sustracción; c) que ésta malversación se aplique a ciertos valores, limitativamente enumerados por el citado art. 169; y d) que estos valores, se encuentren en poder del depositario o contador público en razón de sus funciones (17)

El Código francés presenta muchas diferencias con el nuestro; entre otras, se refiere únicamente a la sustracción definitiva, sin contemplar aquella en que no incide intención de apropiarse los valores tomados por el empleado. Además, divide de una manera especial a los funcionarios para los efectos de los crímenes o delitos que puedan cometer, y señala también de una manera taxativa las cosas, valores o efectos cuya sustracción puede constituir peculado. Todas estas diferencias hacen que la clasificación de Garraud no sea aplicable a nuestra legislación.

Pasaremos al estudio de los requisitos que señala el artículo 233 de nuestro Código.

18. - a) *Que el autor del hecho sea un empleado público.* - Es indispensable saber antes que nada que se entiende por empleado público desde el punto de vista del Código Penal.

El artículo 260 de dicho Código dice al respecto: Para los efectos de este título V y del párrafo 4º del Título III se reputa empleado público al que desempeña un cargo público, aunque no sea de nombramiento del Estado“.

Es esta una definición demasiado amplia, que no da un concepto bien definido del término, ya que únicamente se basa en la acepción “cargo público”, sin exigir otro requisito, y ampliando aún más el concepto al agregar que no es necesario que exista nombramiento del Estado.

Es necesario, pues, determinar lo que debe entenderse “por cargo público”. Según el Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, tenemos que cargo público es « la dignidad, empleo u oficio que da a alguno la facultad de ejercer alguna función pública y de percibir ciertos derechos ». Y « función pública sería « un círculo de asuntos del Estado que deben ser regidos por una persona ligada por la obligación de derecho público de servir al Estado. ”

Pero esas definiciones, si bien tienen gran importancia desde el punto de vista administrativo, no aclaran el concepto de empleado público con relación al Derecho Penal que nos interesa.

El Estatuto Administrativo, que sería el indicado para contener una definición clara y precisa de la acepción “empleado público”, no nos dice nada al respecto.

El artículo 97 del proyecto de Código Penal suizo de 1918 contiene la definición de varios términos empleados por sus disposiciones, y, de acuerdo con él, la palabra funcionario «comprende los funcionarios y empleados de la administración pública y de la justicia. Son también considerados como funcionarios, « agrega, las personas que ocupan una función o un empleo a título provisorio y

(17). Code Penal, tomo IV, N.º 1493).

las que ejercen una función pública temporal.» En la exposición de motivos de « dicho proyecto se agrega: «Entrán en esta definición, tanto los funcionarios de « la justicia, como los de la administración pública».

Y todos los Códigos en que se encuentra definido el concepto aludido, tratan, al igual que el proyecto citado, de dar la mayor amplitud posible a la definición, comprendiendo dentro de ella a todas las personas que puedan estar ligadas de cualquier manera a la administración del respectivo país. Se comprende fácilmente que los intereses del Estado estarán mejor resguardados y tendrán más garantías mientras más extensa sea la definición que para los efectos de los hechos delictuosos cometidos por esas personas haga el Código Penal de los representantes de la autoridad administrativa.

Por este motivo, si bien la definición dada por el artículo 260 del C. Penal no dá un concepto bien claro y definitivo del término, para los efectos del delito que estudiamos es suficiente, y, por la misma razón el legislador ha agregado la frase «aunque no sea de nombramiento del Estado.»

Lo que no me parece bien, es que se haya limitado el efecto de la definición del artículo 260 a los títulos y párrafos que indica, ya que en diversas otras partes del Código se habla de empleados públicos, y no hay razón alguna para no extenderla a ellas.

Tenemos, además, dentro del párrafo V que trata el delito de peculado, el art. 238 que aclara el término del 260 diciendo: «Las disposiciones de este capítulo « son extensivas a los que se hallaren encargados por cualquier concepto de ren- « tas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de ins- « trucción o beneficencia». Si bien es cierto que este artículo se refiere única- mente a los fondos, rentas o efectos municipales, etc., sabemos que una de las reglas de interpretación de la ley es que cuando existe la misma razón debe existir la misma disposición, y si la ley habla en el art. 238 de «hallarse encargado por cualquier concepto» con respecto a los bienes que señala, que forman una gran parte de los fondos fiscales, la misma razón existe para el resto.

Entre ambos artículos tenemos, pues, que para ser considerado autor del delito de malversación de caudales públicos no es necesario tener la calidad exacta y legal de empleado de la administración, sino que basta que el que sustrae fondos se halle encargado «por cualquier concepto» de ellos, sin que esa tenencia, claro está, sea contraria a derecho o ilegal.

19. — Nuestro Código, al igual que el Código español de 1850, habla de empleados públicos, y no de funcionarios públicos. El Código Penal español actual ha preferido esta última expresión, y en su artículo 416 señala como funcionarios públicos «a todos los que por disposición inmediata de la ley, o por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, participen en el ejercicio de funciones públicas». Deja constancia este artículo únicamente de las formas de origen que puede tener el nombramiento de un empleado público, pero no nos da ninguna luz sobre la materia.

Los tratadistas de Derecho Administrativo hacen marcadas distinciones entre las expresiones empleado y funcionario público. León Duguit, por ejemplo, trata de explicar esas diferencias diciendo que son «funcionarios públicos» todos los que participan en el cumplimiento o ejecución de un servicio que forma parte de la «misión obligatoria del Poder Público», y «simples empleados» los que coo-

peraran en funciones facultativas del Estado, es decir, que no forman parte de las funciones vitales de su funcionamiento (18).

Los primeros, o sea, los funcionarios públicos, quedarían bajo la inmediata dependencia del Estado, y los segundos dependerían de éste tan sólo dentro de los términos de un contrato determinado, ya sea de arrendamiento de servicios, mandato, etc. — Sin embargo, ese acto unilateral del Estado, acto de simple poder público, tiene su base en una teoría rechazada por los autores modernos, ya que, sin mediar un contrato entre el funcionario y el Estado, se dejaría al primero en una situación indefensa frente a éste.

Según la teoría de Duguit, nuestro Código Penal, al reemplazar la palabra funcionario por empleado, comprendería únicamente los delitos cometidos por aquellos que desempeñan funciones administrativas de acuerdo con un contrato y que sólo podrían ser castigados cuando violaran los términos de ese convenio o las disposiciones generales de la ley, y no comprendería a los funcionarios. Sin embargo, vemos que el art. 260 del C. Penal subordina el significado de «empleado público» al de «cargo público», que, dentro de la teoría expuesta, es desempeñado tanto por los que ejecutan un servicio propio y necesario del poder público, como por los que forman parte de servicios de los que el Estado puede prescindir a su arbitrio o según las necesidades del momento.

En la práctica, estos términos difieren únicamente en que el «funcionario» es más amplio y da la idea de una mayor responsabilidad; pero no consiste de ningún modo esa diferencia, como opinan algunos autores, en la dependencia directa o indirecta frente al Estado, ni en la duración inherente al cargo, ni en la permanencia. Sin embargo, creo que hay más claridad y resulta más técnica la acepción «funcionario público».

Las distinciones entre «funcionario de autoridad» y «funcionario de gestión», suponiendo que sean exactas, no tienen nada que ver con la prescripción del derecho penal.

20.—Nuestro Código habla lisa y llanamente de empleados públicos, sin hacer dentro de este concepto ninguna clasificación. No sucede lo mismo en otras legislaciones.

El Código francés, por ejemplo, (art. 169), y el Código de San Marino (art. 247) especifican de una manera especial qué personas pueden hacerse responsable de este delito. Sus disposiciones correspondientes hablan expresamente de recaudadores, cajeros, y depositarios de dineros públicos y privados. El Código francés de 1791, además, al tratar los crímenes y delitos cometidos por los funcionarios públicos, hacían una distinción entre los «comtables públicos», que traducido sería «contadores públicos», es decir aquellos funcionarios que tienen a su cargo dineros del Estado y es inherente a sus funciones el manejo de dichos fondos, y «depositarios públicos», o sea los que guardan o custodian actas, títulos o documentos del Fisco, pero no dinero. Únicamente los primeros, de acuerdo con ese Código, podían cometer el delito peculado. Sin embargo, la jurisprudencia francesa ha declarado que los depositarios, en su calidad de funcionarios públi-

(18). L'état, les gouvernauts et les agents Pág. 379.

cos, se hacen culpables de malversación cuando substraen dineros fiscales valiéndose para ello de las facilidades que esa calidad pueda prestarles. (19).

En realidad, en el caso de un depositario o cualquier empleado público que no maneja fondos y que sustrae los que tiene otro empleado en su poder valiéndose para ello de su propia calidad de empleado, existe el mismo abuso de funciones públicas y la misma gravedad y el mismo perjuicio que^s si el malversador es "comptable"; pero, a pesar de ello, nuestra ley, como veremos más adelante, exige para aplicar las penas de peculado, que los fondos estén por lo menos "a cargo" del empleado que los, malversa, ya que en caso contrario el delito cometido sería robo, estafa, hurto pero no el propio y especial de que tratamos.

Nuestro Código, por lo tanto, si no expresamente como en los Códigos aludidos, hace en forma tácita la misma clasificación entre empleados públicos que manejan fondos públicos, únicos que pueden cometer el delito de malversación de caudales públicos, y aquellos que no lo manejan.

La jurisprudencia francesa ha mantenido la distinción entre "comptables" y depositarios públicos, que no se hace en el Código Penal del 1810.

21. — El empleado de un funcionario público, tomado bajo la responsabilidad exclusiva de éste ¿puede hacerse reo del delito de malversación de caudales públicos?

De acuerdo con nuestra legislación hemos visto que no es necesario que el que malversa fondos sea de nombramiento del Estado, y esto, según mi entender, quiere decir justamente que debe ser reputado como empleado público para los efectos del título V del Libro 2.º del C. Penal al que desempeña un cargo público, aunque lo haya asumido bajo su responsabilidad un empleado público, siempre que su nombramiento y el ejercicio de ese cargo no vaya contra la ley y sea permitido por ésta.

Una sentencia de la Corte Suprema, en un proceso contra un subdelegado suplente, que arrancaba su nombramiento tan sólo del subdelegado propietario, declaró, sin embargo, que no era empleado público por cuanto su nombramiento emanaba del subdelegado propietario, que no es autoridad facultada por la ley para hacer esos nombramientos. (20).

Es indiscutible que la ley no ha facultado expresamente a los empleados de la administración para nombrar a otras personas que desempeñen funciones públicas dependiendo de ellos; pero si el hecho se ha producido, y el que ha sido nombrado por un empleado público comete, en el ejercicio de su cargo, un delito, conviene más a los intereses del Estado que sea considerado como empleado público para aplicarle una sanción agravada por esa circunstancia y para que se haga acreedor a todas las responsabilidades que de esa calidad emanan.

Tenemos, aplicable al caso, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique, que condenó, aplicando el art. 232 del C. Penal, a un empleado de la Aduana de Antofagasta, que era habilitado ante la Tesorería de ese puerto para efectuar el pago de sus sueldos a los demás empleados, y que sustrajo una cantidad de las sumas que le fueron entregadas para ese objeto. Era innegable la

(19). Casación, 12 de Mayo de 1899.

(20). Gaceta de 1880, pág. 1323, N.º 1861;

calidad de empleado público del reo en cuanto al desempeño de sus funciones ordinarias, pero respecto a su carácter de habilitado, que provenía de un poder especial de los demás empleados para cobrar sus sueldos, hubo dudas. La Corte decidió, en definitiva, que ese nombramiento fué hecho en obediencia a instrucciones impartidas por la autoridad superior, lo que colocaba al reo como empleado fiscal que obraba bajo la inmediata dependencia y responsabilidad del Fisco por los cobros de los sueldos ya expresados (21);

Aún cuando en el caso que resuelve esta sentencia ese nombramiento de habilitado tuviera su origen tan sólo en la voluntad de los empleados cuyos sueldos cobraba el culpable, yo creo que se trataría de una malversación de caudales de particulares puestos a cargo del empleado, penada por el art. 233, ya que ese encargo le fué confiado precisamente en razón de su calidad de empleado público, imprescindible para desempeñarlo.

Veamos ahora como deciden el asunto las jurisprudencia extranjeras. La jurisprudencia italiana ha declarado en diversas ocasiones que el empleado de un funcionario público, que no tiene nombramiento del Estado, no comete el delito de peculado si sustrae fondos del Erario, porque faltando ese requisito falta el de la traición a la confianza pública y sólo se burla la confianza privado del funcionario que lo nombró, confianza no necesaria y que no da lugar a la calificación especial de peculado. Así, una sentencia italiana expresa la siguiente doctrina: "No es funcionario público, en el sentido del art. 207 del C. Penal Italiano, el empleado del Gerente de un Banco de Lotería (dependiente de la administración pública) tomado bajo la sola responsabilidad del Gerente y, por lo mismo, apropiándose de sumas que le han sido confiadas en tal calidad, debe responder de apropiación indebida calificada y no de peculado". (22).

Otro caso es el de un Oficial del Registro que escogió un ayudante nombrado por él con autorización de sus superiores; este ayudante, de acuerdo con una sentencia de la Corte de Casación Italiana, frente a la administración pública no es sino un simple particular que en caso de sustracción de valores responde frente a su propio patrón, pero en ningún caso frente al Estado, ya que no traiciona la confianza que éste puso en él, sino únicamente la confianza del que lo escogió como empleado. (23).

Contraria a la doctrina sustentada por las dos sentencias citadas, es una resolución de la Corte de Casación Italiana que declaró funcionario público y responsable, por lo tanto, del delito de peculado, al recaudador comunal de la contribución al consumo, aunque ejercitaba temporalmente este oficio por encargo del síndico. "No importa, dice la Corte, que tal encargo fuese temporal, ya que se trata de un servicio público pagado por la comuna, y por lo tanto, a calidad de oficial público del acusado es innegable". (24).

Pessina, abogando por la tesis contraria, critica esta sentencia, y sostiene que es necesario que el empleado tenga en forma legal y cierta la calidad de funcionario público. "En este caso, dice, la jurisprudencia ha cometido

(21). Corte Apelaciones Iquique, sentencia de 15 de Junio de 1935.

(22). Revista Penal Italiana, vol. XXXII, pág. 108, N.º 1096.

(23). Revista Penal Italiana, volumen XXXIII, pág. 522

(24). Revista Penal Italiana, volumen LV pág.; 305, N.º 208.

“ un error de interpretación En primer lugar, ha desnaturalizado el concepto de
“ funcionario público, que no sólo debe ser emanación de la autoridad, sino ser tal
“ legalmente, y como tal reconocido por la autoridad misma. Y estos requisitos
“ no se reúnen en el empleado del funcionario del registro ni en el encargado por
“ el recaudador público de recojer los impuestos, los cuales son nombrados por
“ esos funcionarios, que no son la autoridad sino que la representan, y no por eso
“ pueden delegarla; no son nombrados legalmente, y, aunque lo fueran, tienen el
“ nombramiento sólo de su jefe directo y por esto no pueden ser reconocidos por
“ la autoridad. que habría elegido otra persona con distintas cualidades. (25).

Este principio es acogido también por la doctrina francesa. Morin dice que para que haya delito de peculado es necesario que haya no sólo abuso de confianza sino también “abuso de confianza” hacia el Estado (26); y Chaveau y Hélie, simplificando, afirma, que si la sustracción fuera cometida por el ecónomo de un colegio dependiente de la Universidad, o bien por otros funcionarios particulares encargado por el empleado público, habría un abuso de confianza, pero nunca un delito de peculado. (27).

La jurisprudencia francesa ha declarado, de acuerdo con estos autores, que la sustracción de fondos públicos cometida por un empleado y cajero a sueldo de un recaudador de contribuciones no constituye al culpable en «forfaiture», ya que se trata de un contador del funcionario público, que no tiene ningún nombramiento del Estado, (28) y deben aplicársele las disposiciones que castigan los simples robos domésticos. Otra sentencia, no obstante, aplica el art. 169 del C. Penal francés, relativo a los funcionarios públicos, al hijo de un empleado de Correos que estaba reemplazando a su padre enfermo hacía dos años aunque no había sido nombrado en forma legal ni había prestado el juramento impuesto a dichos empleados al hacerse cargo de sus puestos (29).

Podemos citar el art. 173 del C. Penal francés, que, aunque se refiere a la destrucción, supresión, sustracción o malversación de actas y títulos que estén en manos de los funcionarios que expresa, agrega en su inciso 2.º: «Todo agente, encargado o comisionado, sea del Gobierno, sea de los depositarios públicos, que sean declarados culpables de las mismas sustracciones, serán sometidos a la misma pena». Y una sentencia de la Corte de Casación francesa aplicó este artículo 173, en virtud de su inciso segundo, a un abogado que destruye un expediente que le fué confiado por un oficial de Juzgado. (30).

¿No existiría la misma razón para haber comprendido en el artículo 169, que se refiere a las malversaciones de dineros o efectos públicos a los que, sin ser empleados públicos y sí sólo comisionados por éstos, se apropiaran las sumas que les son confiadas? Pero el art. 169 nada dice al respecto.

Hemos visto la variedad de opiniones y de sentencias que existe sobre este punto, pero creo que, aplicando nuestra legislación, la teoría verdadera es la que

(25). Enciclr Juríd. Italiana, tomo VII, pág. 45.

(26). Diccionario de Derecho Penal, pág. 352.

(27). Theorie du Code Penal, pág. 498.

(28). Citada por Blanche, Code Penal, Tomo III, N.º 348.

(29). Boletín Criminal, 25 de Abril de 1856, N.º 161.

(30). Boletín Criminal, 10 de Mayo de 1823.

extiende el delito de malversación de caudales públicos a todos los que lleguen a tenerlos en sus manos y los sustraigan, aunque no sean funcionarios públicos, bastando sólo que ejerzan por cualquier razón funciones públicas en virtud de las cuales tengan fondos a su cargo. Esta es la solución que más se adapta a la lógica y que más conviene, como ya lo dije, a los intereses públicos.

Las legislaciones modernas tienden, por lo demás, a dar la mayor amplitud el concepto de empleados o funcionarios públicos con respecto al delito de peculado. Tenemos, así, el Código de Méjico de 1933, que en su art. 220 dice: "comete el delito de peculado toda persona encargada de un servicio público, aunque sea en comisión por tiempo limitado y no tenga el carácter de funcionario, que, etc..."; el Código de Italia de 1930, art. 314: "El funcionario público o el encargado de un servicio público".

Trataremos a continuación de ciertas personas sobre cuya calidad de funcionarios públicos ha habido dudas o discusiones.

22. *Eclesiásticos.* - En las actas de nuestro Código Penal (acta del 11 de Agosto de 1871) se puede ver planteado el problema de si los eclesiásticos se considerarían o no empleados públicos para los efectos del párrafo 5.º del Título V. Se basaba esta cuestión en la latitud de la acepción "cargo público" que emplea el art. 260, y en que el espíritu dominante de la Comisión Redactora fué el llamado teológico-liberal, que tendía a la igualación de los funcionarios eclesiásticos y civiles.

El acta mencionada dice: "Al iniciarse la discusión del párrafo, el señor Fábres salvó su voto por creer que no puede el legislador civil imponer penas a los eclesiásticos en el ejercicio de sus funciones, hallándose sólo sometidos al imperio de las leyes canónicas, y a la jurisdicción de las autoridades eclesiásticas".

Sin embargo, puede fácilmente demostrarse que el legislador estuvo muy lejos de intentar comprender en el párrafo 5.º a los eclesiásticos. En efecto, el proyecto que sirvió de base para la discusión de este título contenía la misma disposición del art. 306 del C. español de 1850, en el cual se hacen extensivas a los miembros del Clero las disposiciones del Código Penal relativas a los empleados públicos en cuanto les fueran aplicables, y en el acta correspondiente de la Comisión Redactora se lee «que ese artículo fué suprimido porque la vaguedad de la disposición podía ocasionar abusos y peligros en la práctica».

Otra razón, a mayor abundamiento, sería que el art. 242 del C. Penal comprende expresamente a los eclesiásticos al decir: «El eclesiástico o empleado público que sustraiga o destruya documentos... etc.», lo que nos permite afirmar que para los miembros del Clero no han regido nunca las disposiciones del párrafo 5.º de que hablamos, y se entiende que con menos razón podrían regir ahora, desde que se separó la Iglesia del Estado.

23. *Militares.* - Es indudable que los militares son empleados públicos, retribuidos con fondos fiscales, que están comprendidos dentro del concepto del art. 260 del C. Penal; pero sus crímenes y delitos están penados en una ley especial, el Código de Justicia Militar, y son juzgados por tribunales especiales.

El Código de Justicia Militar, en su art. 348, comprendido en el Título VIII que pena los «delitos contra los intereses del Ejército», dice: "el que en tiempo de guerra sustrajere, consintiere que otro sustraiga o aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos de cualquier clase pertenecientes al Ejército, y que se

“ encuentren a su cargo, será castigado: con la pena de presidio mayor en su grado máximo a muerte, si comete el delito en campaña y con daño de las operaciones de guerra o perjuicio efectivo de las tropas; con la de presidio mayor en su grado medio a máximo si no concurre alguna de las circunstancias del inciso anterior “

Pero esta penalidad tan rigurosa rige únicamente, como vemos, en tiempo de guerra, y por este motivo se justifica. Pero en tiempo de paz se aplican a los militares que sustraen fondos del Ejército, las disposiciones del Código Penal. Así lo podemos ver decidido en una sentencia de la Corte Suprema que declara expresamente que la malversación de caudales públicos, aunque no sea cometida por militares, es delito común sujeto al C. Penal. (31).

24. *Notarios*: - En nuestra legislación los Notarios que, de acuerdo con el Decreto Ley 407, de 19 de Marzo de 1925, (Código del Notariado), son ministros de fé pública encargados de las funciones que dicha ley establece (art. 1º) están también comprendidos en el art. 260 del C. Penal, y será, por lo tanto, responsables del delito de malversación de caudales públicos cuando sustraigan dinero que en virtud de su cargo les han sido confiados, pues ejercen un cargo público. Además, el Título IX del citado Código del Notariado, que establece las penas aplicables a estos funcionarios cuando cometen delitos o faltas relacionadas con el ejercicio de sus funciones, no contempla la sustracción o distracción de dineros, delitos que, por lo tanto, es uno de los que dicha ley deja entregados a las disposiciones del Código Penal, de acuerdo con su artículo 62.

En este caso, sin embargo, sólo podría tratarse de fondos pertenecientes a particulares, pues los Notarios no manejan fondos fiscales, y esta circunstancia es la que ha influido para hacer dudar sobre la calidad de empleados públicos para los efectos del delito de peculado.

En Francia ante de la dictación de la Ley de 13 de Mayo de 1863, que modificó el art. 408 del C. Penal, relativo al delito de abuso de confianza, se dudaba si los Notarios debían o no ser considerados funcionarios públicos para los efectos de las sustracciones de dinero que cometieran. Para resolver esta cuestión se procedía por distinciones: si el particular había depositado sus dineros o valores voluntariamente en manos del Notario y sin ser constreñido a ello por una disposición de la ley, dicho funcionario no era más que un depositario privado, y en caso de malversación se le castigaba de acuerdo con las penas comunes de hurto o robo. Y, al contrario, si los valores se encontraban en sus manos a título de depósito necesario, por ejemplo, como producto de una venta pública a la cual no habría podido procederse sino por su ministerio, la malversación que allí se hubiera operado era considerada como constitutiva de una sustracción cometida por un depositario público e importaba la pena de los arts. 169 y siguientes del C. Penal; que castigaban dichas sustracciones, como lo decidió la Corte de Casación repetidas veces. (32).

Pero la ley de 1863 que, como decimos, modificó el art. 408 del C. Penal francés, le agregó el siguiente inciso: “ Si el abuso de confianza previsto y castigado por el párrafo precedente fuere cometido por un oficial público o minis-

(31). Gaceta de 1886, pág. 8), N.º 148.

(32). Sentencias de 18 de Diciembre de 1812 y 23 de Marzo de 1853.

“ terial, o por un doméstico, etc. la pena será de reclusión”, y desde entonces se aplica invariablemente este artículo en caso de malversaciones cometidas por los Notarios Públicos.

Podemos citar, por ejemplo, una sentencia de la Corte de Casación francesa de 17 de Agosto de 1873, que consigna la siguiente doctrina: «El Notario que malversa las sumas que le son confiadas en razón de su calidad de ministro de fé, comete el crimen de abusos de confianza agravado, previsto por el inciso segundo del artículo 408 del C. Penal, y no el simple delito de abuso de confianza previsto por el inciso primero. La Ley de 1863, que modificó este artículo, ha tenido, en efecto, la intención de agravar las malversaciones cometidas por los oficiales públicos por la sola razón que ellos están investidos de esa calidad, la que compromete la confianza pública. No es necesario que las sumas confiadas a los Notarios lo hayan sido, por ejemplo, con ocasión de sus funciones; la calidad de Notario es suficiente». (33).

Considero que esta es la verdadera doctrina, ya que con mayor razón que en ningún otro caso, la calidad de funcionario público debe ser en los Notarios una garantía de confianza y seguridad para los que, ya sea necesaria o voluntariamente, les hagan entrega de dinero u otros efectos.

Pero, aún cuando esta es la tesis más acertada la que consigna la aludida sentencia, la Corte de Casación no la ha respetado absolutamente. Podemos citar, en efecto, otra sentencia de esa misma Corte, de 22 de Agosto de 1886. en la cual se decide: «que un Notario no puede ser considerado como comptable (cajero) público en razón de las sumas que las partes le entregan para pagar los derechos o multas a que estaban obligados, pues ninguna ley les dá el carácter de intermediarios entre las partes y la administración». (34) Pero si bien esta solución pudo dictarse y es hasta cierto punto legal de acuerdo con el C. Penal francés, que en su artículo 169, relativo al peculado, se refiere únicamente a las sustracciones de dineros, efectos, actas, títulos, etc., pertenecientes al Estado, no cabría dentro de nuestra legislación, ya que el art. 233 se refiere tanto las malversaciones de caudales y efectos públicos como de particulares, y sería este artículo el aplicable en el caso mencionado:

25. *Que tenga a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro.* — Este segundo elemento del delito de malversación de caudales públicos del art. 233 del C. Penal se refiere, como podemos apreciar, tanto a las cosas que pueden ser objeto de él como a la calidad en que esas cosas están o deben estar en manos del malversador.

La doctrina y la jurisprudencia italiana han estado de acuerdo en tratar este segundo requisito del peculado, constituido por la cosa sustraída o distraída, bajo dos puntos de vista: de la *calidad* y de la *pertinencia*, puntos de vistas que pueden perfectamente aplicarse al elemento que estudiamos. Acerca de la calidad el C. Italiano dice que puede constituir objeto de peculado el dinero o cualquier cosa mueble que haya llegado a manos del funcionario por razón de su empleo.

(33). Sentencia de 17 de Agosto de 1873. H. F. Rivière, Code Penal, art. 405.

(34) Casación, 22 de Agosto de 1886, N.º 221, citada por Blanche, Code Penal, Tomo III, N.º 349.

Adopta, pues, una forma muy amplia. «No sería, por tanto dice Pessina, reo de peculado, sino de otro delito, el funcionario público que vendiese los muebles de su oficina y se apropiare el dinero, por cuanto que si bien los muebles sirven a su oficina, no forman objeto de la administración que tiene asignada el oficial público». (35).

En cuanto a la *pertinencia*, nada importa respecto a ella, de acuerdo con el C. Penal italiano, que el dinero pertenezca al Estado, a las municipalidades, a los particulares, etc.

Siguiendo, entonces, este criterio, veremos en primer lugar qué cosas o bienes pueden llegar a ser objeto del delito de malversación de caudales públicos de acuerdo con nuestro Código.

El art. 233 dice: «que venga a su cargo *caudales o efectos públicos o de particulares*». Se refiere, pues, tanto a los fondos públicos como a los privados que estén a cargo del funcionario.

26. *Caudales o efectos públicos*. — Sabemos que el Erario de una Nación está compuesto de todos aquellos fondos que pertenecen al conjunto de sus ciudadanos y que son manejados por la Administración pública. Quedan comprendidos entre los fondos públicos, entonces, no solamente aquellos propiamente públicos, sino también los de las municipalidades y de la Beneficencia Pública.

En efecto, el art. 238 del C. Penal toma en consideración, para aclarar y ampliar el concepto de caudales públicos del art. 233, los fondos, rentas o efectos municipales pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia.

Concuerdan con este artículo las disposiciones del Decreto Ley Orgánico de la Contraloría General de la República, en el cual se determina que dicha institución tendrá por objeto fiscalizar el debido ingreso o inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades y de la Beneficencia Pública, (art. 1º). Y el artículo 36 del Decreto Ley 258 a que aludimos agrega al respecto: «Se presume que son fondos fiscales municipales y de la Beneficencia Pública, en su caso, los que los empleados recauden oficialmente en el desempeño de sus obligaciones a cualquier título y por cualquier motivo». Se establece, pues, de acuerdo con este artículo, la presunción legal de que todo pago hecho oficialmente a un empleado público, incrementa los fondos fiscales, municipales o de la Beneficencia, en su caso.

Debemos, pues, entender por caudales o efectos públicos todos aquellos fondos que son manejados en su calidad de tales por los empleados de la administración.

En cuanto al término «caudales», no hay necesidad de explicación, pues ya sabemos que se trata de dineros, y por dinero debe entenderse la moneda de metal o el papel moneda que tengan curso legal en el país, y puesto en circulación ya sea por el Estado o por los bancos de emisión, o la moneda o papel moneda emitido por Estados o institutos de créditos extranjeros.

Con respecto a la palabra «efectos», se entiende por esta expresión todos los papeles de crédito público que, de acuerdo con la ley penal son asimilados a los caudales, es decir: los bonos emitidos por el Estado, cupones de intereses co-

rrespondientes a esos bonos, billetes de banco al portador, obligaciones al portador de la deuda pública, cupones de intereses de dichas obligaciones, etc. (arts. 172, 173 y 174 del C. Penal) y, en general, todos los documentos valorizables en dinero que sean manejados por la administración pública representada por sus empleados.

27. Nuestra ley habla únicamente de caudales y de efectos, a diferencia de un gran número de legislaciones extranjeras, que se refieren, además, a otras cosas muebles que están a cargo del empleado. Así por ejemplo, el Código del Uruguay (36) señala como cosas que pueden ser objeto de malversación fuera del dinero, los efectos, mercancías, documentos de crédito, valores u otras cosas muebles del Estado o de particulares.

El Código francés habla de fondos públicos o privados, efectos activos o sus equivalentes, expedientes, títulos, actas o efectos moviliarios. El Código de Méjico señala el dinero, valores, fincas o cualquiera otra cosa (37). Igual cosa sucede en los Códigos de Italia, Alemania, Portugal, Venezuela, etc.

La razón por que todos estos Códigos siguen este sistema, es decir contemplan en una misma disposición la sustracción tanto de dinero o efectos convertibles en dinero, como de otras cosas muebles, es por que ellos no contienen el delito especial de infidelidad en la custodia de documentos, de que trata el art. 242 de nuestro Código Penal, el cual se refiere al caso en que el empleado sustrae o destruye documentos o papeles que sean confiados por razón de su cargo.

28. *Caudales o efectos de particulares.* — La ley asimila a los caudales públicos, para los efectos de la aplicación del art. 233 del C. Penal, los caudales o efectos de particulares que estén a cargo del empleado público en depósito, consignación o secuestro.

Como la ley obliga frecuentemente a los particulares a consignar sus dineros en arcas fiscales, es justo que se conceda a estos fondos la misma garantía que a los del Estado. Casi todas las legislaciones hacen esta extensión.

El Código Italiano se refiere en un artículo especial (art. 315), a las malversaciones cometidas con daño de particulares. Dice: «El funcionario público, o el encargado de un servicio público que se apropia o distrae en provecho propio o de un tercero dinero u otra cosa mueble no perteneciente a la Administración Pública, de la cual ha entrado en posesión por razón de su oficio o servicio, será castigado con reclusión de 3 a 8 años y multa no inferior a mil liras».

Carrara, sin embargo, partiendo del principio de que el Estado escoje a sus propios funcionarios, los cuales administran su patrimonio, y por la consideración de que la confianza que el Estado deposita en ellos es una necesidad, a diferencia de la confianza privada, no es necesario, porque el particular que confía a otro particular o a un funcionario público dinero que después le es negado, no puede sino reprochársele de poca cautela, quiere que la cosa sustraída sea siempre pública. (38).

(36). Código Uruguayo de 1886, edición de 1926, actualmente derogado y reemplazado por el de 1934. (art. 168).

(37). Código Mejicano de 1933, art. 220.

(38). Enciclopedia jurídica Italiana, Tomo XII, pág. 32.

Pessina no opina en igual forma, y es partidario de que basta que el funcionario público tenga en su poder, en virtud de su oficio, la cosa sustraída, ya sea pública o privada. «Los autores modernos, nos agrega, se han apartado de la definición dada por Carrara acerca de la calidad de pública de la cosa sustraída, siguiendo en cambio la definición que ha dado nuestro legislador». (39).

En realidad, la definición de peculado que ha formulado Carrara, y que ya hemos citado, se refiere únicamente a la apropiación de cosas públicas, lo que va en contra de la ley misma, según la cual también la sustracción de bienes de particulares constituye peculado.

Esta discusión acerca de la calidad de pública o privada de la cosa objeto del delito de peculado viene de muy antiguo. Anton Matteo cita una polémica de Adriano y Papiniano al respecto. (40). Pero en las escuelas y en las leyes modernas ha prevalecido el pensamiento de Adriano, y se ha abierto camino la idea de que debe considerarse reo de peculado al funcionario público que sustrae cosas que le han sido asignadas en el ejercicio de sus funciones, cualquiera que sea el origen de ellas.

Como un ejemplo de fondos privados de los que debería responder un empleado público en caso de malversación, tendríamos los valores retenidos en las Aduanas y pertenecientes a particulares, el dinero que se consigna en los juzgados, ya sea para atender a gastos de expediente o en virtud de un pago por consignación, los contenidos en cartas enviadas por correo, etc.

29.— Con respecto, sin embargo, al dinero contenido en cartas y que es sustraído por empleados de correos, ha surgido una cuestión. En caso de detención de la correspondencia y sustracción de los valores contenidos en las cartas, ¿que delito se comete, el de malversación de caudales públicos, el de violación de correspondencia o el de infidelidad en la custodia de documentos?

Se trata de tres delitos diferentes, contenidos en distintos artículos del C. Penal, que dan origen a diferentes penalidades, y que caben perfectamente en el ejemplo propuesto, ya que el empleado que sustrae el dinero contenido en una carta necesita para ello «abrir, sin la autorización competente, un papel o documento cerrado cuya custodia le está confiada». (art. 244) y, al mismo tiempo, le es aplicable sin duda el art. 146 del C. Penal, según el cual «el que abriere la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado medio, etc...» Además, bajo el título «de agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución» la ley castiga, en el art. 156, el delito de violación de correspondencia. Dice: «los empleados en el servicio de correos y telégrafos u otros que prevaliéndose de su autoridad interceptaren o abrieren la correspondencia, etc...»

Pero en ninguna de las disposiciones citadas la ley se refiere de una manera especial a la sustracción de los valores contenidos en las cartas. Habla únicamente del aprovechamiento o divulgación por parte del infractor de los secretos que las cartas o papeles puedan contener.

(39). Enciclopedia Jurídica Italiana, Tomo VII, pág. 35.

(40). De criminibus, libro 118, cap. I, N.º 5.

La ley General de Correos y Telégrafos, por otra parte, deja, en este sentido, entregadas al Código Penal las sustracciones que los empleados de esa repartición cometen.

Una sentencia de la Corte de Casación española, de 14 de Marzo de 1889, resuelve que el delito cometido en el caso propuesto es el de infidelidad en la custodia de documentos, al declarar «que incurre en la responsabilidad del art. 375 del C. Penal el Administrador de Correos que retiene un certificado y sustrae de él la cantidad que contenía, aún cuando ésta sea reintegrada a su consignatario, etc.»

José García de Romero Tejada, jurisconsulto español, trata este punto en un artículo denominado «¿infidelidad o malversación?» publicado en la Revista de Legislación y Jirusprudencia española, y hace un paralelo entre los delitos que señala, llegando a la conclusión de que el delito que se comete en el caso citado es una verdadera malversación de caudales públicos, siempre que esos valores estén previa y solemnemente garantidos por la fidelidad del certificado, pues en este caso el Estado los ha hecho suyos y se ha comprometido a reintegrarlos en el evento o riesgo de perderse. Sólo entonces, según este autor, podría aplicarse el art. 405 del C. Penal (41). Pero esto significaría afirmar implícitamente que tan sólo los caudales o fondos públicos que son sustraídos pueden dar origen al delito de malversación castigado por dicho artículo. Debemos recalcar previamente que, según ya lo hemos dicho, ese artículo del C. Penal español se refiere únicamente a los caudales o efectos públicos, sin mencionar los de particulares, los cuales se hacen extensivos a esta disposición en forma indirecta por el art. 404 de ese Código, lo que hace que la opinión citada no esté muy de acuerdo con nuestra legislación al respecto. Para algunos autores españoles, pues, es, esencial que los valores sustraídos hayan pasado a ser públicos por medio del certificado, y sólo en caso de mediar esa formalidad se aplicaría, si son sustraídos, las disposiciones referentes al delito de peculado.

Veamos un caso en Francia: un empleado de la administración de Correos había sustraído cierta suma encerrada en una carta confiada a esa administración. El tribunal de primera instancia vió en este hecho un robo doméstico, pero su sentencia fué anulada por la Corte de Casación «atendido a que los empleados de « la administración de correos: obligados a prestar juramento prescrito por el art. « 2 del decreto de 29 de Agosto de 1890 para garantir su fidelidad, entran en la « categoría de agentes o funcionarios del Gobierno, y que la sustracción por ellos « cometida, de títulos que les hayan sido remitidos o comunicados en razón de « su empleo público, constituye el crimen especial previsto y castigado por el art. « 173 del C. Penal». (42).

El art. 173 aplicado por la Corte de Casación en este fallo se refiere a las sustracciones de títulos o actas cometidas por los funcionarios públicos, y está bien aplicado de acuerdo con la redacción dada a la parte trascrita de la sentencia indicada, pero en el caso mismo no sólo se sustrajo documentos o títulos confiados al empleado, sino que éste se apropió de la suma contenida en la carta, y por lo tanto, la sustracción del documento no fué sino un medio para llegar a la apropiación del dinero.

(41). Rev. de Leg. y Juris, Tomo 89, pág. 107.

(42). Sentencia d^a 14 de Julio de 1850, Boletín Criminal, N.º 198.

De acuerdo, pues, con nuestra legislación, yo creo que lo que se comete en el caso indicado es una verdadera malversación de caudales públicos o de particulares, penada por el art. 233 del C. Penal, y que el culpable comete, eso sí, otro delito para llevar a cabo este principal, ya sea el de violación de correspondencia o el de infidelidad en la custodia de documentos. Habría que aplicar en este caso las reglas que rigen la concurrencia de delitos.

30. El Código español, como ya lo hemos anticipado, en el art. 399, análogo al 233 del C. Penal chileno que comentamos, se refiere, a diferencia del nuestro, sólo a los caudales y efectos públicos, sin mencionar los de particulares. Esta es una excepción a la generalidad de las legislaciones, que hablan tanto de efectos o bienes públicos como privados.

Pero, en realidad, esta diferencia no es tal, porque el art. 404 del C. Penal español hace extensivas las disposiciones del capítulo que trata de la malversación de caudales públicos «a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares».

¿Porqué el artículo 238 de nuestro Código, que es idéntico a la primera parte del 404 del C. español (43) no agregó esta frase final?

En las actas de la Comisión Redactora podemos ver la razón: en la sesión N.º 153 se dejó establecido que se suprimía la parte final del proyecto relativa a los administradores o depositarios de caudales embargados secuestrados, etc., «porque respecto de ellos no puede decirse que hay abuso de funciones públicas, sino fraudes comunes que se penan en otro título posterior». El art. 238 quedó de esta manera, refiriéndose únicamente a los fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia.

Pero el art. 233, que tratamos, comprende también los caudales o efectos de particulares que estén a cargo de empleados públicos.

En el fondo, entonces, la única diferencia que existe en este punto entre nuestra legislación y la española consiste en que la nuestra no contempla el caso fondos de particulares en manos de particulares, depositados en ellas por la autoridad pública. De acuerdo con nuestro Código, un particular que administre o tenga en depósito por orden de la autoridad pública fondos de particulares embargados, secuestrados o simplemente depositados, deberá ser penado, en caso de malversación de ellos, en conformidad a las disposiciones comunes que rigen la estafa o la apropiación indebida. Y esto, según la Comisión Redactora, porque en este caso no puede decirse que haya abuso de funciones.

Sin embargo, vemos que el art. 238 hace extensivas las disposiciones del párrafo 5.º «al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos provinciales o municipales». Al decir la ley «al que se halle encargado», y agregando aún más «por cualquier concepto», da a entender claramente que no se refiere a los empleados públicos, caso en que no tenía para qué existir este artículo, sino a cualquier ciudadano que los maneje por disposición de la ley, por delegación de funciones o por cualquier otro concepto, y en este caso existiría la

(43). Artículo 404 del C. español de 1932, que corresponde al art. 322 del C. Penal español de 1850, que sirvió de modelo al nuestro.

misma razón que en el citado anteriormente, relativo a los caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, pertenecientes a particulares en manos de personas que no sean empleados públicos, para que la Comisión hubiera también opinado que no incide abuso de funciones públicas.

Como vemos, la verdadera razón por la cual la comisión desechó la segunda parte del art. 404 del C. español, no es la que se da en el acta citada, sino la muy sencilla de que los bienes de particulares en manos de la administración pública ya están contemplados por el art. 233, lo mismo que la situación de depositados, consignados o secuestrados en que ellos pueden encontrarse. Y esto no va a servir para demostrar más adelante que al referirse el art. 233 del C. Penal a esos tres contratos — depósito, consignación y secuestro — habla únicamente de los bienes de particulares que pueden ser objeto de ellos.

31. Trataremos ahora de lo que la doctrina italiana llama el punto de vista de la *pertinencia*, o sea, la calidad en que los caudales o efectos públicos o de particulares de que ya hemos hablado deben estar en manos del empleado para que la sustracción de ellos se repute peculado o malversación de caudales públicos.

Existen, a este respecto, diversas teorías.

Así, por ejemplo, una sentencia de la Corte de Casación francesa estima que un Alcalde que había sustraído en provecho propio ciertos materiales — de acuerdo con la ley francesa, la sustracción de cosas constituye también peculado — que comprara para una obra que hacía construir por administración en su calidad de alcalde, no se hace responsable del delito de peculado, fundándose en que en el caso de que se trata no cabe reputar al alcalde depositario público de dichos materiales, puesto que no había recibido de la ley, en sus funciones de alcalde, misión ni título alguno para ser depositario de ellos. (44).

Según esta doctrina, sería necesario que la tenencia de los fondos o efectos que el empleado sustrae emanara en cada caso particular de la ley misma. Es una teoría errónea, ya que en el caso de que se trata, es suficiente la calidad de funcionario público del alcalde y la circunstancia de tener ingerencia sobre esos bienes justamente en su calidad de tal. El abuso de funciones que requiere la ley francesa es evidente.

Otros autores opinan que el empleado público debe tener el derecho de exigir los fondos que más tarde sustrae, ya sea de los particulares obligados a pagarlos, ya de otro empleado que los retenga indebidamente en su poder. Así lo resolvió otra sentencia de la Corte de Casación de Francia, que no aplicó la pena de peculado en un proceso, basándose en que el dinero remitido a un recaudador a título de caución no es recibido por él en virtud de sus funciones, puesto que no tenía ningún derecho de exigirlo ni de recibirlo. (45). Tuozzi sustenta esta misma teoría, pero hace distinciones en cuanto a la apropiación de sumas privadas, pues admite el peculado sólo cuando el funcionario tenía el derecho de exigir y debía recibir ese dinero por razón de su oficio, no cuando, por ejemplo, se entregan al empleado sumas privadas para que las tenga como parte de pago de una deuda. (46).

(44). Cas. de 10 de Julio de 1851, Boletín Criminal, pág. 430, N.º 273.

(45). Cas. de 20 de Diciembre de 1867, Bol. Criminal, pág. 311, N.º 127.

(46). Tuozzi, Curso de Derecho Penal, Tomo III, pág. 166.

De acuerdo con nuestra legislación, no es necesario que los fondos sustraídos estén en poder del empleado en virtud de su derecho a exigirlos, ya que el artículo 233 no consigna esa exigencia.

Tampoco es necesario que el empleado tenga la administración de los caudales o efectos que malversa. Así lo resolvió la Corte Suprema al declarar que quedaba comprendido en el precepto del art. 233 del C. Penal un empleado público del giro postal que no tenía administración de fondos. (47).

Pessina cree, aún más, que es necesario que el funcionario público tenga la disponibilidad de los bienes que más tarde malversa. «Bien entendido debe que-
« dar, dice, que el funcionario público debe tener la disponibilidad de las sumas y
« de las cosas; de otro modo no habría peculado, sino simplemente apropiación
« indebida». (48). Esta doctrina está además aceptada por una sentencia de la Corte de Casación de Italia, que decidió que para que haya peculado es menester que de las cosas sustraídas el funcionario público tenga directamente por la ley o por delegación legal la disponibilidad bajo forma de administración o de custodia, y por eso no constituye peculado el hecho del funcionario encargado de dar licencias para llevar armas, que sustrae los impuestos correspondientes puestos a su cargo, mientras que por ley debían ponerse a cargo del receptor del Registro. (49). En realidad, creo que esta sentencia confunde el término disponer con ser competente para recibir o administrar las sumas que el empleado se apropia.

Aún cuando, según veremos más adelante, hasta cierto punto los empleados, como todo el que responde de una obligación de género tienen, desde el punto de vista del Código Penal, la disponibilidad de las sumas que manejan, y sólo les es aplicable el art. 233 cuando no pueden responder de ellas en el momento oportuno, no es esto lo que la sentencia italiana citada ha querido establecer, ya que resultaría absurdo que se exigiera justamente esa disponibilidad como un requisito necesario del peculado.

El art. 233 del Código Penal chileno dice únicamente: «el empleado público que, *teniendo a su cargo* caudales, etc. .» y, por lo tanto, lo único necesario de acuerdo con nuestra legislación es que esos fondos estén a cargo del funcionario, sin que sea menester que tenga por ley especial su custodia, ni el derecho de exigirlos, ni la administración ni menos aún la disponibilidad de ellos.

El Código español de 1850 no contenía la frase agregada por el de 1870 «en virtud de sus funciones», y al respecto dice Croizard: «La frase por razón de sus
« funciones» que antes no existía en el texto, puede dar lugar a dudas y quizás
« absoluciones de responsabilidad contrarias a los buenos principios. Para que el
« delito de malversación surja y se complete, basta que el sujeto de la sustracción
« sea funcionario y que el objeto sobre que recaiga sean caudales públicos a su
« cargo. ¿A qué añadir que además de estar a su cargo esos caudales deban es-
« tarlo precisamente por razón de sus funciones? Limitar el círculo de la respon-
« sabilidad en este delito sólo el caso de quebrantar las obligaciones especiales de
« sus funciones es estrecharlo demasiado y puede dar lugar a dejar sin defensa
« suficiente en algunos casos los intereses públicos. El funcionario a cuyo cargo

(47). Gaceta de 1878, sentencia N o 1773.

(48). Enciclopedia Jurídica Italiana, Tomo VII, pág. 36.

(49). Revista Penal Italiana, volumen XXXIX, pág. 547.

“ se ponen accidentalmente fondos públicos por autoridad competente y de ellos
“ se apodera, falta a la fidelidad debido al Estado y no debe servirle de excusa,
“ para eludir la responsabilidad como autor del delito de malversación, el ale-
“ gar que por la índole de las funciones especiales de su destino, aquellos fon-
“ dos no estaban a su cargo”. (50).

Esta crítica se hace extensiva al actual Código Penal español, de 1932, cuyo artículo 399 dice: “El funcionario público que por razón de sus funciones, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, etc.” y que, como vemos, conserva la frase a que alude Groizard.

Las expresiones empleadas por los distintos Códigos admiten una extensa variedad, pero casi todas tratan de ampliar en lo posible el concepto. Así, por ejemplo, el Código mejicano dice: “si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por cualquiera otra causa” (art. 220, Código de 1933).

El Código Penal italiano exige que el empleado público tenga “por razón de su oficio o servicio la posesión de dinero u otra cosa mueble” (art. 314, Código de 1930). En realidad, lo que el empleado puede tener, es la mera tenencia, y en este sentido está empleada la palabra posesión.

El Código de los Países Bajos: “que tenga a su disposición por su servicio”, etc...

Lo importante es, pues, que haya habido abuso de las facultades que el cargo público facilita a los empleados, y que los caudales o efectos no estén custodiados o a cargo de otro empleado, a quien deban ser sustraídos, pues en este caso, como veremos más adelante, no corresponde aplicar las disposiciones del párrafo 5.º que estudiamos.

Nuestro Código exige, por esta razón, únicamente que los caudales o efectos públicos o de particulares estén a cargo del empleado, lo cual deja en toda su amplitud el círculo de responsabilidad a que alude Groizard.

32. *Depósito, consignación o secuestro*: Cita el art. 233 del C. Penal en estudio tres contratos. Dice: “que tenga a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares *en depósito, consignación o secuestro*”.

De acuerdo con el Código Civil, por el cual se rigen estos actos, depósito, es en general, “un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal y mueble para que la guarde y la restituya en especie a voluntad del depositante”. (art. 2215) y el secuestro “es el depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión en su favor”. (art. 2249). ¿Son aplicables estas disposiciones a los fondos manejados por los empleados públicos?

Según mi parecer, basta el hecho de ser empleado público el culpable, y de que el manejo de fondos sea inherente a ese cargo, para rechazar la idea de que esos caudales obran en su poder en virtud de un contrato, ya sea de depósito, secuestro o cualquier otro. La tenencia de esos fondos emana del cargo público mismo, y no de un contrato, y es una parte de las funciones que el empleado ejerce.

En casi todos los procesos por malversación de caudales públicos puede

(50) Código Penal, comentario al art. 405, pág. 291.

verse un gran derroche de erudición y sabiduría para definir estos tres contratos y tratar de demostrar, por la defensa de los inculpados, que no procede la aplicación del art. 233 del C. Penal por no encontrarse el sujeto de autos en ninguna de las tres situaciones, es decir, que el dinero sustraído no estaba en manos del empleado culpable ni en virtud de un contrato de depósito ni de secuestro, ni consignado en ellas por la autoridad pública. Tienen por objeto evidente esas alegaciones tratar de que sea aplicado el art. 235 del C. Penal, el cual no cita estas tres formas de tenencia de los bienes y que contempla una pena mucho más benévola, ya que se refiere únicamente al uso indebido o distracción momentánea de los caudales o efectos.

La jurisprudencia, sin embargo, ha estado de acuerdo en no dar importancia a estas alegaciones. Podemos citar, entre otras, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique, que dice al respecto: «No son pertinentes al caso la cita de los arts. 2211, 2215 y 2249 del C. Civil (referentes a los aludidos contratos de depósito y secuestro) que se dan como infringidos, por cuanto, con relación a los dos primeros, tratándose de un empleado público cuya función era la de recaudador de dineros públicos, no mantenía en su poder esos dineros en virtud del contrato de depósito a que esos artículos se refieren, y con relación a la última de esas disposiciones legales, porque se disputaran el dominio de ellos dos o más individuos; de donde se desprende que la sentencia, al aplicar la palabra depósito en el sentido genérico, que no es el definido en aquellas ordenaciones dió cumplimiento a la regla de interpretación del art. 20 del C. Civil, ya que no se consideraba la materia determinada prevista en la definición, y corresponde en consecuencia, atribuir a las palabras de la ley sólo su sentido natural y obvio». (51).

Y un completo análisis sobre la interpretación que debe darse a estos términos, de acuerdo con el espíritu del legislador, ha hecho la Corte Suprema en sentencia de 14 de Agosto de 1931. — El reo fundó su recurso de casación en que las palabras de depósito, consignación y secuestro no podían ser aplicadas a los giros postales, porque es de la esencia de esos tres contratos que ellos deben ser gratuitos, y como los giros son cancelados por los particulares, se trataría en todo caso de un arrendamiento de servicios — La sentencia aludida rechazó el recurso, basándose para ello en los siguientes considerandos:

«1.º — Que en los procesos criminales se autoriza el recurso de casación en el fondo solamente por la aplicación errónea de la ley penal; de manera que en la especie corresponde averiguar el sentido y el alcance que en el Código Penal tienen las palabras «depósito, consignación y secuestro» al caracterizar el delito de malversación de caudales públicos;

«2.º — Que, no habiéndose definido en ese Código tales palabras y ni siquiera se trata de esos contratos, deben entenderse en su sentido natural y obvio según el uso general de los mismos, puesto que sólo se les dá su significado legal en las materias para las cuales havan sido expresamente definidas;

«3.º — Que acudiendo al diccionario: «Consignación es poner en depósito, hablando de dinero, entrega», «secuestro, es depositar» y «depósito significa po-

(51), Corte de Apelaciones de Iquique, sentencia de 26 de Setiembre de 1935, no publicada.

“ ner bienes bajo la custodia o guarda de personas que quedan en la obligación de
“ responder de ellos;

“ 4.º — Que si aún pudiera estimarse que no es claro el sentido de la ley pa-
“ ra interpretarlo se puede recurrir a la historia fidedigna de su establecimiento,
“ según la cual dominaba en las diferentes comisiones la intención de abarcar los
“ casos que esos caudales estuviesen «a cargo» de un empleado público, sin ir ja-
“ más a la idea de circunscribirlos a las situaciones que en estricto derecho signi-
“ ficaran las palabras empleadas;

“ 5.º — Que así, pues, todo converge a sostener que las dichas expresiones han
“ sido empleadas no con el significado que tienen en el derecho civil, sino con el
“ alcance común y corriente del que percibe dineros para cumplir un encargo; y
“ de esta manera los jueces le dieron correcta aplicación al precepto aludido, sin
“ incurrir, en consecuencia, en la causal interpuesta». (52).

Iguals consideraciones podemos encontrar en varias otras resoluciones. (53).

No queda, pues, lugar a dudas sobre la interpretación que debe darse a los términos «depósito, consignación y secuestro», empleados por el art. 233 del C. Penal, los cuales, de acuerdo con la citada sentencia de la Corte Suprema, *tienen sólo el sentido común y corriente del que percibe dineros para cumplir un encargo.*

Entonces ¿con qué objeto el legislador se refirió a estas tres formas de tenencia de los bienes, que, por otra parte, no se encuentran en ningún otro código penal, y que son únicamente una manera de complicar la disposición? El art. 405 del C. Penal español de 1870 (art. 399 del C. español actual), que sirvió de modelo para la confección del art. 233 de nuestro Código, no menciona esos contratos.

Veamos las actas que la comisión redactora. En la primera redacción dada al art. 233 del C. Penal, se contempló sólo la malversación de caudales públicos, de acuerdo con el art. 405 del C. Penal español, que sigue ese sistema y que no menciona los caudales o efectos de particulares ni se refiere tampoco a los referidos contratos. (54).

Más adelante, al tratar el art. 238, se objetó la segunda parte de él en el proyecto, relativa a los administradores o depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares, que se contiene en el art. 342 del C. Penal español de 1870 (404 del C. español actual) y que fué suprimida del 238 nuestro.

En esa sesión el señor Reyes observó, entonces, «que en el art. 233 ya aceptado se ha hablado sólo de caudales o efectos públicos puestos a cargo del empleado, y que nada se dice de los fondos de particulares que pueden también quedar en la caja pública, sea por vía de depósito, consignación o secuestro. Unos y otros, agregó el Sr. Reyes, deben tener la misma garantía e imponer igual responsabilidad al que los ha recibido en desempeño del puesto público que ejerce». (55).

(52). Corte Suprema, sentencia de 14 de Agosto de 1931, no publicada.

(53). Gaceta de 1929, Tomo II, pág. 272, sentencio N.º 53, y

» » 1930, » 311, » » 82

(54). Sesión N.º 49.

(55). Sesión N.º 154.

Aceptada esta idea por la Comisión, se resolvió modificar el primer inciso del art. 233 diciendo: «...que tenga a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro». Se le agregó, pues, esta última frase.

La idea de la Comisión Redactora al emplear esos contratos fué, por lo tanto, según mi opinión, de referirse únicamente a los fondos de particulares que pueden llegar a ser manejados por empleados públicos, y citó el depósito, consignación y el secuestro por vía explicativa de las tres situaciones más frecuentes en que esos casos pueden producirse. Pero, en definitiva, el artículo quedó redactado en forma que se extiende también esa situación a los caudales o efectos públicos.

Afortunadamente, la jurisprudencia, como hemos visto, da una justa interpretación a esos tres términos.

33. c) *Que los sustraiga o consienta que otros los sustraigan*:— El tercer elemento del delito de malversación de caudales públicos que contempla el art. 233 del C. Penal es que haya habido un acto fraudulento de sustracción.

Según Garraud el término sustraer no está bien empleado en el delito de peculado, porque malversar los dineros es apropiarse de especies pertenecientes a otro y de las cuales se está en posesión, es cometer un abuso de confianza, mientras que sustraerlos es apropiarse de dineros de los que no se está en posesión, es cometer un robo. La palabra «sustracción» sería, por lo tanto, impropia de esta disposición, ya que se trata de funcionarios públicos que están siempre en posesión de los dineros que se les han confiado. En una palabra, no es un robo lo que la ley prevee y castiga, sino un abuso de confianza. (56).

Pero nuestro Código emplea justamente la palabra sustraer para diferenciar este artículo de los que siguen, en los cuales se contempla ya una forma intencionada de apropiarse caudales públicos, sino una mera distracción de ellos, o uso indebido, o sustracción cometida por un tercero con culpa del empleado.

En el caso del art. 233 es necesario, pues, que haya fraude, intención de apropiarse las sumas, ánimo de no devolver, ya que, como decimos, en eso se diferencia este artículo de los demás, que están contenido en el mismo párrafo, especialmente del art. 235.

De acuerdo con el diccionario, *sustrae* el que se apropia de las cosas de otro apartándolas separándolas, extrayéndolas. Por este motivo, hay bastante analogía entre el hurto y la sustracción que este artículo condena. El hurto se caracteriza por el acto de quitar lo ajeno contra la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrarse. La sustracción que da origen a la malversación del art. 233 requiere en el agente igual intención dolosa de hacer suyo lo ajeno contra la voluntad del dueño; pero no implica, como el medio de llegar a ese fin, el apoderarse de la cosa arrebatándola arbitrariamente del poder del que la posee. Los caudales y efectos públicos están de antemano bajo el poder del depositario público, y le basta, para cometer el delito de peculado, apropiárselos, rompiendo para ello el vínculo de fidelidad y lealtad que lo liga al Estado.

Por eso los romanos decían: «*peculador dicitur qui de principis vel populi oerario furatur*». (Tácito).

(54). Garradu, ob. cit. Tomo IV, N.º 1493.

El que se apodera de una cosa ajena realiza lo que los latinos llamaban a contrarreacción, y la contrarreacción implica la transgresión de los derechos de propiedad y de posesión al mismo tiempo. En cambio, el que comete un peculado sólo viola el derecho de propiedad; la tenencia de la cosa la obtiene de antemano con el consentimiento de la víctima.

En esta tenencia, con voluntad de la víctima, se aproxima este delito a la estafa, con la sólo diferencia que en la estafa la posesión de la cosa se obtiene mediante un engaño, y simultáneamente a la entrega de la cosa concurre la intención dolosa de apropiársela. En la apropiación por sustracción que contempla la malversación de caudales públicos, el dolo es posterior a la entrega de la cosa. En los dos delitos la entrega es voluntaria, pero en el delito que tratamos, además de voluntaria se halla exenta de engaño; la resolución de cometer el delito, lo que los romanos llamaban «dolo malo» surge después.

Nuestro Código, sin embargo, bajo el título de «estafas y otros engaños» contempla el delito de apropiación indebida. Aplica en efecto, las mismas penas del art. 467, relativo a la estafa, «a los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla» (art. 470, N.º 1.º). A este delito, por su analogía en el fondo con la apropiación que incide en el peculado, son extensivas las diferencias con la estafa misma que hemos anotado (57).

34. De acuerdo con la ley, los empleados públicos y comisionados que tengan a su cargo la recaudación o custodia de fondos o bienes fiscales, deben renunciar previamente una caución, cuyo monto será el que fijen las leyes, o en su defecto, el que señale el Presidente de la República, a propuesta del Contralor (58).

Ahora bien, el funcionario cuyos actos en el desempeño de su cargo están garantizados por una caución, que sustrae fondos manejados por él, cuya suma no alcanza al valor de la garantía ¿comete el delito de malversación de caudales públicos del art. 235 del C. Penal? ¿Existe apropiación dolosa de los fondos aún cuando él sabe que ellos van a ser necesariamente restituidos con la caución?

Una sentencia de la Corte de Casación Italiana establece expresamente la respuesta negativa a estas interrogaciones, al declarar que «dos son los requisitos del peculado: calidad de funcionario y fin de lucro; no hay lucro cuando lo sustraído es inferior a la suma versada en caución». (59)

De acuerdo con esta sentencia, en la Enciclopedia Jurídica Italiana, puede verse expuesta la teoría de que mientras el delito de peculado por sustracción existiría siempre que el hecho del funcionario público vaya acompañando del ánimo de no devolver, no se realizaría, sin embargo, dicho delito cuando el oficial público tenga caución superior al monto de lo malversado o tuviese el dinero a riesgo o peligro propios (60).

Esta tesis está sostenida, además, por Pessina. Dicho autor se basa en dos fundamentos: en primer lugar, porque el funcionario que sustrae una suma de dinero que no excede de la caución rendida, sabe que esa cantidad va a ser restituída

(57). Ver Irureta Goyena, ob. cit., pág. 140.

(58) Reglamento Orgánico de la Contraloría General de la República Decreto N.º 955, de 20 de Abril de 1933, artículo 178

(59). Revista Penal Italiana, volumen XXXVIII, pág. 511, sent. N.º 1424.

(60). Ob. cit. Tomo VII, pág. 42.

da; y, en segundo lugar, porque el requisito de lucro, necesario para constituirlo responsable del crimen de peculado, vendría a faltar frente a la existencia de la caución que garantiza la suma malversada. "No hay razones morales, dice, para que el funcionario público en un caso semejante delinca, cuando sabe que disponer de una cosa que ha llegado a ser suya y que él ha garantizado con su propia caución". (61).

Esta opinión me parece errada, por cuanto el empleado que ha garantizado el leal desempeño de sus funciones con una caución, no puede reputarse por ello dueño de una parte o del total de los fondos que maneja. No hay razones jurídicas sobre las cuales basarse para sostener la tesis que un funcionario pueda tener la propiedad de los bienes que recibe en entrega y pueda disponer de ellos, y creo que en caso de sustracción de esos fondos, comete el delito de peculado, aún cuando por razón de su garantía reponga más tarde lo tomado indebidamente.

Así lo ha resuelto, por lo demás, la I. Corte de Iquique al aplicar el art. 233 a un empleado público aún cuando los valores sustraídos habían sido reintegrados por la institución que lo afianzaba, basándose en que ese reintegro no era más que el cumplimiento de una obligación legal del fiador a favor del afianzado, y no un desprendimiento voluntario del patrimonio del culpado. (62).

Esta sentencia, sin embargo, se excedió un poco en la doctrina, pues, yo creo que, aplicando nuestro Código en el caso propuesto debe entenderse, si el fiador restituye lo malversado por el afianzado, que ese reintegro debe tenerse como la atenuante que contempla el art. 235, ya que, como veremos más adelante, lo esencial en el delito que nos ocupa no es la intención del autor, sea de apropiarse en realidad el dinero que toma de la caja pública, o de usarlo tan sólo momentáneamente, sino que dicha caja sea en definitiva cubierta y no sufra un perjuicio con el hecho delictuoso. La razón, en realidad, por qué se aplicó el artículo 233 a pesar del reintegro en la sentencia citada, fué porque el reo alegó, en lugar de la atenuante del reintegro del art. 235 la del N.º 7.º del art. 11 del C. Penal, o sea, la de haber procurado con celo reparar el mal causado, circunstancia que, en realidad, no se cumple cuando es un tercero, en este caso el fiador, y no el culpable mismo el que repara el mal causado, reintegrando el valor de lo sustraído.

Pero en ambos casos, o sea, tanto cuando se trata de una apropiación definitiva como cuando se toma el dinero para reintegrarlo mas tarde, el abuso de funciones que se comete debe ser castigado, aún cuando haya una caución superior a lo malversado. Contra la opinión de Pessina, creo que el empleado delinque igualmente en ambas situaciones y su delito no debe quedar sin castigo.

Vemos que Pessina, así como todos los que opinan como él en esta materia, parte del principio de la necesidad de un fin de lucro para que exista el peculado.

¿Quiere esto decir que no habría fin de lucro por parte del empleado que sustrae cuando la suma malversada no exceda del valor de la caución que precedentemente ha rendido? Según mi parecer, el lucro o provecho en este caso, aún cuando el malversador sabe que va a restituir necesariamente lo que sustrae, es evidente, por cuanto de lo consignado a título de caución o de la suma afianzada por una institución o por un tercero él no puede disponer en el momento que quie-

(61) Pessina, Elementos de Derecho Penal, Tomo III, pág. 59.

(62), Gaceta de 1930, pág. 311. sen. N.º 82.

ra; que es el momento en que pone su mano en los fondos puestos a su cargo por la administración pública.

Por lo demás, el fin de lucro en el delito de peculado se confunde y es una sola cosa con la intención del delincuente de sacar provecho de su acto, y por esto existe tanto en la malversación definitiva del art. 233, como en el uso indebido de que trata el art. 235. Y esto contra la opinión expresada por la Enciclopedia Jurídica Italiana, en donde se lee: «Tampoco se puede hablar de fin de lucro en la hipótesis de peculado por distracción, en que la caución supera al valor del hecho, porque el culpable en nada aumenta su propio patrimonio». (63)

En el peculado por distracción, como veremos y como lógicamente se deduce no es el fin del culpable aumentar su patrimonio sino momentáneamente, mientras satisface el objeto de la distracción, por lo que, vuelvo a insistir, el fin de lucro y el delito mismo existen tanto cuando hay caución como cuando no la hay o cuando lo malversado excede del valor de ella.

Algunas legislaciones establecen una pena especial para el caso analizado, es decir, cuando el empleado ha rendido caución superior o igual al monto de lo sustraído. El Código del Ecuador, por ejemplo, dice en su art. 256: «Si el abuso no excede de la fianza, se castigará al culpable con la mitad de la pena precedente». El Código Penal de Bélgica dispone, igualmente, en su art. 240: «Si la distracción no excediere de la fianza, el culpable será castigado con la prisión de seis meses». El Código Penal francés contiene igual disposición.

Es más lógico, como vemos, considerar la circunstancia de haber caución superior a lo malversado como una circunstancia atenuante, de acuerdo con las legislaciones citadas, y como nuestro Código lo dispone también de una manera indirecta en su art. 235, al considerar como atenuante el reintegro de los fondos, sin hacer excepción al caso en que éste sea hecho por el fiador en lugar del culpable; y no como un eximente de responsabilidad, según cree Pessina.

Citaremos, por vía ilustrativa, el Código del Cantón de Tessina, en cuyo artículo III, párrafo 2.º, se estatuye que «la caución prestada por tercera persona no se calcula para disminuir el daño, pero si la caución fué prestada por el reo de sus propios bienes, por una suma mayor o igual al daño, la pena se disminuirá en un grado». Salta inmediatamente una objeción: en caso de que los fondos malversados sean reintegrados en razón de una caución o independiente de ella ¿puede el Tribunal saber si los fondos devueltos provienen de un tercero o del patrimonio del reo, y es lógico que el primer caso no considere ese reintegro como atenuante? Creo que en ambos casos será el culpable el que, en definitiva, responda de los fondos sustraídos, ya sea directamente ante la caja pública o ante el tercero que se los facilita, y, por lo demás, lo importante para la administración es que ese reintegro se verifique, por lo que conviene más a dicha administración una legislación que, por medio de una disminución de la pena, inste al culpable del delito de peculado a reponer lo sustraído, sea con sus propios fondos o por medio del cumplimiento de su garantía u obteniéndolos de un tercero.

35. *Sustracción cometida por un tercero con el consentimiento del empleado que tiene a su cargo los caudales o efectos.* — No sólo es responsable del delito de

(63). Ob. cit. Tomo VII, pág. 42.

malversación de caudales públicos el empleado que sustrae fondos, sino también el que consiente que otros los sustraigan.

A primera vista la ley hace aquí una excepción a la regla general, pues, castiga en idéntica forma al autor directo del delito y al que consiente en que éste se efectúe.

Pero el art. 15 del C. Penal, que dice quienes se consideran autores, contempla a los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho (N.º 3), y en el caso que tratamos, el empleado público que acepta la sustracción de los fondos a su cargo, ejecutada por un tercero con su consentimiento, facilita con ello el principal medio de llevarse a cabo la malversación.

Por eso, de acuerdo con esta doctrina general de derecho penal, según la cual la responsabilidad como autor de un delito alcanza al que coopera a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se pudiera efectuar, aunque el art. 233 del C. Penal no hubiera dicho nada al respecto, el empleado público que consintiera en una sustracción de caudales a su cargo ejecutada por un tercero, hubiera sido castigado como autor de ella en la mayoría de los casos.

De todas maneras, la ley ha hecho bien en dejar claramente establecida esta circunstancia, haciendo extensivo el precepto para todos los casos, así para aquellos en que el consentimiento del empleado es causa necesaria del delito, como para aquellos en que sólo es causa accidental del mismo. La deslealtad al Estado y la alarma pública son de iguales proporciones en ambos casos.

36. Ahora, respecto a la calificación del delito y a la pena que ha de corresponder al tercero que realiza una sustracción de fondos públicos con el consentimiento del funcionario encargado de su custodia, surge la siguiente cuestión: este tercero, ya sea un simple particular o un empleado público ajeno a la tenencia de los fondos, ¿será reo del delito de malversación previsto en este párrafo y deberá ser castigado con la misma pena que el empleado público que prestó su consentimiento, o será tan sólo responsable de un delito de apropiación indebida o simple robo, y sufrir la pena correspondiente? De acuerdo con la legislación chilena, es indiscutible que la opinión favorecida debe ser esta última, pues el art. 233 del C. Penal se refiere única y exclusivamente al empleado público que tiene caudales o efectos públicos o de particulares a su cargo, y al tercero sólo para determinar la responsabilidad que alcanza al empleado que ha prestado su consentimiento para la consumación del delito.

Y el fundamento doctrinal indubitable que corrobora esta aserción es el que consigna que las circunstancias agravantes o atenuantes que consisten en relaciones o causas personales, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren también dichas circunstancias, y en el caso en estudio, la calidad de funcionario público, que no es en este delito sino una circunstancia agravante y personalísima, alcanza sólo al empleado que consiente en la malversación efectuada por un tercero; y en los casos que este tercero es también empleado público, ajeno a la administración de los fondos sustraídos, no se cumpliría con el requisito indispensable que exige el artículo 233, que los caudales o efectos sustraídos estén a cargo del culpable.

Una sentencia de la Corte de Casación francesa, declaró a este respecto, que la cooperación del encargado de un funcionario público en las malversaciones

de dineros cometidas por ese empleado, lo hace acreedor a las mismas penas que el funcionario, basándose para ello en el art. 59 del C. Penal francés, que establece que los cómplices de un crimen o un delito, serán castigados con la misma pena que los autores de ese crimen o delito, salvo los casos en que la ley haya dispuesto otra cosa. (64). Pero en los casos en que inciden esas resoluciones, no se trata de simples particulares que cooperan en la malversación, sino de comisionados, que, al ejercer cargos públicos, quedarían dentro de los términos del art. 260 del C. Penal, aunque no sean de nombramiento del Estado, y quienes, seguramente, ayudaban al funcionario del cual dependían en el manejo de fondos, cumpliéndose, con esto, todos los requisitos que harían aplicar, de acuerdo con nuestra legislación, las disposiciones que rigen la malversación de caudales públicos, es decir, que sean empleados públicos según los términos del art. 260 y que tengan a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares. Vemos, pues, que no constituyen dichas sentencias una excepción a la doctrina general enunciada.

Pero el particular que sustrae fondos con el consentimiento del empleado público, aún cuando se vale de la corrupción del funcionario para cometer su delito, no podrá ser considerado autor de peculado, según nuestra legislación, porque en ninguna parte se le hacen extensivas las penas señaladas.

No obstante, he puesto en tabla este asunto porque hay autores que sostienen que el particular que, con el consentimiento del empleado público, comete una sustracción, es reo del mismo delito que el propio empleado Groizard, por ejemplo, dice textualmente: «Indúcenos a ello la consideración de que, sólo defendiendo que al particular que sustrae fondos públicos debe imponérsele la misma pena que al empleado que presta para ello su consentimiento, resulta la individualidad con que en el Código aparecen siempre descritos y penados los delitos. En la acción por el texto incriminada hay perfecta unidad; el particular no obra con independencia del empleado público; sabe, por el contrario, que bajo su custodia están los caudales de que quiere apoderarse, y en lugar de intentar sustraelos, burlando su vigilancia, apela a la corrupción, y en la infidelidad del funcionario busca y encuentra el medio más reprobado de consumir un acto que, por ser instrumento moral del mismo un agente oficial, reviste el carácter de delito social. Si así no se entendiese este artículo, agrega, habría que convenir en que la acción, a pesar de su evidente unidad, no constituiría uno sino dos delitos distintos, y las personas que en ella intervinieran, a pesar de haber obrado de acuerdo en todo, resultarían reos de dos títulos diversos de delincuencia». (65),

Podemos citar también la opinión al respecto de Viada, que dice: «El particular que tiene participación o intervención como coautor, cómplice o encubridor en un delito de malversación de caudales públicos, cometido por un funcionario público, ¿deberá ser castigado también con las penas del artículo 405 del C. Penal? En contra de la opinión sostenida por algunos jurisconsultos y comentaristas, entre otras el respetabilísimo Sr. Pacheco, no podemos menos de resolver la cuestión en sentido afirmativo, por las mismas razones que la jurisprudencia francesa ha resuelto este asunto; fundándose en que el particular cul-

(64). Sent. de 15 de Junio de 1860. Igual doctrina en sent. de 14 de Setiembre de 1854.

(65). Groizard, ob. cit. pág. 296.

“ pable del delito ayuda necesariamente al otro culpable en los hechos que consuman la acción”. (66).

Pacheco, otro comentarista del Código Penal español, aboga, en cambio, en favor de la opinión contraria, diciendo, en su comentario del art. 405 del C. Penal español, idéntico al 233 del nuestro: «Conjuntamente con los empleados que cometen este delito, pueden concurrir particulares que sean co-autores, cómplices o encubridores en él. El presente capítulo no dice sobre ellos nada; pero claro está que no es aquí donde debe buscarse su pena. Tales delitos, en tales delinquentes, son sólo privados, y corresponden a títulos «diversos en el Código». (67).

Existe, como vemos una gran diversidad de opiniones al respecto; pero yo, creo, como Pacheco, que es necesario respetar en este punto el espíritu del legislador que quiso que se aplicaran las penas del párrafo en estudio únicamente a los empleados públicos, ya que sólo ellos pueden cometer el delito agravado por la circunstancia de ser agentes de la autoridad administrativa del Estado, y faltar con su ejecución a la confianza pública que les es otorgada.

Don Raimundo del Río opina asimismo que los particulares, entendiéndose por tales los que no son empleados públicos, o tenedores de determinados caudales y efectos, o que, siéndolo, no están a cargo de lo malversado, no quedan comprendidos en las disposiciones que tratan estos delitos, sino en las relativas a los delitos de estafa. (68).

Encontraremos, seguramente, muy poca luz a este respecto en las legislaciones extranjeras, ya que no existe concordancia alguna en cuanto al peculado cometido, no directamente por el funcionario público, sino por otro con su consentimiento.

El Código del Perú anterior al actual, que es de 1924, fué modificado por una ley especial de 24 de Octubre de 1896, que reformó los artículos 194, 195 y 196 de dicho cuerpo de leyes relativos a la malversación de caudales públicos, y que agregó, entre otras modificaciones, al art. 196 el siguiente inciso: «Los particulares que sean coautores, sufrirán las penas designadas en los artículos 195 y 196, disminuídas en dos términos». Esta disposición, que es la única que he podido encontrar en las legislaciones extranjeras en este sentido, y que corrobora lo que vengo sosteniendo, que no puede castigarse con igual pena al empleado público ni al particular, no fué conservada en el Código peruano actual.

Terminaremos diciendo que no sólo se excluye de este delito a los simples particulares que sustraen fondos públicos, sino también a los que, como dice el señor del Río, siendo empleados públicos no están a cargo de las sumas sustraídas, pues, como ya lo he dicho, es esencial en el delito de peculado que esos fondos estén a cargo del culpable, en cualquier concepto que sea.

(66). Código Penal, Tomo II, pág. 652. Sent. de 15 de Junio de 1860, publicada en el Boletín Criminal, pág. 238.

(67). El Código Penal, Tomo II, Pág. 508.

(68). Derecho Penal, Tomo III, pág. 187.



CAPITULO QUINTO

Penalidad

57. Pasaremos ahora al examen de las penas que la ley aplica al delito de malversación de caudales públicos del art. 233 del C. Penal.

Este artículo fija una escala de graduación de la pena según el monto de lo sustraído, que es la siguiente:

1.º Presidio menor en su grado medio, si la sustracción no excede de cincuenta pesos;

2.º Presidio menor en su grado máximo, si excede de cincuenta pesos y no pasa de quinientos pesos;

3.º Presidio mayor en sus grados mínimo a medio, si excede la sustracción de quinientos pesos.

La pena general, como vemos, es el presidio. Esta es una de las excepciones consignadas en la ley de 23 de Junio de 1868, que señala los casos en que, por excepción, es admisible la prisión por deudas. Dice en su artículo único: «La Prisión por deudas tendrá lugar en los casos siguientes: 3.º Contra los administradores de rentas fiscales, municipales o de establecimientos de educación o beneficencia o sostenidos por el Estado o sujetos a la inmediata inspección del Gobierno».

Es claro que en el delito en estudio no se castiga con presidio la simple deuda o el simple déficit que resulte en la caja pública, sino que lo que la ley declara punible es la sustracción de esos bienes por los empleados que los manejan. Pero hago mención a la citada ley porque, según más adelante veremos, existe una presunción de culpabilidad basada en el simple déficit, que hace al empleado, si no prueba fuerza mayor o caso fortuito, acreedor a las penas señaladas en el Código Penal.

Este sistema de penalidad progresiva que contempla nuestro Código se encuentra en un buen número de Códigos extranjeros (español, francés, paraguayo, de algunos cantones suizos, etc.); pero las legislaciones modernas se han inclinado a señalar una sólo pena, sin graduación, pero extensa, dentro de la cual el juez puede, de acuerdo con la circunstancias agravantes o atenuantes que concurran adoptar una mayor o menor rigurosidad.

El Código Penal alemán, por ejemplo, (arts. 350 y 351) castiga estos hechos sin consideración a la cantidad de la suma malversada, con prisión de dos meses a lo menos, con privación facultativa de los derechos cívicos y con reclusión hasta de 10 años si la acción se hubiese cometido con ayuda de registros falsos o de irregularidades llevadas a cabo por el funcionario.

El Código de Italia contiene, asimismo, una pena general, de 3 a 10 años de prisión y multa no inferior a 1000 liras (art. 314). El Código de Méjico no fija tampoco graduación alguna para aplicar la pena de peculado. Dice únicamente: art. 219: «Al que cometa el delito de peculado se le aplicarán de 6 meses a 12 años de prisión, multa de 10 a \$ 3 000 y destitución de empleo o cargo e inhabilitación de 2 a 6 años».

Como vemos, la tendencia actual es fijar la pena atendiendo a la peligrosidad del delincuente, es decir, de acuerdo con las modulaciones que presente el sujeto del delito, y nuestro código sigue un sistema netamente objetivo, ya que gradúa la pena conforme al monto de lo malversado.

Por eso se hacen diversas críticas a este sistema progresivo, críticas que datan desde la discusión del proyecto de Código Penal francés. No es justo, se dijo, que el mismo hecho pueda, porque el perjuicio se eleva en un franco más o menos, cambiar de naturaleza y llegar a ser, según la cifra definitiva de la malversación, sea un delito, sea un crimen. (69).

A estas observaciones contestó M. Berlier que, en la estricta rigurosidad de los principios, el dinero que se tiene o recibe por otro, en este caso el Estado, para su custodia o para emplearlo en un fin determinado, es un depósito sagrado que nadie puede tocar sin ser culpable, y esta culpabilidad no puede graduarse sino de manera que el depositario imprudente, que no ha malversado sino una muy pequeña parte del depósito, y para subvenir a necesidades urgente, sea castigado con menos intensidad que aquel que se apropia fraudulentamente de todo lo confiado. Por último, agrega, hay una razón política que por sí sólo debería hacer admitir la penalidad progresiva como la más adecuada; si la sustracción ligera o parcial fuera castigada tan rigurosamente como la sustracción mayor o total, el culpable no tendrá interés en moderarse, sustraerá lo más que pueda, y de esta manera, el sólo objeto de la asimilación completa, sin consideración al monto de lo malversado, será arrebatar a la fortuna pública y particular una parte de sus garantías. (70).

Estos comentarios son, por lo demás extensivos para todos los delitos contra la propiedad en que el Código sigue el mismo sistema, es decir, el hurto y la estafa, y se basan únicamente en elucubraciones teóricas, sin contemplar el prin-

(69). Chaveau y Hélie, Tomo II. N.º 798.

(70). Observaciones hechas al proyecto francés. Chaveau y Hélie, Tomo II, N.º 798.

go de otros extranjeros, por ejemplo, del C. Penal francés, que contempla especialmente la sustracción de actas, títulos o piezas dentro del título general de «sustracciones cometidas por los funcionarios públicos».

Lo que el art. 237 castiga es la desobediencia, la falta a la autoridad, por cuanto esa falta puede llegar a convertirse, a no mediar la entrega efectiva de la cosa, en una verdadera apropiación de ella; pero no hay que creer que es aquí donde debe buscarse la pena correspondiente a una sustracción indebida de cosa mueble efectuada por un empleado público, ni siquiera a una resistencia a entregarla fundada en motivos de lucro personal, pues en los casos en que la negativa a la autoridad competente tenga por causa un acto doloso o interesado, la ley aplicable no será ésta ni la ligera pena de suspensión que se indica en este artículo, sino aquella que contempla los delitos contra la propiedad, y más particularmente, el de apropiación indebida definido por el art. 470. N.º 1, que dice: «Las penas del art. 467 (que se refiere a la estafa propiamente dicha) se aplicarán también: 1.º A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla».

Groizard, comentarista del Código Penal español, dice a este respecto: «hay mucho censurable en negar sin razón a la autoridad competente la entrega de una cosa puesta bajo la custodia de un funcionario público; cualquiera que sea el propósito y el fin con que se dé esa negativa, produce siempre cierta alarma, y este hecho en sí, y estas primeras, aunque no definitivas resistencias, independientemente de sus móviles, es lo que aquí el legislador, en nuestro concepto, únicamente ha querido castigar al redactar como lo ha hecho el art. 409 del C. Penal». (116).

(116). Código Penal, art. 409, pág. 291.

ción de quinientos pesos, cualquiera que sea dicha cantidad, mientras que el C. Penal español recorre una escala desde 100 pesetas hasta 100.000 aplicando la mayor pena establecida cuando la malversación sobrepasa de dicha cantidad.

El valor de lo malversado se determina, en el caso de sustracciones sucesivas, no por la cifra particular de cada malversación, sino por la cifra total de todas las sustracciones perseguidas, pues la ley no hace ninguna distinción entre los casos en que las sumas sustraídas lo hayan sido de una sola vez o en varias veces sucesivas.

El art. 537 del Código de Procedimiento Penal dice al respecto: «En los casos de reiteración de simples delitos de una misma especie, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un sólo delito, aumentándola en uno, dos o tres grados», y este artículo debe ser aplicado en relación con la ley 3988, de 20 de Octubre de 1923, que le agrega los siguientes incisos: «Si por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieran estimarse como un sólo delito, el Tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor, aumentándola en uno, dos o tres grados, según sea el número de delitos». «Podrán, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguir este procedimiento, hubiere de corresponder al reo una pena menor. Las reglas anteriores se aplicarán también en los casos de reiteración de una misma falta. Para los efectos de este artículo, se consideran delitos de una misma especie, aquellos que estén penados en un mismo título del Código o ley que los castiga».

Sin embargo, la jurisprudencia ha estimado «que en los casos de malversación de caudales públicos la ley ha fijado un largo período de duración de la pena, con el objeto de que el juez, al aplicar la penalidad, tome en cuenta el monto total de las sumas malversadas, por lo cual, tratándose de este delito especial, no puede haber reiteración del hecho como circunstancia influyente para el aumento de la penalidad, ya que esa reiteración es propia y constitutiva de este delito». (71).

Las malversaciones sucesivas, como decíamos anteriormente, deben, pues, ser reducidas a un sólo delito, y de acuerdo con el monto total de lo que resulte de ellas, deberá el juez buscar la pena en la escala del art. 233.

39. De acuerdo con el Código Penal francés, si el valor de lo malversado excede de 3.000 francos, el culpable deberá ser castigado con una pena temporal de trabajos forzados, según se desprende del art. 169, y el art. 170 aplica esta misma sanción, «cualquiera que sea el valor de los dineros o efectos sustraídos, si este valor iguala o excede sea a la tercera parte de los fondos o del depósito, si se trata de dineros, sea a la fianza, si se trata de un fondo o de un depósito destinado a un crédito sujeto a fianza, sea, en fin, a la tercera parte del producto común de la caja durante un mes, si se trata de fondos compuestos de entradas sucesivas y no sujetos a caución».

Según la ley francesa, entonces, si la suma malversada excede de la caución la severidad no es excesiva, ya que la garantía de la caución precave toda clase de perjuicio. Cité anteriormente otras legislaciones que adoptan este mismo sistema. (N.º 31)

Pronuncia el Código francés la pena de trabajos forzados cuando la malver-

(71). Gaceta de 1929, pág. 256, sent. N.º 49, cons. 11.º

sación excede del tercio del interés común del ingreso durante un mes, si se trata de una caja compuesta de entradas sucesivas y no sujetas a caución. Esta disposición fue objetada en el Consejo de Estado francés, al aprobarse el Código Penal, por M. Berlier, quién hizo constar «que el término de un mes le parecía corto
 “ y que el tercio de los pequeños ingresos no ofrecería, ordinariamente, más que
 “ una suma muy exigua, cuya sustracción, hecha con la esperanza de reembolsar
 “ sería demasiado castigada por los trabajos forzados. (72).

Esta crítica, hecha durante la discusión del Código Penal francés, fué adecuada al tiempo de su ocurrencia, o sea, en 1809, época en que podría parecer normal decir que el producto de los ingresos durante un mes a una caja pública, no ofrecería sino una exigua suma. En cuanto al ánimo de reembolsar a que hace mención el objetante, es este uno de los inconvenientes que presentan las legislaciones que, como la francesa, no distiguen entre la sustracción definitiva y el simple uso temporal de los fondos.

Si los valores malversados valen menos de 3.000 francos, o son inferiores a las diversas medidas que señala el art. 170, el hecho no es más que un simple delito, y el art. 171 señala para ello la pena de prisión de 2 a 5 años.

Como vemos, el Código Penal francés, señala únicamente dos grados de penalidad, según que lo sustraído exceda o no de 3.000 francos, sistema que puede prestarse con mucha mayor razón que el nuestro las críticas señaladas anteriormente.

Los autores franceses se han encontrado, en este punto, con un pequeño problema: si por una posible casualidad la suma malversada por un empleado público es exactamente igual, franco por franco, a 3.000 francos, ¿que pena deberá aplicarse? El comentarista Blanche estima que deberá aplicarse el número que trate el culpable con más indulgencia, y esta debe ser la solución si se atiende a la lógica y a las reglas generales de Derecho Penal. «Pero no sería necesario llevar
 “ el respeto a los textos hasta creer, como lo he visto no sé donde, agrega Blan-
 “ che, que el hecho no es castigable por ninguno de estos dos artículos, y que es
 “ en otra parte donde hay que buscar la represión». (73). Este «no sé donde» a que se refiere Blanche, es la opinión de Carnot, el cual pretendió que, en esta hipótesis, no se podría aplicar al culpable ni la pena establecida en el art. 169 ni la prevista por el art. 171 del C. Penal, «porque no puede el juez suplir el silencio
 “ de la ley penal, que no contempla este caso». (74). Esta interpretación carece de toda lógica.

40. Ahora surge una pregunta, ¿será necesario dejar bien establecida la cuantía de lo malversado para poder aplicar la pena?

Una sentencia española nos dice al respecto: «No puede aplicarse la pena
 “ del delito de malversación de caudales públicos cuando no se ha determinado
 “ en el proceso la cuantía de la sustracción llevada a cabo, ya que falta en este
 “ caso el requisito base para la penalidad». (75).

Sin embargo, me parece que, en este caso, de acuerdo con la culpabilidad

(72). Chaveau y Hélie, *Théorie du Code Pénal*, Tomo, II, N.º 798.

(73). Blanche, *Code Penal*, Tomo III, N.º 355.

(74). Garraud, *ob. cit.*, Tomo IV, N.º 1494.

(75). Sentencia de 6 de Mayo de 1881, publ. en la *Gaceta* de 22 de Agosto de ese mismo año.

probada en la sustanciación del juicio, el juez debe aplicar una pena proporcional a ella y conforme también con la cuantía que aproximadamente resulte. No es posible, creo, que se presente el caso en que no se pueda, mediante un exámen de las cuentas, llegar a una cantidad aproximada siquiera a la verdaderamente sustraída, y no es suficiente la no determinación precisa para dejar impune un hecho delictuoso, cuando la culpabilidad está probada. Jiménez de Azúa y J. Antón Ortega son de la misma opinión. Dicen, en efecto: «cuando no sea posible determinar la cantidad sustraída, el Tribunal impondrá a su prudente arbitrio la pena que estime procedente entre los límites señalados». (76).

41. En su inciso 2.º el art. 233 del C. Penal agrega para todos los casos la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, la que debe ser aplicada de acuerdo con el art. 28 del Código.

Con respecto a la inhabilitación para cargos y oficios públicos, puede suceder, en el caso de un delito cometido durante el desempeño de un cargo temporal o ejecutado por un depositario momentáneo de fondos públicos, que deba aplicarse la pena accesoria de suspensión de empleo al que no tiene ninguno, o de inhabilitaciones, que en estos casos importan incapacidades, imposible de hacerse efectivas.

Esta situación se hizo presente en una sesión de la comisión Redactora. (77). Se subsanó este defecto a propósito del art. 304 del Código, que dice: «Cuando empleando las reglas anteriores para aplicar la pena, no pudiere ésta determinarse por falta de grados inferiores, o por no ser aplicables la de inhabilitación y suspensión, se impondrá la última que contenga la respectiva escala gradual». En realidad esta disposición a primera vista rige tan sólo para el párrafo que la contiene, que trata de la evasión de los detenidos, pero de acuerdo con don Pedro Javier Fernández, esta disposición debe estimarse general para todos los casos análogos, aún cuando no se haya expresado, porque fué sin duda ese el propósito de la Comisión Redactora. (78). En efecto, en esa misma sesión «se hizo presente, con respecto a la regla 5.ª del art. 61, que pueden ocurrir casos en que la respectiva escala gradual castigue con penas superiores a la multa, pero que no sean aplicables como sucedería con la inhabilitación especial o la suspensión, tratándose de reos que no tengan empleos públicos. En tales casos, es necesario que se descienda a la multa, y para que así se entienda claramente, se modificó el inciso en estos términos»: (la forma que tiene el número 5.º del art. 61, que dice: «Si al poner en práctica las reglas precedente no resultare pena que imponer por falta de grados inferiores, o por no ser aplicables la de inhabilitación suspensión, se impondrá siempre la multa».

Igual precepto contiene el inciso tercero del art. 77 del C. Penal, al establecer: «faltando pena inferior, se aplicará siempre la multa»).

Tenemos, entonces, que en los casos de culpables de malversación que no sean empleados públicos, caso que puede suceder como vimos anteriormente (N.º 20), cuando la pena que deba aplicarse sea la de inhabilitación o suspensión, deberá ésta ser reemplazada por la de multa.

(76). Ob. cit. pag. 110.

(77). Sesión N.º 172.

(78). P. J. Fernández: Código Penal, pág. 50.

CAPITULO SEXTO

Distracción de fondos

42. *Art. 235 del C. Penal.*— Pasaremos ahora a otra forma de cometerse el delito de malversación de caudales públicos que contempla nuestro código, o sea, al simple uso indebido o aplicación a usos propios o ajenos de los fondos públicos o de particulares que maneja el empleado público.

Como a la simple vista puede apreciarse, existe una gran diferencia, tanto moral como práctica, entre el funcionario que sustrae dolosamente los fondos públicos o de particulares a su cargo, con el fin de apropiárselos definitivamente, y aquel que emplea en su uso personal o en cualquier otro objeto diferente de aquel a que estén destinados, los caudales que le han sido confiados, con el propósito de cubrir oportunamente esa diferencia. En ambos casos, sin duda, existe una falta a la confianza pública, un delito claramente determinado y penado por la ley, a pesar de la diferente gravedad que presentan.

La gran dificultad, empero, con que se encuentra el legislador para aplicar la pena de acuerdo con esa mayor o menor gravedad dependiente de la intención con que se comete el delito, consiste en poder delimitar claramente el empleo momentáneo o simple uso indebido de fondos de la malversación fraudulenta, es decir, diferenciar de un modo preciso los casos en que hay intención de apropiárselos de aquellos en que esta intención no concurre.

¿Qué circunstancia pueden determinar esa intención dolosa? ¿Debe ser presumida por el sólo hecho de la sustracción, o es una consecuencia necesaria de la imposibilidad en que se encuentra el empleado de restituir los efectos que le han confiado?

Sabemos que el hecho mismo del apoderamiento de los caudales o efectos es uno sólo para las dos especies de malversación, tanto para la sustracción definitiva como para la simple distracción de ellos, pues ambos hechos consisten en el acto del empleado público de poner su mano en los fondos que custodia. En cuanto a la imposibilidad de restituir, no siempre ella proviene necesariamente de la intención fraudulenta del empleado, pues puede ocurrir que el ánimo haya sido de reintegrar, pero que más tarde sobrevenga la insolvencia que lo coloca en la imposibilidad de hacerlo.

Como en el artículo 233 se trata de una sustracción definitiva y fraudulenta, es indudable que es necesario que los dineros hayan sido verdaderamente sustraído por el empleado público, y que esa sustracción haya sido efectuada con el ánimo de apoderarse definitivamente de los dineros, pues el simple uso ilegítimo de ellos, con ánimo de reintegrarlos, tiene cabida en el artículo 235 que tratamos.

Pero el límite que separa lo intencional de lo no intencional en este delito, o sea, que separa el caso del art. 233 del art. 235 tiene mucho de inmaterial, y por eso es difícil apreciar su extensión en el terreno práctico.

Uno de los medios para determinar ese fin culpable o intencional, que aparece raramente manifestado por los hechos, sería buscar sus indicios, no en el hecho material de la malversación, sino en su concurrencia con la insolvencia del culpable tanto en el momento de cometerse el delito como en el de la exigibilidad de las sumas malversadas. Chaveau. y Hélie dicen al respecto: «Se presume que el mandatario que se hace insolvente ha debido conocer su posición, y saber que exponía los dineros de su mandante haciéndolos servir en su beneficio personal. El delito no existe, pues, sino desde el día en que la restitución es denegada o llega a ser imposible, desde el momento en que el mandatario ha sido puesto en mora de restituir. Esta teoría, agrega (pues habla del delito de abuso de confianza del art. 408 del C. Penal francés) debe necesariamente aplicarse a las sustracciones cometidas por los funcionarios, puesto que estas malversaciones no constituyen por sí mismas más que un abuso de confianza, agravado únicamente por el abuso de funciones que en ellas incide.» (79)

Sin embargo, esta doctrina no ha sido enteramente aceptada por la jurisprudencia francesa. El mismo autor cita a continuación una sentencia que, recayendo, es verdad, en un asunto en que la intención fraudulenta del inculpado estaba netamente declarada, decide que hay malversación, en el sentido del art. 169, de parte del depositario público que, puesto en mora de entregar, se resiste a restituir las sumas por él recibidas, con la intención de apropiárselas en todo o en parte, ya que no es absolutamente indispensable que esta intención haya recibido una realización absoluta y momentánea, y el sólo hecho de una retención ilegítima y dolosa del que malversa los fondos recibidos por asignación legal o convencional constituye la malversación punible de parte de un depositario público; que tanto la remesa o la consignación efectuada tardíamente y ya iniciadas las acciones judiciales, como la solvencia más o menos real de aquel que ha cometido la malversación, son circunstancias que no influyen en la desaparición del delito »

No concuerda con nuestra legislación la teoría sustentada por esta sentencia, por las siguientes razones: en primer lugar, con respecto a la constitución en

(79) ob, cit. Tomo II, N.º 792. —

mora del empleado, creo que no puede ser éste un requisito de la malversación. Mientras en materia de derecho civil la constitución en mora es en algunos casos necesaria, en materia penal no hay necesidad de constituir en mora a nadie para advertirle que ha cometido un crimen. En segundo lugar, en cuanto a la insolvencia del empleado, veremos más adelante que la ley atiende solamente a dos elementos para determinar la calificación del delito, que son el reintegro de lo sustraído, y el daño o entorpecimiento causado con él al servicio público, sin entrar en ningún momento a regular la pena de acuerdo con la solvencia del autor o la falta de ella.

Así como la teoría de Chaveau y Hélie se apoya en la solvencia del culpable para determinar la intención del delincuente, otros autores se basan en los medios usados por el peculador al llevar a cabo su delito, para establecer la intención que lo anima. (80)

Por regla general, el funcionario que toma dinero de la caja pública con el solo objeto de usarlo momentáneamente, en el momento de la exigibilidad de esas sumas, o repone inmediatamente lo sustraído, o confiesa su falta, pidiendo al mismo tiempo un plazo para reponer o dando garantías de ese reintegro. Y los medios que generalmente escogen los funcionarios que han sustraído dolosamente los dineros, son dos: o se fugan con el dinero sustraído, o bien, como ocurre en el mayor número de los casos, para gozar de fama de honrados mientras no lo son, buscan algún modo de ocultar su delito, ya sea alterando los libros o registros, o simulando hurto, incendio, pérdida u otra cosa semejante.

43. — Presenta interés referirse en este punto al momento consumativo del delito de malversación de caudales públicos, y para ello es necesario distinguir entre el peculado cometido por sustracción dolosa, de la simple distracción de fondos.

Para la primera forma basta que el funcionario público haya tomado de la esfera de la actividad patrimonial de la administración pública el dinero, y lo haya invertido en provecho propio. Para la segunda, es necesario, además, que el funcionario pruebe su falta de intención de apropiarse de esa suma. Pero, en general, la acción criminal en contra del empleado público que se apropia de dineros públicos puestos a su cargo nace, de acuerdo con las reglas generales de derecho penal, desde el momento mismo en que esos fondos son separados de su destino y tomados por el empleado.

Sin embargo, la práctica no está de acuerdo con la doctrina de esta materia. En la práctica, el culpable de este delito no es perseguido por acción criminal sino cuando su delito es conocido y su insolvencia viene a demostrar que se encuentra en la imposibilidad de devolver el equivalente de lo que ha tomado.

¿Quiere esto decir que a los empleados públicos les estaría permitido hacer uso en su provecho de los dineros que se les han confiado con la condición de que puedan responder de ellos en el momento de la exigibilidad? Por muy ilógico que parezca, esto es lo que resulta prácticamente de lo dispuesto en el art. 235, sin perjuicio, se entiende, de las medidas disciplinarias que deben ser aplicadas en su caso.

Podemos citar al respecto una sentencia de la corte de Bruselas, de 17 de Julio de 1922, que contiene el siguiente considerando:

(80) Pessina, Enciclopedia Jurídica Italiana, Tomo VII, N.º 42. —

“ La doctrina de que sería lícito al depositario de dineros públicos, confundir
“ éstos con sus dineros propios, de suerte que el delito de malversación no
“ se cumpliría sino cuando el culpable se encontraran la imposibilidad de
“ restituir el saldo que reconozca deber, no encuentra ningún apoyo en la
“ ley”. (81) Es claro que no tiene base legal este uso por parte del em-
pleado público; pero, como decimos, en la práctica, si no concurre daño, no
está sancionado el simple uso. Lo esencial, como vamos a ver, es que no haya
daño y que los fondos sean devueltos oportunamente.

Pacheco, comentarista del Código Penal Español, dice al respecto: “Cabe que
“ se hecho haya un desfalco, y que no conste cómo ni porqué se ha hecho, si fué
“ con el ánimo de verificar una sustracción absoluta, si fué solo para una aplica-
“ cación indebida, con el propósito de reintegrar lo tomado. ¿ Óue se ha de pre-
“ sumir en semejantes circunstancias? Verdaderamente, la dificultad no lo es para
“ nosotros. En casos de esta especie se ha de estar a lo más favorable, a lo más
“ humano. La sustracción debe considerarse reintegrable mientras sea posible ha-
“ cer el reintegro. Cuando no quepa ya conseguir este, importa poco una u otra
“ consideración, pues entonces la penalidad es la misma” (82). Esta solución, por
ser el Código Español el que sirvió de ejemplo para la redacción de nuestro Cód-
igo Penal, es la que está más de acuerdo con nuestra legislación.

Lo cierto es que en la malversación efectuada por un funcionario público con
el ánimo de reponer ese dinero, ya sea dentro de un plazo determinado, ya en
cuanto le sea posible, concurre un dolo indirecto o indeterminado, de acuerdo con
las teorías penales sobre dolo, es decir, existe una acción delictuosa, como es la dis-
tracción o el uso indebido de caudales públicos, encaminada a violar un derecho,
pero acompañada de la previsión de lesionar otro derecho más importante, acree-
dor a una pena mayor, en caso de la no reintegración de los dineros tomados. El
empleado usa dinero de la caja pública en objetos personales; pero prevé las con-
secuencias que puede acarrear su falta de solvencia en el momento de la exigibilidad
o en el momento oportuno para reponerlo. Y aunque su intención fué de emplear
momentáneamente ese dinero, su delito se convierte, por falta de reintegro de los
fondos tomados, en otro delito penado con sanciones más rigurosas por la ley.
Este criterio lo aplica enteramente la jurisprudencia francesa en una sentencia de
la Corte de Casación que establece: “Hay malversación fraudulenta cuando, al
disponer de los objetos confiados, el culpable debió tener certidumbre, razonable-
mente fundada, de no poderlos restituir en la época convenida”. (83)

Por este motivo, y por las razones anteriormente dadas, la mayoría de las
legislaciones son uniformes al desentenderse por completo del factor intención, tan
inmaterial y difícilmente determinable, para aplicar la pena en el delito de mal-
versación de caudales públicos, y se basan únicamente en la concurrencia de cir-
cunstancias fácilmente apreciables, como son el daño causado al funcionamiento
normal del servicio público correspondiente, y el reintegro de los fondos tomados
por el inculcado, o la falta de ese reintegro.

44. — Veamos como están contemplados dichos elementos en nuestra legisla-
ción.

(81) Comentario del Código Penal Belga, por Jos. Goedseels, art. 240, —

(82) Pacheco, “El Código Penal”, Tomo II, pág. 510. —

(83) Casación de 2 de Junio de 1853. — F. Rivière, Com. al art. 408. —

Nuestro Código Penal contempla, a primera vista, dos delitos diferentes en sus artículos 233 y 235, es decir, los delitos de sustracción y distracción de caudales públicos. Así, tenemos que el artículo 233 se refiere al caso del empleado público que sustrae o consiente que otro sustraiga caudales públicos o de particulares a su cargo, y el art. 235 se limita a definir el caso en que no hay sustracción dolosa y definitiva, sino una mera aplicación a usos propios o ajenos de los caudales.

Se ha llegado a sostener que la diferencia que existe entre el art. 233 y el 235 se refiere esencialmente a la calidad en que el empleado público tiene los fondos a su cargo, o sea, que en el caso del art. 233 estos fondos deben estar en poder del inculpado en calidad de depósito, consignación o secuestro, y regiría el art. 235 para las demás especies, o sea, cuando el empleado tenga los fondos a cualquier otro título.

Podemos ver en cierto modo casi aceptada está falsa doctrina en una sentencia de la Corte Suprema, que rechaza el recurso de casación interpuesto por el reo de este delito, basándose, entre otras razones, en "que el art. 235 que el recurrente sostiene debía aplicarse, rige para una situación jurídica diversa, esto es, cuando el empleado con daño o entorpecimiento del servicio público, aplica a usos propios o ajenos los caudales públicos puestos a su cargo es decir, ocasionalmente o transitoriamente para fines determinados, y no los tiene a su cargo en calidad de depósito y para darles la inversión a que está obligado en virtud de la ley o del empleo de confianza que ejerce para administrar fondos públicos o de particulares." (84)

Según esta teoría, dependería de la calidad del empleado y de la situación en que los fondos estuvieran en su poder la aplicación de uno u otro artículo: si se trata de un funcionario que tiene a su cargo permanentemente fondos públicos y es de la esencia de sus funciones que los maneje, se le aplicaría el art. 233, y si el empleado sustrae fondos que estaban ocasionalmente en su poder, debe aplicarse el art. 235. Basta, por lo demás, y sin mayores comentarios, un pequeño exámen de los artículos indicados para ver que esta interpretación carece de base. Por otra parte, ya hemos visto anteriormente la interpretación que debe darse a los términos depósito, consignación y secuestro empleados por el art. 233, y cómo basta que los fondos estén a cargo del empleado, no importando que su tenencia sea permanente o momentánea o que sea o no inherente al desempeño de sus funciones su manejo.

Es evidente, además, que la destinación a usos propios o ajenos hecha con posterioridad a la sustracción no es sino la forma de consumar el delito del art. 233, sin que de ninguna manera lo transforme en el del art. 235, que es el que se refiere a la aplicación a usos propios o ajenos. Así lo ha resuelto la Corte Suprema en sentencia de 23 de Agosto de 1935, que rechaza el recurso de casación interpuesto por el reo, fundándose, de su considerando 3.º, con respecto a la diferencia entre las dos especies de malversación penadas por los arts. 233 y 235, que debe considerarse la destinación a usos propios o ajenos hecha con posterioridad a la sustracción, como la consumación del delito del art. 233, y no lo trasmuta en el del art. 235, tanto porque la destinación a usos propios o ajenos que éste contempla es el hecho inmediato que opera la separación de esos dineros de la condición an-

(84) - Gaceta de 1929, Tomo II - pág. 272, sent. N.º 53.

terior y legítima en que se encuentran, como porque es obvio que todo dinero sustraído en delito contra la propiedad, posteriormente llegue a tener alguna aplicación a usos propios o ajenos, y, siendo así, nunca tendría, ocurrencia el hecho caracterizado en el primero de dichos artículos, y tal conclusión es inadmisibles. (85).

Se puede afirmar, pues, corroborado por la sentencia citada, que la aplicación a usos propios o ajenos no es tampoco la diferencia que existe entre el art. 233 y el 235.

45.— La verdadera diferencia que existe entre estos dos artículos es la siguiente: en el caso del art. 233 la sustracción indebida es de efectos permanentes, porque no se ha hecho el reintegro de lo sustraído, y en ese caso se aplica la pena mayor, con toda su rigurosidad. En el caso del art. 235, la apropiación, aunque sea hecha con daño o entorpecimiento del servicio público, se considera transitoria, porque lo sustraído fué devuelto, y el inciso 2.º de este artículo convierte la falta de reintegro en el mismo delito del art. 233, equiparando a éste su penalidad.

Dice, en efecto, el art. 235 del C. Penal:

«El empleado público que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios a ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, sufrirá las penas de inhabilitación especial temporal para el cargo y oficio en su grado medio y multa del diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere sustraído.»

«No verificado el reintegro, se le aplicarán las penas señaladas en el art. 233.

«Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, las penas serán suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinticinco por ciento de la cantidad sustraída, sin perjuicio del reintegro.»

En realidad, de la lectura del artículo se deduce que la esencial diferencia que separa los dos delitos, es que en el del art. 233 la intención del autor es apropiarse los fondos, y la del que comete el delito del art. 235 es de usarlos temporalmente. Teóricamente, esa es la verdadera diferencia, pero en la práctica lo esencial es que se pueda efectuar el reintegro de lo sustraído y que no se haya causado daño al servicio. La ley contempla el interés fiscal antes que cualquier interés particular, y se desentiende por completo de la intención que pudiera sustentar el autor del delito.

Por lo tanto, diferenciar estos dos delitos, llamando al del art. 233 «sustracción de fondos» y al del art. 235 «distracción» de los mismos, no es tan acertado como denominar al primero «sustracción de fondos sin reintegro» y al segundo «sustracción reintegrada». Esta última se dividiría a la vez en dos especies, dependientes de que concurra o no daño o entorpecimiento del servicio público.

Vemos aplicada claramente la ley en una sentencia de la Corte Suprema de 7 de Mayo de 1935, en la que se encuentra una explícita exposición de la situación en que se encuentran estos dos artículos. De acuerdo con esta sentencia, el delito en estudio consiste específicamente en la sustracción que hace un empleado público de los dineros puestos a su cargo, úselos o no en provecho propio o ajeno, causando daño o entorpecimiento al servicio público: si no verifica el reintegro.

(85) — 1ª sentencia no ha sido publicada.

hay propiamente delito de sustracción de caudales, con circunstancia agravante y aplicación de pena mayor, que es la que determina el artículo 233; si la apropiación de esas sumas ha dado lugar a daño o entorpecimiento del servicio público, pero han sido reintegradas, se aplica la penalidad del primer inciso del art. 235, que es en todo caso menor que la del art. 233; y si el uso indebido no ha ocasionado daño ni entorpecimiento al servicio público, hay atenuación, y, por lo tanto, menor pena, pero siempre sin perjuicio del reintegro, porque esta condición es esencial para fijar el hecho punible del art. 235 del C. Penal. (86)

Sin embargo, esta sentencia, que dió lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa fiscal contra una resolución de la Corte de Temuco, fué acordada contra el voto de tres ministros, quienes fueron de opinión de negar lugar al recurso de casación teniendo para ello presente que la circunstancia de no haber sido reintegrado el dinero no es considerada como elemento caracterizante del delito, sino la causa de una prestación futura a que queda obligado el reo, ya que, si así no fuera, carecería de todo sentido la expresión del legislador, que después de definir y penar el delito, termina diciendo «sin perjuicio del reintegro».

Pese a la opinión autorizada de los ministros disidentes creo que no es esta la solución que debe darse a este asunto. En efecto, la frase «sin perjuicio del reintegro» se encuentra en el inciso tercero del artículo 235, y en este inciso la penalidad fijada es la más baja de todas, sólo suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinticinco por ciento de la cantidad sustraída, y el inciso primero del artículo, aún cuando debe aplicarse al caso en que el reintegro ya se ha efectuado, señala la pena de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa del diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere sustraído, y la única diferencia entre los dos incisos es que en el primero concurre la circunstancia del daño o entorpecimiento del servicio público, que falta en el tercero.

Si no fuera necesario que se haya efectuado ya el reintegro para poder aplicar el inciso tercero, querría decir que una circunstancia tan difícilmente determinable en la práctica y cuya existencia depende de la sólo apreciación del Tribunal, como es el daño o entorpecimiento del servicio público, tendría más importancia en la calificación del hecho y aplicación de la pena que el reintegro de las sumas malversadas, de mucha mayor trascendencia desde el punto de vista fiscal y público.

Creo, pues, que la diferencia de penalidad entre uno y otro inciso tiene su base únicamente en la falta del elemento daño o entorpecimiento del servicio público que existe en el caso del inciso tercero, por lo cual se aplica una pena menor; pero en ambos casos es necesario que los fondos hayan sido devueltos por el culpable antes de la dictación de la sentencia, pues de otra manera se aplica el inciso 2.º del art. 235, que se remite a las penas mucho más rigurosas del art. 233.

Si buscamos el origen de la frase «sin perjuicio del reintegro» en la redacción del Código, cuya interpretación, según los sostenedores de la doctrina contraria a la expuesta, sería dar lugar a una prestación futura por parte del reo, ve-

mos que la Comisión Redactora del Código Penal agregó al final del art. 235 la frase aludida, «para que no se considere al reo eximido de tal obligación en este caso, cuando en el artículo precedente se ha consignado de un modo expreso». (87) Y el art. 234, que es el precedente al 235 de que hablamos, señala, para el caso a que se refiere, la pena de suspensión en cualquiera de sus grados, agregando enseguida «quedando además obligado a la devolución de la cantidad o efectos sustraídos». Querría decir, entonces, que el culpable queda, de acuerdo con el espíritu manifestado por la Comisión Redactora, sujeto a una simple obligación civil para con el Fisco de devolver lo que tomó indebidamente. Se trataría de una obligación civil que debe hacerse efectiva por el Estado contra un individuo que, después de haberse aprovechado indebidamente de los fondos que manejaba, abusando de la buena fé en él depositada, sólo ha sido castigado con la exigua multa del cinco por ciento de la cantidad que distrajo, y una pequeña suspensión, para que devuelva a la caja pública las sumas que está usando indebidamente.

Y esta teoría ha sido también aceptada por la jurisprudencia. Así, la Corte de Apelaciones de Talca, en sentencia de 26 de Noviembre de 1912 declaró expresamente que «en el caso del inciso tercero del art. 235 la ley no ha prevenido que haya de imponerse al elinciente las penas del art. 233 si no se verifica el reintegro de los caudales, como lo manda respecto del inciso primero, por lo que no es posible extender al caso del inciso tercero la agravación prescrita para el inciso primero.» (88)

A pesar de las opiniones citadas, de lo que se deduce del acta de la sesión 171 de la Comisión Redactora y de la sentencia antedicha, persisto en creer que la verdadera doctrina es la que aplicó la Corte Suprema en la sentencia de 7 de Mayo de 1935 a que dice referencia, de acuerdo con la cual el reintegro de las sumas sustraídas es una condición esencial para fijar el hecho punible del artículo 235, tanto inciso primero como inciso tercero. Cuando los fondos no han sido devueltos, debe aplicarse siempre el art. 233 y buscarse en la escala gradual que este señala, la pena correspondiente.

Resumiendo, tenemos entonces que el delito penado por el artículo 235 puede dividirse, con el elemento común de aplicación hecha por un empleado público a usos propios o ajenos de los caudales o efectos puestos a su cargo, en los siguientes casos:

1.º — Con daño o entorpecimiento del servicio público, y habiendo meditado reintegro; la pena es la que señala el inciso primero de dicho artículo, penalidad mediana porque, fuera del elemento genérico obra tanto uno favorable, cual es el reintegro, como el especificante desfavorable de daño o entorpecimiento del servicio público.

2.º — Sin daño o entorpecimiento del servicio público, pero siempre con la concurrencia del elemento reintegro; la pena es más baja, ya que no concurre el referido elemento desfavorable; y

3.º — Sin que haya habido reintegro; se aplica invariablemente el art. 233, a que se refiere el inciso segundo; (89)

(87) — Sesión N.º 171.

(88) — Gaceta de 1912, Tomo II, pág. 769, N.º 1157.

(89) — Esta clasificación está extraída de la sentencia de minoría de la Cor-

Trataremos separadamente estos dos elementos que tanta importancia tienen en el art. 235, como son el reintegro y el daño o entorpecimiento del servicio público.

46. — **Reintegro:** Su influencia en la incriminación del delito de lo malversado de caudales públicos es evidente, según ya lo hemos visto y de que concurra o no devolución de los caudales o efectos sustraídos depende la mayor o menor gravedad de la pena que debe aplicarse.

Sin embargo, nuestro Código no menciona ni da importancia alguna al momento en que debe hacerse el reintegro de lo sustraído. Sería lo natural que, como en otras legislaciones, se hubiera fijado un término dentro del cual la devolución de los valores malversados excluyera al empleado de la pena o la atenuara considerablemente, es decir, que la importancia de este factor dependiera también del momento en que sea hecho.

Este silencio del Código corrobora con más fuerza la afirmación hecha anteriormente sobre la completa indiferencia de la legislación en esta materia hacia el elemento intención. Un reintegro hecho espontáneamente en el momento mismo de la exigibilidad de los fondos a cargo del empleado o de la obligación de rendir cuenta de ellos, serviría de base para suponer la falta de intención dolosa del culpable, mientras que la devolución efectuada a última hora, por exigencias impostergables de la justicia criminal, es evidentemente hecha con el único fin de hacerse acreedor a una menor pena.

Como dijimos, una gran parte de las legislaciones de los distintos países determinan la circunstancia de la época en que se efectúa el reintegro para ordenar la pena aplicable, y casi están de acuerdo en que el momento decisivo sea la iniciación de un proceso o de una persecución judicial en contra del inculpado.

El Código de México (1933) en su artículo 221 señala el plazo de los diez

te Suprema en la casación que dió lugar a la resolución citada de 7 de Mayo de 1935, que en su original, ya que apoya la tesis contraria, dice así: "Acordada contra el voto de los Ministros Sres. Schepeler, Fontecilla y Peragallo, quienes fueron de opinión de negar lugar al recurso de casación de fondo, teniendo para ello presente:

1.º — Que el Tribunal sentenciador ha aplicado correctamente la disposición del art. 235 del C. Penal, al considerar que el caso de autos no es otro que el siguiente: aplicación, cometida por un empleado público, a usos propios o ajenos de los caudales puestos a su cargo, con daño o entorpecimiento del servicio público, contemplado en el inciso 3.º del art. 235, y según el cual la circunstancia de no haber sido reintegrado el dinero no es considerada como elemento caracterizante del delito, sino la causa de una prestación futura a que queda obligado el reo; ya que, si así no fuera, carecería de todo sentido de expresión del legislador, que después de definir y penar el delito, termina diciendo «sin perjuicio del reintegro».

2.º — Que lo anterior se vé claramente mediante el estudio del citado artículo, que permite enunciar los delitos que en él se penan y que son los siguientes, con el elemento común ya dicho, de aplicación hecha por un empleado público, a usos propios o ajenos de los caudales o efectos puestos a su cargo: a) con daño o entorpecimiento del servicio público y habiendo mediado reintegro; que se castiga con la pena del inciso primero, penalidad mediana, porque, fuera del elemento genérico obra sólo un elemento especificante desfavorable el expresado y debilitado por uno favorable, cual es el reintegro; b) el mismo hecho, pero sin que haya habido reintegro, que se castiga con la pena del inciso 2.º que es la del art. 233;

días siguientes a aquel en que se descubrió el delito para que si dentro de (1°) el reo devuelve lo sustraído, sea esta circunstancia considerada como una atenuante. En este caso la pena será de uno a seis meses de prisión, en lugar de seis meses a doce años. La diferencia es considerable. El Código mejicano anterior al actual fijaba un plazo más corto, sólo de tres días, y, según mi parecer, aún el que rige actualmente, de diez días, es demasiado corto, ya que se cuenta desde el día en que se descubrió el delito, y no desde la iniciación de juicio en contra del empleado. Es evidente que el legislador ha querido, en el presente caso, establecer si en realidad se trata de una distracción temporal de fondos o de una verdadera apropiación, pues en el primer caso se entiende que el reo es solvente y que en cualquier momento puede responder de lo usado. Pero con un plazo tan corto puede también suceder que el malversador que pensó reponer en una fecha determinada, como por ejemplo, en la primera época de pago de su sueldo, no pueda hacerlo dentro de los diez días. Es cierto también que la pena puede ser aplicable, en caso contrario, desde seis meses de prisión, y el juez, en caso de prueba suficiente y de una devolución extemporánea, no fijará una pena muy excesiva.

El Código Uruguayo (90) señala como plazo para que el reintegro tenga el carácter de circunstancia atenuante (que disminuye la pena en dos grados) la expedición de la citación o la orden de prisión. Y si el resarcimiento tiene lugar des-

(90). de 1889, edición de 1926, art. 170, (actualmente derogado).

delito grave, con pena hasta de crimen, penalidad máxima, porque lo informan además del elemento genérico, dos copulativos especificantes desfavorables, el daño o entorpecimiento del servicio y la falta de reintegro; y c) el delito formado por el sólo elemento genérico sin la concurrencia del especificante desfavorable de daño o entorpecimiento del servicio, sancionado con la penalidad más baja de las tres, porque no concurre el referido constitutivo de daño o entorpecimiento, caso éste en que la falta de reintegro no es elemento constitutivo del delito sino que da sólo origen a la obligación de realizar este reintegro;

3.º - Que el error de interpretación en que se incurre al aplicar al caso c) la misma penalidad del b), o sea, al confundir el delito del inciso 3.º con el del 2.º se debe a que la disposición en comentario ofrece el defecto de apartarse del sistema ordinario del Código de describir y penar los delitos, dentro de cada materia, en orden descendente de lo más a lo menos; pero, así y todo, la disposición es clara, en cuanto, dentro del género propuesto se determinan dos especies distintas. la una que se subdivide en dos, de penalidad mediana y mayor, en los incisos 1.º y 2.º, y la otra, de la penalidad menor, en el tercero, con la singularidad que en esta especie la existencia o inexistencia de reintegro no influye en la pena, pues, en el caso negativo el reo queda obligado a efectuarlo;

4.º - Que al decidir sobre la razón que existe para que el elemento de existencia o inexistencia del daño o entorpecimiento del servicio público prevalezca en forma tan considerable sobre el elemento de existencia o inexistencia del reintegro de valores, es asunto que pertenece a la crítica de la legislación y, por lo mismo, del todo extraño a la función del juzgamiento, que es la simple aplicación de la ley;

5.º - Que, en virtud de lo expuesto, la Corte sentenciadora no ha incurrido en ninguna de las infracciones invocadas por el recurso, todas las cuales se fundan como punto de partida, en una supuesta errónea inteligencia del artículo 235*.

pués de expedida la citación o la orden de prisión, la pena será disminuída en un grado.

El Código de Italia de 1889 agregaba también: «Si el daño fuere leve o hubiere sido íntegramente resarcido antes de todo procedimiento judicial», y disminuía considerablemente la sanción en tal evento. Pero el Código Italiano actual, de 1930, suprimió dicha disposición, y relega su contenido a la generalidad de circunstancias atenuantes que pueden influir en todo delito.

El Código del Cantón de Berna consigna en su art. 92: «El reo podrá ser librado de toda pena si a la primera reclamación reembolsa en el acto e íntegramente el valor de lo sustraído».

El Código de Venezuela, art. 171: «si el perjuicio no es grave o si fuere enteramente reparado antes de ser sometido a juicio el inculpado, la inhabilitación será temporal, etc.»

Nuestra ley no establece, como hemos visto, ninguna disposición análoga a las citadas. Se limita a decir: «no verificado el reintegro, etc». Sin embargo, en la práctica existen de hecho dos plazos que determinan la influencia que el reintegro de los fondos va a tener en el castigo del malversador».

La jurisprudencia, por ejemplo, ha sabido suplir esa omisión de la ley, y la ha interpretado en el sentido de librar de toda responsabilidad criminal al que ha reintegrado lo sustraído antes de iniciarse las persecuciones judiciales del caso, pues ha estimado que en ese evento el empleado se hace merecedor tan sólo a correcciones disciplinarias, fuera de su incumbencia. De esta manera, varias sentencias contienen un considerando en la siguiente forma u otra análoga: «Que, siendo el reo un empleado público que tenía entre sus funciones la de administrar o invertir fondos fiscales, con la obligación de darles una determinada inversión, y habiendo retenido para sí dichos fondos, *sin que antes de la pesquisa judicial reintegrare su valor*, debe ser considerado autor del delito de malversación de caudales públicos». (91).

De este modo se consigna como requisito indispensable para que sea perseguible por la justicia la malversación de caudales públicos, la falta de reintegro antes de iniciarse dichas persecuciones. La devolución de los fondos tomados efectuada antes de iniciarse la pesquisa judicial, libera de responsabilidad criminal al empleado.

En cuanto al reintegro hecho posteriormente a la iniciación de un proceso, constituye suficiente base, como ya lo hemos visto, para presumir el sólo uso indebido de los caudales, y hace aplicable el art. 235.

47. — Se ha estimado, además, necesario por nuestra jurisprudencia que el reintegro sea hecho por el autor mismo del delito, es decir, que esos dineros los hayan enterado en arcas fiscales sacándolos de su propio patrimonio o a cuenta de él. Así lo vemos establecido en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Iquique que resolvió un caso en que el reo estaba afianzado por la Caja de Empleados Públicos y Periodistas, la cual, como indirectamente responsable de la malversación cometida por su asegurado, hizo el entero en arcas fiscales de la cantidad malversada. El reo alegó, entonces, la circunstancia atenuante de haber tratado de reparar con celo el mal causado y el deber del Tribunal de aplicar el art. 235

(91) Gaceta de 1929, sentencia N o 49, pág. 255.

en lugar del 233. La Corte desechó esas alegaciones teniendo para ello presente que la circunstancia atenuante que el reo invoca en su favor, de haber tratado de reparar con celo el mal causado mediante la devolución al perjudicado de la cantidad exacta por él defraudada, no cabe legalmente considerarla en su favor, pues si bien es cierto que tal hecho aparece comprobado en autos, ello no significa un desprendimiento voluntario del patrimonio del reo en beneficio de la víctima, sino el cumplimiento de una obligación legal del fiador a favor del afianzado». (92) El Tribunal se basó únicamente en la atenuante alegada, N.º 7 del art. 11 del C. Penal, de haber tratado el reo de reparar con celo el daño causado, y por ello no consideró el reintegro desde el punto de vista del art. 235, en cuyo caso habría aplicado seguramente dicho artículo. El recurso estuvo mal fundado, evidentemente, y, por lo tanto, no se puede aplicar esta resolución a otros casos en que el reintegro deba servir de base para la atenuante contemplada en el art. 235, en el cual no se dice que sea necesario que esa devolución signifique un desprendimiento voluntario del patrimonio mismo del reo.

Si el reintegro que hace el empleado es parcial, la cantidad devuelta servirá sólo para disminuir la pena de acuerdo con la escala señalada por el art. 233, conforme a la cuantía de lo no devuelto.

Como vemos, es el reintegro el elemento más importante en el delito que tratamos.

48. — *Daño o entorpecimiento del servicio público:*

¿Cuándo se entiende que se ha causado daño o entorpecimiento al servicio público?

En regla general, la gravedad del perjuicio es uno de los elementos de la gravedad de la pena; pero el verdadero perjuicio en el delito de malversación se refiere al daño pecuniario y material sufrido por la Hacienda Pública con motivo del delito, con más propiedad que al entorpecimiento causado en el servicio, el que pasaría a ser un daño indirecto o complementario del principal.

La jurisprudencia, por lo común, se refiere raras veces a este elemento, pues su determinación debe ser un producto de la apreciación del juez.

En general, se entiende que se produce este daño o entorpecimiento del servicio público cuando a consecuencias de la malversación de los fondos confiados al empleado público se paraliza alguna operación pendiente o se dificulta algún pago que debe hacerse por el Estado, y de ello se sigue ya sea una demanda en contra del Fisco, ya el pago de intereses mayores, ya una reclamación particular o pública sobre el funcionamiento de la oficina correspondiente. Un caso preciso sería la apropiación de fondos efectuada por un contratista o encargado, y por ello se paralizan las obras a que estaban destinados esos fondos (90)

Ahora, ¿a quién toca probar que ha habido o no daño o entorpecimiento del servicio público? Aplicando la regla general, es necesario que pruebe esta circunstancia el que la alega, y ello ha sido decidido por una sentencia de la Corte de Ap. de Temuco, que en una de sus consideraciones dice: «que no se ha acreditado en el proceso que el servicio público hubiere sufrido perturbaciones o entorpecimientos con motivo del uso indebido de los fondos y efectos puestos a su

(92), Gaceta de 1930, pág. 311, N.º 82.

(93), Corte de Ap. de la Serena, sentencia de 8 de Mayo de 1922.

“cargo que cometió el reo”. (94). El Fisco, que era el interesado en alegar que este factor había concurrido, no pudo probarlo suficientemente.

Otras sentencias que se refieren a este elemento son: de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 16 Julio de 1931, en la que se aplica al reo el art. 235, inciso 3.º considerando, en cuanto al daño o entorpecimiento del servicio público alegados por la defensa fiscal, «que no hay antecedentes que establezcan que con motivo de la sustracción de los dineros en referencia se hubiera ocasionado daño al servicio público, en el sentido que el Código Penal da en estos casos a la palabra daño, o sea, un perjuicio distinto e independiente del ocasionado por la sustracción misma, y, por el contrario, del mérito general del proceso se desprende que no lo hubo, pues la Tesorería funcionaba normalmente»; y otra sentencia de la Corte Suprema rechaza el recurso de casación interpuesto por el Fiscal de la Corte de Iquique, basándose, entre otras consideraciones, en que la aplicación del inciso primero del art. 235 sólo es procedente cuando aparece acreditado en autos la circunstancia de haberse causado, con la comisión del delito, daño o entorpecimiento del servicio público, prueba que no existen en el proceso, y falta, en consecuencia, el antecedente legalmente exigible por un hecho improbadado y que no puede darse jurídicamente como establecido». (95).

Como vemos se haría ilusoria la sanción penal que señala el art. 233 si dependiera en la mayoría de los casos su aplicación tan sólo de que exista o no este elemento, ya que en el noventa por ciento de las malversaciones efectuadas por empleados públicos la sustracción verificada no va a dar origen, por la falta de proporción entre su cuantía y la de los fondos que forman el Erario Público, a un entorpecimiento o daño tan ostensible como el que el juez requiere para su verificación. En otras palabras, es difícil que el hecho de un empleado público de tomar una suma de los dineros que maneja, salvo el caso en que esta suma sea de grandes proporciones, influya de tal manera en el funcionamiento de la repartición correspondiente que el Tribunal pueda establecer que ha causado daño o entorpecimiento en el servicio público.

49. El Código de Colombia da una importancia excepcional al elemento que tratamos. En efecto, hemos visto que, de acuerdo con nuestras leyes y nuestra jurisprudencia, el simple uso indebido de los fondos públicos, habiéndolos el empleado público reintegrado antes de la iniciación de un proceso en su contra o de que la autoridad respectiva tenga conocimiento del abuso, no da lugar sino a correcciones disciplinarias. En el Código de Colombia, sin embargo, art. 459, se estatuye lo siguiente: «Los funcionarios o empleados públicos expresados en el artículo anterior que hicieren uso de los caudales o efectos de la Hacienda nacional para objetos privados, y por semejante extravío hubieren dejado de cumplir las atenciones de la misma hacienda en el respectivo ramo, si reponen los caudales voluntariamente antes de que la falta llegue a noticias de la autoridad superior, sufrirán, además de la privación de empleo, inhabilitación desde dos hasta ocho años para obtener los mismos u otros empleos, una multa igual a la quinta parte del valor de los efectos o de la cantidad de que hubieren hecho uso,

(94). Corte de Temuco, Sentencia de 11 de Abril de 1935, no publ.

(95). Gaceta de 1921, Tomo II, pág. 586, sent. N.º 126.

“ y de dos a cuatro años de prisión, sin perjuicio de satisfacer los daños ocasionados por no haberse cubierto oportunamente las atenciones públicas”.

Es, pues, de acuerdo con este artículo, el elemento daño del servicio público el que influye esencialmente para aplicar la sanción que indica.

CAPÍTULO SEPTIMO

Del delito de coacción de candales públicos

El delito de coacción de candales públicos se comete cuando el autor, por medio de violencia o intimidación, impide o perturba el libre ejercicio de las funciones de los candales públicos, o impide o perturba el libre ejercicio de las funciones de los candales públicos, o impide o perturba el libre ejercicio de las funciones de los candales públicos.

CAPITULO SEPTIMO

Cuasi-Delito de malversación de caudales públicos

Art. 234 del Código Penal.

50. — Dice este artículo: “El empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de particulares de que se trata en los números del artículo anterior, incurrirá en la pena de suspensión en cualquiera de sus grados, quedando además obligado a la devolución de la cantidad o efectos sustraídos.”

Esta disposición no existía en el Código Penal español de 1850, y sólo fué introducida en el de 1870. Los comentaristas de dicho Código niegan, en general, la importancia que pueda haber tenido la introducción de este artículo, basándose en la falta de concordancia que existe en los Códigos extranjeros y también en que la ausencia de este artículo puede ser suplida con el art. 408 de dicho Código que, al igual que el art. 492 del nuestro, impone penas al que por imprudencia temeraria o por simple imprudencia, con infracción de los reglamentos, comete un delito. Pero esta razón no es aceptable, porque la regla general es que sólo son punibles los cuasi-delitos contra las personas, y en este caso se trataría de un cuasi-delito contra las cosas.

Además, este artículo no carece de utilidad en el Código, pues los tribunales se basan a menudo en él para regular la culpabilidad que puede caber al empleado que descuida sus deberes de custodia y vigilancia sobre los bienes que tiene en su poder. Si de ese descuido o negligencia se aprovecha un tercero, el delito de malversación se lleva a cabo, y se irroga un perjuicio a la Hacienda Pública que debe ser resarcido.

De acuerdo con lo prescrito en el art. 2284 del C. Civil, las obligaciones que

se contraen sin convención nacen o de la ley o de un hecho voluntario de la parte que se obliga; si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito, y si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasi-delito. El que ha cometido un delito o un cuasi-delito que ha inferido daño a otro es obligado, de acuerdo con el artículo 2314, a la indemnización del daño causado, sin perjuicio de la pena que le impone la ley. Según el artículo 2329, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado, y conforme con el artículo 234 del C. Penal que estudiamos, el empleado público por cuyo abandono o negligencia se comete el delito de malversación de caudales públicos y resulta de él un daño a la Administración Pública, está obligado a devolver la cantidad o efectos sustraídos. Este artículo no hace, pues, otra cosa que aplicar las reglas generales de derecho acerca del delito civil.

Por este motivo, fácilmente las prescripciones del art. 234 serían reemplazadas por las normas generales de derecho común, y no fué agregado en el Código Penal para llenar una apremiante necesidad; pero la jurisprudencia, como dijimos, se basó a menudo en él para hacer responsables de los dineros sustraídos por un tercero y no reintegrados, al empleado público que los maneja. Esto siempre, evidentemente, que haya habido culpa o negligencia por parte del primero.

Es también necesario que se trate de un empleado público que maneje fondos públicos de los cuales sea responsable, y por este motivo no se podría aplicar el art. 234 a un funcionario que no tuviera nada que ver con los fondos sustraídos por un tercero, aún cuando con su negligencia o descuido haya dado ocasión indirectamente a que el delito sea consumado. Así lo ha resuelto una sentencia de la Corte de Valdivia que no aplicó el art. 234 al reo en virtud de que el abandono o negligencia inexcusable que dieron ocasión, según esta disposición, a que se efectúe por otra persona la sustracción de los caudales o efectos públicos o de particulares, se refiere únicamente a los empleados que tengan a su cargo esos caudales públicos o de particulares. (96).

51. — Ahora, en cuanto a la determinación de qué clase de negligencia o abandono pueden ser causa de la incriminación que señala el art. 234, esta disposición ha dejado una gran latitud a los Tribunales en este sentido, pues se ha limitado a decir que uno y otra han de ser inexcusables, por lo que será el juez el que en cada caso particular debe determinar qué omisiones o actos de abandono o negligencia merecen la calificación de inexcusables.

Así, por ejemplo, en el reciente y famoso proceso por malversación de caudales públicos en la Dirección General de Impuestos Internos la Corte de Apelaciones de Santiago absolvió a uno de los reos del cuasi-delito de malversación, en razón de que la falta de frecuentes balances no importa una negligencia inexcusable del reo, aunque sea manifiesta la conveniencia de practicarlos, o, a lo menos de efectuar arqueos de comprobación como medida de simple precaución o vigilancia. "El reo pudo suponer, agrega la Corte, que su caja continuaría en la forma
" correcta y sin observaciones con que había sido llevada, y sólo se impuso del
" saldo existente en realidad cuando practicó el arqueo para la entrega a su sucesor; y que las consideraciones precedentes permiten concluir que no ha habido
" descuido o negligencia inexcusables de parte del reo, ya que aparece explicable y

(96). Gaceta de 1930; pág. 559; sent. N.º 145.

“ verosímil que el déficit sea el resultado de pérdidas considerables en el expendio de esas especies, y no de sustracciones o apropiaciones delictuosas, respecto de las cuales no hay antecedente alguno que acredite su existencia o comisión”.

Otra sentencia de la Corte Suprema, aplicó el art. 234 a un tesorero fiscal a quien se robó una fuerte suma que tenía en su caja contraviniendo órdenes superiores de no tener sino lo necesario para el servicio diario. (97). Se estimó en este caso, que la contravención a las órdenes superiores en el sentido indicado, constituía el abandono o negligencia inexcusables de que habla el artículo.

Podemos citar también una resolución de la Corte de Concepción, de 2 de Noviembre de 1911, en la que se declara que no constituye negligencia inexcusable en un tesorero, que siempre llevaba consigo las llaves de su caja de fondos, el dejarlas accidentalmente sobre una mesa en una pieza de la casa de una persona de su intimidad, o en el velador de su propio dormitorio durante una siesta o el sueño de una noche, circunstancias en las cuales se las sustraen y con ellas le abren las cajas, defraudándose una gruesa cantidad. (98).

Es el Tribunal, como vemos, el que en cada caso particular debe decidir si la culpa que haya tenido el empleado en la comisión del delito puede ser considerada como abandono o negligencia inexcusables.

51. — En las actas de la Comisión Redactora de nuestro Código puede verse cual fué el espíritu del legislador al consignar el art. 234. Al discutirse este párrafo 5.º del C. Penal, uno de los miembros de dicha comisión hizo notar “la falta de una disposición que haga recaer la presunción de culpabilidad sobre los empleados que tienen a su cargo caudales públicos, pues siendo ellos obligados a conservarlos, es natural que toda falta se haya producido a lo menos por su culpa. Para salvar, se agregó, de algún modo este vacío, se acordó agregar el art. 234.” (99).

Fué, pues, una idea de injusta presunción de culpabilidad, que afortunadamente no se contiene en él, el origen de este artículo. La ley pena por su intermedio solamente uno de tantos cuasi-delitos, pero en vez de establecer la presunción de que todas las sustracciones cometidas por terceros en fondos públicos provienen de abandono o negligencia inexcusables del empleado público que los tiene a su cargo, deja a éste sometido a la ley común, que presume la inocencia y no la culpa.

53. — El autor italiano Mori trata de demostrar que en el caso en que un empleado pierda por abandono o negligencia el dinero que tiene en custodia no puede haber peculado, porque no concurre dolo. (100). Y de acuerdo con esta teoría, una sentencia de la Corte de Casación Italiana, de 12 de Enero de 1893 emite la siguiente doctrina: “No hay peculado sin distracción o sustracción dolosa del dinero por parte del funcionario público, ni a ella equivale el descuido o negligencia por el cual el dinero se perdió”. (101).

(97). Gaceta de 1896, Tomo II, pág. 1056, sent. N.º 4126

(98). Gaceta de 1910, tomo II, pág. 1227, sentencia N.º 1356.

(99). Acta de la sesión del 11 de Julio de 1873.

(100). Teoría del Código Penal, Pág. 175.

(101). Revista Penal Italiana, vol. XXXVIII, pág. 505, N.º 1301.

Estoy conforme con la segunda parte de esta sentencia, pero en cuanto a que no haya peculado sin distracción o sustracción, vemos que nuestro Código nos dice todo lo contrario, ya que castiga en el artículo que tratamos la malversación cometida por otro con negligencia o abandono del empleado, y en los artículos 236 y 237 pena la aplicación pública diferente del dinero manejado por el empleado y la negativa de hacer un pago, casos todos en los cuales no hay sustracción ni distracción dolosa.

Y digo que estoy de acuerdo con la segunda parte de la resolución citada, es decir, que el descuido o negligencia del empleado debido al cual el dinero se pierde no queda comprendido dentro del delito de peculado, porque en las mismas actas de la Comisión Redactora del C. Penal puede verse planteada esta cuestión en la siguiente forma: «El mismo señor Ibáñez solicitó que se excluyera en este artículo el caso de extravío de los fondos, como sería, por ejemplo, si el conductor de un ferrocarril perdiera por descuido el dinero que en cada estación recibe para entregar en las oficinas centrales. Se opusieron los sres. Garandillas y Rengifo, porque en tal caso no hay, como en el del artículo, ocasión para un delito perpetrado por extraños, sino accidentes más o menos culpables, que pueden castigarse con simples represiones o medidas económicas. Quedó desechada la indicación». (102).

Resulta de ello, entonces, que únicamente se cumple el cuasi-delito de malversación de caudales públicos contemplado en el art. 234 del C. Penal cuando hay sustracción cometida por otro empleado o por un tercero con ocasión del abandono o negligencia considerados como inexcusables por el juez por parte del funcionario que los tiene a su cargo.

La pena fijada por el art. 234 es de suspensión en cualquiera de sus grados, y obligación de reponer en la caja pública la cantidad o efectos sustraídos. Se comprende perfectamente el carácter de gravedad que deben revestir el abandono o negligencia en que se basa este artículo, para que se obligue al empleado público, que sólo concurre indirectamente en la ejecución del delito, a reponer de su haber los fondos malversados por un tercero.

(102). Sesión N.º 153.

CAPITULO OCTAVO

Simple déficit en la caja pública

54. Después de examinados los tres artículos precedentemente estudiados, es necesario hacer un pequeño estudio de una cuestión que ha sido algo discutida y que se presta para diversos comentarios.

¿Es necesario que se compruebe la sustracción o apropiación de caudales, o basta el simple déficit en la caja pública para declarar al empleado culpable del delito de malversación de caudales públicos?

Citaremos las opiniones de algunos comentaristas.

Según Garraud, el simple déficit no es suficiente, es necesario que los dineros recibidos o depositados hayan sido efectivamente malversados por el depositario o contador, con el objeto de perjudicar a su propietario. De acuerdo con las leyes penales francesas, que contemplan el delito llamado «abuso de confianza», la malversación de caudales públicos no es otra cosa que un abuso de confianza calificado, agravado por el abuso de funciones que también se comete y, del mismo modo que en el abuso de confianza, en este delito la intención fraudulenta se presume cuando el empleado es puesto en mora de restituir, sea que la destitución es negada o imposible. Así lo resuelve la Corte de Casación francesa en una resolución de 8 de Marzo de 1856, citada por Garraud. (103).

Chauveau y Hélie opinan de la misma manera, y entienden que el simple déficit en la caja pública nada prueba, pues el delito no existe sino desde el día en que la restitución es denegada o se hace imposible. (104).

Sin embargo, la falta de dineros en una caja pública puede servir de base para presumir muy fundadamente, si no hay una explicación satisfactoria por parte del empleado, que por lo menos se perdieron por negligencia suya.

(103). Code Penal, Tomo IV, pág. 310, N.º 1493.

(104). Théorie su Code Pénal, Tomo II, N.º 792.

La jurisprudencia chilena ha estado de acuerdo en sostener que el déficit debe ir acompañado de graves presunciones de culpabilidad, como ser adulteraciones en los libros de contabilidad, negarse el empleado a explicar las causas de la falta de fondos, etc., para que pueda declararse reo al inculpado.

Podemos, no obstante, apreciar algunas controversias al respecto. Una sentencia de la Corte Suprema, por ejemplo, de 26 de Setiembre de 1930, negó lugar al recurso de casación interpuesto por el reo, el cual se fundaba en que lo único probado en el proceso era la diferencia de caja en contra suya, por lo que no se le podía aplicar el art. 233, basándose en que «teniendo a su cargo y bajo su responsabilidad los Tesoreros Fiscales los caudales públicos, basta para establecer el delito de malversación de caudales públicos que se compruebe que esos caudales no están en caja, y que el funcionario no dé explicación alguna satisfactoria, como en el caso de autos, sobre la salida de los caudales que faltan, ya que, si así no se estimare, sería nada menos que imposible constatar la existencia de la sustracción, y podrían quedar impunes todos los funcionarios públicos que tienen a su cargo y responsabilidad caudales que se distrajeran, con exponer que ignoran la causa de su desaparición; que no puede considerarse de ninguna manera lícito, como lo pretende el recurso, el hecho de existir una diferencia de caja en contra del Tesorero, ya que no existe ley alguna que pudiera autorizarlo para distraer caudales, y sí para obligarlo a los pagos u operaciones propias de tesorería; que no habiendo comprobado el tesorero procesado que la falta de valores constatada se debiera a pagos y operaciones lícitas, habría que llegar necesariamente a la conclusión de que les dió aplicación a fines diversos, ajenos a las operaciones de Tesorería y de provecho personal; y que, al estarse a la tesis sostenida en el recurso, la existencia de un saldo en contra de un funcionario sería un hecho indiferente a la ley y que no le acarrearía responsabilidad personal alguna, lo cual es absolutamente inaceptable por las deplorables consecuencias que traería consigo y mucho más en el caso de autos, en que la existencia del déficit no era ignorada por el reo antes del arqueo de caja, como lo manifiesta la adulteración de cifras con que pretendió ocultarlo, como antes se ha expresado». (105).

Este fallo fué aprobado, sin embargo, contra el voto de dos ministros, quienes estuvieron por acoger el recurso de casación y declarar nula la sentencia recurrida en virtud de los siguientes fundamentos: «que para que tenga legal y correcta aplicación el art. 233 del C. Penal, es de rigor que concurren en toda su integridad, los elementos esenciales y constitutivos que determinan la existencia de esta especie de delitos, esto es, que el culpable sea empleado público que tenga a su cargo caudales y efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro y que haya sustraído esos caudales, o consentido que otro los sustrajera, que del conjunto de los hechos de la causa, que la sentencia reclamada da por establecidos, no aparece que el reo de este proceso haya sustraído o consentido que otra persona sustrajera los dineros o efectos públicos de que era depositario, en su carácter de Cajero de la Tesorería Fiscal de Valparaíso, faltando, por consiguiente, uno de los requisitos esenciales que la ley exige para incurrir en la sanción de responsabilidad que señala el art. 233 del C. Penal; que la simple

comprobación de un déficit en los caudales que estén a cargo de un empleado público, sin que exista ningún antecedente que tienda a establecer la sustracción o apropiación de dichos caudales, no es base suficiente para constituir jurídicamente el delito previsto en el art. 283 del C. Penal, ya que la falta de los dineros puede ser el resultado de un caso fortuito o fuerza mayor en que no le afecta responsabilidad alguna al acusado, o bien tener su origen en hechos o circunstancias que importen la comisión de un delito diverso, o que sólo den mérito para ejercitar acciones meramente civiles». (106).

Ambas resoluciones, aisladamente consideradas, se fundan en razones de peso, como puede apreciarse, pero estimo mucho más acertada la de mayoría, que dá a la ley su justa interpretación, ya que el funcionario acusado no ignoraba antes de la iniciación del proceso, el déficit existente en la caja, el cual pretendió ocultar por medio de adulteraciones practicadas en documentos por cantidades próximas a las que se distrajeron, circunstancia de que no hace mención el voto de los sres ministros disidentes, lo que constituye, como dijimos, una base suficiente para presumir la culpabilidad del empleado, culpabilidad que no fué desvirtuada por éste

En realidad la lógica nos dice que no es suficiente para castigar como malversador a un empleado público, el sólo déficit producido en la caja, el que puede haberse originado por caso fortuito, robo, pérdida., etc. y no por el hecho culpable o doloso del mismo, que la ley debe castigar. Pero, aplicando las reglas generales de derecho civil, sabemos que el caso fortuito o el hecho, en general, que puede hacer desaparecer la presunción de culpabilidad en el empleado, debe ser probado por él. Si el funcionario no prueba una eximente, y, además, no dá una explicación satisfactoria sobre la falta de los dineros en su cuenta, es evidente que el juez puede presumir fundadamente que esos valores fueron sustraídos por él o por un tercero con su consentimiento.

Y no sólo puede el juez presumir esto, sino que debe hacerlo, ya que la ley lo dice expresamente. En efecto, el artículo 47 del Decreto Ley N.º 258, Orgánico de la Contraloría General de la República, establece una presunción en contra del empleado que, requerido por esta institución, no rinda cuenta de los fondos que maneja. Dice: «Cuando un empleado, al ser requerido por la Contraloría, no presente debidamente documentado el estado de la cuenta de los valores que tenga a su cargo, se presumirá que ha cometido sustracción de dichos valores».

Aplicando esta disposición, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, de 5 de Febrero de 1935, confirmó la de primera instancia, que condenaba al reo a la devolución de lo que faltaba en la caja, sin que mediara prueba alguna en contra del procesado, y por el sólo hecho de que éste no se diera explicación satisfactoria del déficit existente, en virtud de que el art. 47 del Decreto Ley N.º 258, de 22 de Julio de 1932 dispone que cuando un empleado, al ser requerido por la Contraloría no presente debidamente documentado el estado de los valores que tenga a su cargo, se presumirá que ha cometido sustracción de dichos valores, de modo que no es de rigor, para la correcta aplicación del precepto del art. 233 del C. Penal, que se justifique en este caso la sustracción o apropiación de

(106). Gaceta de 1930, pg. 297, sent. N.º 77.

los caudales que faltan, sino que se presume en presencia del déficit que el funcionario responsable no explica satisfactoriamente. (107)

La falta, entonces, de una explicación por parte del empleado, constituye una presunción legal de que el alcance del déficit ha sido sustraído por él, presunción, es claro, que puede ser desvirtuada por el acusado, y por lo mismo que puede ser desvirtuada, es lógico que el silencio del inculpado haga presumir que se ha apropiado de los fondos que faltan.

Como vemos la jurisprudencia ha estado de acuerdo en su generalidad con esta conclusión, que el citado art. 47 del D. Ley 258 corrobora ampliamente. Y aún antes de la existencia de este Decreto Ley se había declarado por la Corte Suprema que "comete malversación de caudales públicos el empleado que recibe caudales en razón de su cargo, con objetos determinados, que no atendió, y no demuestra en qué forma y cuando invirtió esos caudales". (108).

Contraria a esta resolución, y anterior a ella, existe otro de la misma Corte Suprema, según la cual "la existencia de un déficit en la caja de una oficina pública, cuyo verdadero origen y monto no pueden determinarse, no constituye delito de malversación, si se establece que el cajero no usó, ni sustrajo ni consintió otros sustrajesen los caudales puestos a su cargo". (109).

55. - La ley española, que es casi análoga a la nuestra, ha sido interpretada en este punto por los Tribunales en el sentido de que la existencia de un desfalco, por sí sola, no es constitutiva del delito de malversación de caudales públicos, si no se justifica que el déficit procede de que el funcionario público aplicó a usos propios o ajenos, sustrajo o consintió que otro sustrajera los caudales puestos a su cargo. El Tribunal Supremo de España, en sentencia de 5 de Noviembre de 1885, resuelve en el sentido ya indicado, considerando que el art. 407, en relación con el 405 (235 y 233 del C. Penal chileno) requiere para que exista el delito malversación de caudales públicos, que el funcionario, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplique a sus propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, los sustraigan, o permita que otros los sustraigan y que de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, ni de la apreciación que de ellos se hace en los considerandos, aparece haber concurrido en el presente caso dicha circunstancia, y si sólo la existencia del desfalco, cuya causa o motivo se ignora; considerando que la existencia de un desfalco por sí sola, sin justificarse que procediera de una sustracción del empleado o de un tercero con consentimiento suyo, si bien puede dar lugar a una acción o responsabilidad civil, según los casos, no es constitutiva del delito citado. (110).

(107). Gaceta de 27 de Febrero de 1886, pág. 72, citada por Viada, Código Penal Español, Tomo II, pág. 652 art. 407, cuestión VI.

(108). Gaceta de 1917 sent. N.º 226, pág. 605.

(109). Gaceta de 1910, Tomo II, pág. 1332, sent. N.º 1423.

(110). Código Penal, Tomo II, pág. 652.

CAPITULO NOVENO

Aplicación pública diferente

Art. 236 del C. Penal.

56. — Pasamos ahora al estudio del artículo 236 del C. Penal, que dice: “El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados será castigado con la pena de suspensión del empleo de su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio y objeto en que debían emplearse, y con la misma de su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento”.

Como vemos, esta disposición se refiere, no ya a una sustracción o distracción de fondos públicos, ni a la apropiación de ellos por un tercero con culpa o negligencia inexcusable del empleado público, sino a la aplicación pública de los fondos efectuada por el mismo empleado público, pero diferente de aquella a que estuvieren éstos destinados. Es decir, si un empleado recibe cierto dinero para hacer un pago, pero en vez de efectuarlo, emplea esa suma en cancelar su sueldo a otro empleado, o en adquirir útiles de oficina, etc.

Este artículo es idéntico al art. 402 del actual Código Penal español, el cual a su vez se inspiró en el Código de Nápoles. Creo que fuera de estos tres textos legales, el artículo en referencia no se encuentra en ningún otro. Y esta escasez de concordancia prueba que se trata de una disposición poco útil y poco aplicada por la jurisprudencia, y, aún más, de acuerdo con la opinión de Groizard, injusta y arbitraria.

En realidad, parece que la Comisión Redactora no se detuvo a examinar detenidamente si los elementos legales que constituyen el hecho penado y determinado por este artículo, forma un delito, es decir, si el empleado público que,

obrando sin dolo, da una aplicación pública diferente a los caudales a su cargo, lesiona algún interés moral que la necesidad social aconseje proteger con una sanción penal. Porque lo absurdo del caso es que no se aplica sanción solamente cuando con el acto se ha ocasionado daño o entorpecimiento al servicio público, sino también cuando no ha concurrido ningún perjuicio.

Las únicas fuentes puras del delito son el dolo y la culpa, y no la culpa aislada, sino complementada con el daño en una relación íntima de causa a efecto. El empleado público que ni sustrae ni se apropia de caudales públicos, ni deja que otros se los apropien el que ni siquiera en el ejercicio de sus funciones de custodia hacia los fondos que están a su cargo incurre en abandono o negligencia inexcusables que hayan dado lugar a que la malversación se efectúe por otras personas, no delinque con arreglo a ningún principio abstracto de justicia ni a ninguna teoría sana de derecho penal.

El empleado público está obligado, indudablemente, a dar a los fondos que administra el destino que la ley les ha señalado, pero si infringe esta obligación comete sólo una falta administrativa, que, como tal, debe ser castigada por correcciones administrativas también, va que se tra a de un acto ejecutado sin intención de lucro ni ánimo de perjudicar al Estado. Es, pues, la jurisdicción disciplinaria administrativa la que debiera hacerse cargo de estas faltas, que no son sino infracciones reglamentarias que no se traducen en perjuicio ni pérdidas para los intereses públicos ni privados. Y aún en el supuesto de que algún perjuicio resultara por la comisión del hecho definido por el art. 236, la pena debería ser aplicada en el solo caso que hubiera resultado ineficaz el ejercicio de acciones civiles para la indemnización correspondiente.

Las penas señaladas por este artículo son de suspensión del empleo de su grado medio o mínimo, según que de ello resultare o no daño o entorpecimiento para el servicio u objeto a que los fondos estaban destinados.

Entre las sentencias que hacen referencia a este artículo, podemos citar las siguientes: una de la Corte Suprema, de 6 de Setiembre de 1910 declara que "no es aplicable este artículo al empleado público que, habiendo recibido ciertos fondos para invertirlos en un objeto determinado, no los emplea en tal objeto sino que los guarda para ocuparlos en otro diferente, pero sin alcanzar a efectuar esta última inversión". (111) y otra de la Corte de Apelaciones de Talca de 23 de Junio de 1910 que aplica el art. 236, y no el 235 al alcaide de una cárcel queque falsifica un recibo para dar por invertida una partida del presupuesto de esa cárcel, guardando el dinero para invertirlo en un objeto diferente, pero en beneficio de la misma cárcel. (112).

En la mayoría de los casos, la acusación entablada o la denuncia será por vía de verdadera sustracción. Toca, pues, al inculpado, para hacerse acreedor a la menor pena que señala este artículo, probar la falta de dolo y la intención o el hecho efectuado de aplicar a otro objeto público el dinero que falta.

57). Cita Viada algunos fallos del Tribunal Supremo en que se aplica este artículo. (113) Se trata en uno de ellos del ayuntamiento de un pueblo que apre-

(111). Gaceta de 1910, Tomo I, pág. 1072, sent. N.º 619.

(112). Gaceta de 1910, Tomo II, pág. 1332, sent. N.º 1423.

(113). Código Penal, Tomo II, páj. 652.

miado por el Gobernador de la provincia al pago de atrasos a los maestros de instrucción primaria del distrito, echa mano para satisfacerlos, por no tener bastante dinero en caja, de un depósito reintegrable constituido por el arrendatario de consumos, en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato. El Tribunal Supremo declaró que no se trataba de un caso en que debía aplicarse el art. 408, análogo al 236 nuestro, considerando que, al haber sido apremiado el ayuntamiento al pago de los sueldos atrasados de los maestros por el Gobernador de la provincia, y no teniendo a la sazón en arcas la suma necesaria para ese pago, fué obligado a tomar el depósito hecho por el concesionario, y considerando que la cantidad en que consistía ese depósito reintegrable no era de las sumas consignadas en el presupuesto municipal para atenciones o servicios determinados sino que obraba entre los fondos del referido Ayuntamiento en garantía del exacto cumplimiento de las obligaciones del contrato de arrendamiento de consumos del pueblo, y que, por lo tanto, era una suma susceptible de pasar al poder de la Municipalidad en el evento de no cumplirse esas obligaciones, con ese acto quedó únicamente sujeta dicha corporación a la responsabilidad que pudiera caberle si a la terminación del arrendamiento no devolviera íntegro el depósito que tenía obligación de devolver, incurriendo así en una sanción penal distinta de la alegada por el Ministerio Fiscal, y que no procedería ahora tenerla en cuenta. (114).

En otro caso, una Municipalidad, que recibe fondos para destinarlos a la traslación de una fuente y establecimiento de un vivero, satisface con la mayor parte de esa cantidad algunos gastos provinciales, maestros de escuelas y otros servicios. El Ministerio Fiscal pretendía que se trataba de una malversación, de acuerdo con el art. 407 del C. Penal español, en virtud de haber aplicado a usos propios o ajenos los caudales puestos a su cargo, pero el Tribunal Supremo resolvió que el delito cometido era el que define el art. 408, considerando que, al acordar el Ayuntamiento destinar a otros servicios todo o parte de la cantidad que por real orden le fué concedida, a fin de que fuera destinada a la traslación de una fuente y creación de un vivero, no la aplicó a usos propios o ajenos, sino que lo que hizo fué darle distinta inversión de aquella a que estaba destinada, perpetrando, al realizarlo, el delito previsto y penado en el art. 408 del C. Penal. (115).

(114). Sentencia de 7 de Mayo de 1885. Gaceta de 8 de Diciembre, págs 278 y 279.

(115). Sentencia de 4 de Diciembre de 1885, Gaceta de 28 de Abril de 1886, págs. 163 y 164.

CAPITULO DECIMO

Negativa de hacer un pago o de entregar una cosa

Art. 237 del Código Penal.

58. El art. 237 del C. Penal se refiere a «el empleado público, que debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, rehusare hacerlo sin causa bastante», y señala como pena la de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio. Agrega en su inciso segundo: «Esta disposición es aplicable al empleado público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración».

Se trata, en este caso, de la negativa del empleado para hacer un pago a que está obligado, o de entregar una cosa reclamada por la autoridad, sin que medie para ello causa suficiente.

Es concebible que los empleados que, por razón de su cargo, tengan obligación de hacer un pago determinado, no puedan ni deban hacerlo en ciertas circunstancias por motivos legítimos y justificados, como por ejemplo, cuando no se les han suministrado los fondos necesarios para efectuar el pago, o cuando han recibido órdenes de autoridad competente para suspenderlo. En estos casos no existirá la responsabilidad criminal del empleado.

El inciso segundo de este título ofrece una novedad dentro del delito estudiado, pues se refiere, ya no solamente a los fondos que están a cargo de un empleado público, sino que a la entrega de *una cosa* puesta bajo su custodia o administración. Hasta aquí las incriminaciones de este párrafo del C. Penal se habían limitado a la defensa de los caudales o de los efectos públicos, sin referirse en ningún momento a las sustracciones o apropiaciones de cosas colocadas bajo la custodia de los empleados, diferenciándose, como vimos, en ésto nuestro Cód-

Corresponde, por lo tanto, a la Contraloría Gral. de la República, el examen de las cuentas que rinda un empleado público que ha malversado fondos, como una cuestión de previo y especial pronunciamiento y anterior a la sustanciación del proceso ante la justicia ordinaria.

La Contraloría está además investida de un amplio poder de supervigilancia sobre todas las reparticiones fiscales que manejen dineros públicos. Así, en los artículos 23, 31, 33 y 34 de la Ley Orgánica de esta institución se hace responsable a los empleados cuyas atribuciones permitan o exijan la tenencia o custodia de fondos o bienes públicos, de los que estén a su cargo.

El artículo 32 dice: «Los empleados que tengan a su cargo fondos o bienes públicos, serán responsables de su abuso o empleo ilegal y de toda pérdida de los mismos que se produzca, imputable a su culpa o negligencia.» Esta disposición viene a complementar, por lo tanto, los artículos 234 y 235 del C. Penal ya estudiados. No se refiere este artículo a la sustracción de los fondos o bienes cometida por el empleado que los maneja, sino, en general, a su abuso o empleo ilegal, sea por empleados públicos o por terceros, y a la pérdida de los fondos o bienes, imputable a su culpa o negligencia, y lo hace responsable de ellos.

Y el art. 34 de dicha Ley faculta al Contralor para exonerar expresamente de dicha responsabilidad al empleado, dejándolo libre de cargo por la pérdida, merma, hurto o deterioro de los bienes que administra.

El art. 47 de dicho Decreto Ley Orgánico, establece, como ya lo hemos visto, una presunción legal en contra del empleado que no presenta debidamente documentado el estado de la cuenta de los valores que tenga a su cargo, de que ha cometido sustracción de dichos valores.

Mantiene la Contraloría un constante servicio de inspección por medio de visitas a las oficinas que recauden fondos públicos, y lleva, asimismo, para el mejor cumplimiento de su labor fiscalizadora, un registro de empleados públicos sujetos a la obligación de rendir caución.

De acuerdo con el Reglamento Orgánico, los empleados públicos y comisionados que tengan a su cargo la recaudación, administración y custodia de fondos o bienes fiscales, deberán rendir una caución, cuyo monto será el que fijen las leyes, o, en su defecto, el que señale el Presidente de la República, a propuesta del Contralor. (art. 78).

Ese monto, de acuerdo con la ley, no podrá ser inferior, para dichos empleados, al sueldo de dos años, y la caución puede consistir en un depósito de dinero, una hipoteca, prenda de bonos de la deuda pública o instituciones hipotecarias, o una póliza de seguro de fianza. La forma más común de rendir caución es esta última, que se hace generalmente por medio de la Caja de Ahorros y Previsión de Empleados Públicos.

60. — No obstante la fiscalización que ejerce la Contraloría General de la República sobre las oficinas y servicios que manejan caudales o efectos públicos, el delito de peculado de que hemos tratado presenta gran frecuencia en nuestro país.

Las sentencias condenatorias en procesos por malversación de caudales públicos son, sin embargo, escasas, y ello debido al sistema seguido por nuestro Código, que ya hemos anotado, de aplicar muy bajas penas cuando los daños sufridos por la Hacienda Pública son resarcidos, lo que hace que una vez efectuado el

CAPITULO UNDECIMO

La Contraloría General de la República

59. El art. 20 del Código de Procedimiento Penal, como una excepción a la regla general que prescribe en su inciso primero, referente a la competencia del juez del crimen sobre las cuestiones de carácter civil que se susciten en el proceso, agrega en el inciso segundo, que las cuestiones sobre validez de matrimonio sobre cuentas fiscales y sobre calificación de quiebra mercantil serán juzgadas previamente por el tribunal a quién la ley tiene encomendado el conocimiento de ellas.

¿Y a qué Tribunal ha encomendado la ley el conocimiento de las cuestiones sobre cuentas fiscales?

Por una ley de 24 de Enero de 1888 fué creado en Chile el Tribunal de Cuentas, con el objeto de examinar y juzgar todas las cuentas que debían rendir los empleados y los establecimientos o personas que administren, recauden o inviertan valores fiscales o de la Beneficencia Pública, y, en general, los que por leyes especiales debían rendir sus cuentas a dicho Tribunal.

Pero hoy día hace las veces de este Tribunal de Cuentas y lo reemplaza la Contraloría General de la República, creada por el Decreto con Fuerza de Ley N.º 2960 bis, de 30 de Diciembre de 1927, y regida actualmente por el Decreto Ley N.º 258, de 22 de Julio de 1932 y por el Reglamento Orgánico N.º 935, de 20 de Abril de 1933.

La Contraloría tiene, pues, por principal objeto fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de la Beneficencia Pública, y verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo fondos o bienes de las entidades indicadas, y de los demás servicios o instituciones sometidos por la ley a su fiscalización.

reintegro de los bienes sustraídos, y cuando no ha concurrido daño o entorpecimiento del servicio público por la comisión del delito, la defensa fiscal no tenga mayor interés en conseguir penas más rigurosas para el infractor.

Muchas veces, sin embargo, a pesar de no haber sido devueltos los fondos malversados, los Tribunales han desviado la persecución hacia el delito de estafa y aplicado la pena de relegación, con lo cual, una vez cumplida la pena, el culpable puede irse al extranjero, con su caja bien provista, a gozar de sus fructíferas actuaciones en el país.

Citaremos a continuación algunas cifras obtenidas de la Tesorería General de la República.

Desde la creación de dicho organismo, el 1.º de Enero de 1928, o sea, desde hace ocho años, el total de fondos fiscales, municipales, de la Beneficencia Pública y de la Caja de Amortización manejados, ha sido de \$ 15 278.453.661.38. Sobre esta enorme cantidad, de acuerdo con un informe al respecto del Tesorero General, se han producido malversaciones y fraudes ascendentes a la suma de \$ 1.543.328.93, o sea, casi un diez milésimo por unidad manejada.

Este total de \$ 1.543.328 93 defraudado se ha visto reducido, por reintegros, a la cantidad de \$ 462 760 07. Faltan por liquidar sustracciones de \$ 278.067.68, y para responder a ellas hay fianzas por \$ 363.321.26.

De acuerdo con la opinión del técnico en seguros, señor Mannes, esa pérdida es «absurdamente pequeña», ya que si el Estado hubiera querido afianzar el total de sus fondos, no habría encontrado una prima menor del uno por ciento sobre el total manejado, considerándose en este caso separadamente los ingresos de los egresos, o sea, habría tenido que pagar una suma superior a \$ 300.000.000 00 para asegurar sus fondos.

Se ha notado, sin embargo, un gran aumento en los fraudes y malversaciones levados a cabo en 1935-1936. Según la Tesorería, eso es debido a que sólo en 1933 se organizó el servicio de Inspectores Provinciales que deben visitar cada una de sus oficinas a lo menos dos veces en cada año. Al principio esos funcionarios debieron dirigir su labor a las oficinas más pequeñas, y en los dos últimos años esas inspecciones fueron dirigidas a las oficinas de gran movimiento, donde, naturalmente, se habían producido las malversaciones más apreciables.

En realidad, es casi imposible mantener un servicio de vigilancia y fiscalización enteramente perfecto en una organización de manejo de fondos con 240 oficinas repartidas desde Arica a Tierra del Fuego, muchas de ellas a distancias enormes de ferrocarriles y con medios de comunicación que a veces las aíslan por tres y más meses de las oficinas centralizadoras, y lo que ha permitido impedir defraudaciones más frecuentes y cuantiosas, de acuerdo con la Tesorería General de la República, es la selección cuidadosa del personal y la seguridad de conservar sus cargos mientras sean dignos de la confianza en ellos depositada. Las faltas de honradez tienen que producirse excepcionalmente. No hay sistema que pueda evitarlas definitivamente. Es por ello que el buen control tiende a dar la certeza de que toda irregularidad será descubierta y si a esa seguridad se agrega que el descubrimiento se hará en el plazo más corto, mejor será el control establecido.

El número de empleados de planta que manejan fondos fiscales es actualmente de 814, y el promedio de manejo de fondos en 1935 llegó a \$ 2.902.600.84 por individuo, y considerando los ingresos y los pagos separadamente a \$ 5.805.201.68.

Vemos, de acuerdo con estas cifras, que en nuestro país, contrariamente a la idea general formada al respecto, este delito, así como todos los que, cometidos por funcionarios públicos, tienden a mermar los fondos de la Administración Pública, a pesar de su frecuencia no presenta un peligro exorbitante para el Erario chileno. Ello debido a la eficiencia de los servicios fiscalizadores que funcionan para ese objeto, y al sistema penal de librar de pena o disminuirla para el empleado que reintegra.

BIBLIOGRAFIA

- ANDREOTTI.**—Il delitto di peculato nelle fonti legislative e nel diritto. — Milano - 1900.
- BERTHELEMY.** — Traité élémentaire de Droit Administratif, 6 me édition, Arthur Rosseau, Paris 1910.
- BLANOHE.** — Code Penal. — Cosse et Marchal, Paris 1861.
- CARRARA FRANCESCO.** — Programa del Corso di diritto criminale. — Lucca, 1878.
- CHAVEAU ET HELIE.** — Théorie du Code Penal 5me édition. Cosse et Marchal, Paris, 1872.
- CIANCI.** — Il delitto di peculato in relazione all'esercizio delle concessioni ferroviari. — 1819—Milano.
- CIROLI.** — Peculato y apropiación indebida. — Suplemento de la Revista Penal Italiana, volumen V, pág. 257 a 267.
- CODIGO PENAL FRANCES DE 1810.**
- CODIGO PENAL MEJICANO DE 1933**
- CODIGO PENAL RUSO DE 1926**
- CODIGO PENAL ARGENTINO DE 1922**
- CODIGO PENAL PERUANO DE 1924**
- CODIGO PENAL ESPAÑOL DE 1932**
- CODIGO PENAL URUGUAYO DE 1935**
- CUELLO CALON EUGENIO.** — El nuevo Código Penal español.—Librería Boch, Barcelona, 1929
- CUELLO CALON EUGENIO.** — El Derecho Penal en la Rusia Soviética. Libr. Bosh, Barcelona, 1931
- DUGUIT LEON.** — L'Etat, les gouvernants et les agents
- ESCRICHE JOAQUIN.** — Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia. Garnier Hnos. Paris, 1869

- FERNANDEZ PEDRO J. — Código Penal chileno. - Santiago de Chile, 1869
- FUENZALIDA A. — El Código Penal Santiago de Chile.
- GARCIA DE ROMERO JOSE. — ¿Infidelidad o malversación? - Revista de Legislación y Jurisprudencia, Tomo 89, pág. 107.
- GARCON. — Code Penal Annoté. - Paris 1930.
- GARRAUD. — Traité theorique et pratique du droit penal francais. 3me - Edition, Paris 1913.
- GROIZARD. — Código Penal español, 2.a edición, Madrid, 1902.
- GOEDSEELS JOS. M. C. X. — Code Penal Belgique, Bruselas, 1928.
- IMPALLOMELI. — Il Codice Penale Illustrato. - Roma, 1909.
- IRUBIETA GOYENA. — Delitos de falsificación documentario y estafa. - Montevideo. 1922.
- JIMENEZ DE ASUA. — Derecho Penal, Madrid, Editorial Reus, 4.a edición, 1909.
- LONGO MICHELE. — Comento al Codique Penale Italiano. Torino, 1911.
- MAJNO. — Comento del Codice Penale, Napoles, 1898.
- MANDUCA. — Dizionario Penale. - Napole 1908.
- MERKEL. — Derecho Penal Alemán. - La España Moderna, Madrid s/f.
- MOMMSEN. — Derecho Penal Romano. - La España Moderna, Madrid s/f.
- MORIN. — Teoría del Código Penal Italiano. - Roma, 1903.
- ORTEGA ANTON J. — Derecho Penal, Madrid, Editorial Reus, 1929.
- PACHECO. — El Código Penal. - 3.a edición, Madrid. - 1885.
- PESSINA ENRICO. — Elementi di Diritto Penale. - 3.a edición, Napoles, 1871
- “ Enciclopedia Jurídica Italiana, Nápoles, 1871.
- PROYECTO DE CODIGO PENAL FRANCES, 1934.
- PROYECTO DE CODIGO PENAL SUIZO, 1918.
- PROYECTO DE CODIGO PENAL CHILENO, 1929 (Erazo y Fontecilla).
- REVISTA PENAL ITALIANA.
- REVISTA DE CIENCIAS PENALES.
- REVISTA DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.
- RIO RAIMUNDO DEL. — Derecho Penal, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1935.
- RIVIERE H. F., Hélie y P. PONT. — Codes Francais et lois usuelles, 5 me edición. - Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudencia. Paris 1912.
- VIADA. — Código Penal español. - Suplemento. - Madrid 1890.
- VILLEY. — Derecho Penal.
- VON LISZT. — Tratado de Derecho Penal, - Traducido de la 18.a Edición alemana. - Editorial Reus, Madrid, 1926,

INDICE

CAPITULO PRIMERO.— De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos:.....	9
1, Clasificaciones adoptadas por algunos Códigos	
2, Otras clasificaciones	
3, De la legislación penal y la disciplinaria	
4, Del delito especial de peculado	
CAPITULO SEGUNDO.— Historia del delito de peculado.....	15
5, El peculado en Roma	
6, Formas de peculado	
7, Acciones del peculado	
8, Bienes municipales	
9, Requisitos del peculado	
10, Penas y procedimientos de este delito	
11, En las leyes españolas	
12, El peculado en Francia	
13, Consideraciones generales	
CAPITULO TERCERO.— Malversación de caudales públicos o peculado.....	23
14, Definiciones	
15, Como se encuentra contemplado este delito en algunas legislaciones	
16, Formas de cometerse este delito que señala nuestro Código	
CAPITULO CUARTO.— Sustracción de caudales públicos.....	25
17, Art. 233 del C. Penal. requisitos que contempla	
18, a) Que el autor del hecho sea un empleado público	
19, Empleados públicos y funcionarios públicos	
20, Clasificaciones que puede admitir este concepto	
21, Situación del empleado del funcionario público	
22, Eclesiásticos	
23, Militares	
24, Notarios	
25, b) Que tenga a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro	
26, Caudales o efectos públicos	
27, Otras cosas muebles	
28, Caudales o efectos de particulares	
29, Dinero contenido en las cartas y sustraído por empleados de Correos	
30, Legislación española; diferencias en este punto con la nuestra	
31, Calidad en que los caudales o efectos deben estar a cargo del empleado	
32, Depósito, consignación o secuestro	
33, c) Que los sustraiga o consienta que otros los sustraigan	
34, Sustracción efectuada habiendo caución	
35, Sustracción cometida por un tercero con el consentimiento del empleado que tiene a su cargo los fondos	
36, Situación dentro de este delito del tercero que sustrae	

CAPITULO QUINTO. — Penalidad establecida por el artículo 233..... 52

- 37, *Sistema de penalidad progresiva*
- 38, *Penas señaladas por el C. Penal español*
- 39, *Penas señaladas por el C. Penal francés*
- 40, *De la determinación de la cuantía de los sustraído con relación a la pena*
- 41, *Penas complementarias*

CAPITULO SEXTO. — Distracción de fondos..... 58

- 42, *Art. 235 del C. Penal. Intención de sustraer o de distraer.....*
- 43, *Momento consumativo del delito*
- 44, *Legislación Chilena*
- 45, *Diferencias entre el art. 233 y el art. 235*
- 46, *Reintegro de lo sustraído*
- 47, *Quien debe hacer el reintegro*
- 48, *Daño o entorpecimiento del servicio público*
- 49, *El daño en el Código de Colombia*

CAPITULO SEPTIMO. — Cuasi-delito de malversación de caudales pú-

- blicos 72**
- 50, *Artículo 234 del C. Penal*
- 51, *Abandono o negligencia inexcusables*
- 52, *Origen del art. 234*
- 53, *Pérdida de los fondos públicos*

CAPITULO OCTAVO. — Del simple déficit en la caja pública..... 76

- 54, *¿Basta el simple déficit para que no haya peculado?*
- 55, *Legislación y jurisprudencia española*

CAPITULO NOVENO. — Aplicación pública diferente..... 80

- 56, *Art. 236 del C. Penal*
- 57, *Jurisprudencia*

CAPITULO DECIMO. — Negativa de hacer un pago de entregar una

- cosa..... 83**
- 58, *Art. 237 del C. Penal*

CAPITULO UNDECIMO: — La Contraloría General de la República 85

- 59. *Cuestión perjudicial civil del art. 20 del C. de P. P., papel fiscalizador de la Contraloría; frecuencia del peculado en Chile. Algunas cifras de la Tesorería*



UNIVERSIDAD DE CHILE



3 5601 15640 1527